

Hoge Raad, 25 november 2005, Lycos



## PRIVACY

Richtlijn inzake elektronische handel bevat geen uitputtende regeling inzake verstrekking NAW-gegevens

Een andere opvatting zou bovendien tot het, uit een oogpunt van een effectieve rechtsbescherming tegen (beweerdelijk) onrechtmatige activiteiten, onwenselijke resultaat leiden dat slechts een zeer beperkte groep van benadeelden van door een websitehouder anoniem verspreide informatie - namelijk alleen zij ten aanzien van wie (het voor de hosting provider duidelijk moet zijn geweest dat) onmiskenbaar onrechtmatig is gehandeld of jegens wie een strafbaar feit is gepleegd terzake waarvan de strafrechtelijke autoriteiten bereid zijn op te treden - zich tegen dergelijke activiteiten bij de burgerlijke rechter te weer kunnen stellen en dat andere benadeelden, in weerwil van het bepaalde in art. 3:296 lid 1 BW, in ieder geval praktisch gesproken op voorhand van zodanig rechtsmiddel verstoken blijven.

Onderdeel A klaagt dat het hof heeft miskend dat de Richtlijn zich verzet tegen een aan een hosting provider als Lycos gerichte veroordeling tot het verstrekken van de NAW-gegevens. Onderdeel B behelst de klacht dat de Richtlijn zich in ieder geval tegen zodanige veroordeling verzet wanneer de gewraakte informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is jegens degene die de vordering instelt.

5.1.2 Aan de beide onderdelen ligt de opvatting ten grondslag dat de Richtlijn niet toelaat dat een hosting provider gehouden kan worden de NAW-gegevens van de betrokken websitehouder bekend te maken aan degene die de vordering instelt (en die niet is een van de in art. 15 lid 2 van de Richtlijn bedoelde bevoegde autoriteiten), omdat de Richtlijn een als uitputtend bedoelde regeling bevat die ertoe strekt dat een hosting provider uitsluitend civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk is wanneer aan de in art. 14 van de Richtlijn gestelde voorwaarden niet is voldaan. Waar het hof heeft vastgesteld dat de gewraakte informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig was, heeft Lycos voldaan aan de voorwaarden van art. 14 van de Richtlijn (en art. 6:196c, aanhef en lid 4, BW) en is zij gevrijwaard van iedere aansprakelijkheid, aldus Lycos.

In het licht van het vorenstaande kan de door het middel verdedigde opvatting aangaande (doel en strekking van) de Richtlijn niet als juist worden aanvaard.

**Weigering NAW-gegevens te verstrekken kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn**

Het oordeel van het hof dat Lycos in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een op de website gepubliceerde, anoniem geuite, ernstige beschuldiging, onder omstandigheden onrechtmatig handelt door de bij haar als hosting provider bekende NAW-gegevens van de websitehouder niet aan de beschuldigde bekend te maken, is juist.

Het hiervoor in 5.2.1 weergegeven standpunt van Lycos moet dus worden verworpen. Het zal immers van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of Lycos onrechtmatig handelt door te weigeren de NAW-gegevens aan de beschuldigde te verstrekken. Het hof heeft ook, anders dan Lycos betoogt, niet een algemene regel geformuleerd dat ieder die kennis bezit van bepaalde informatie verplicht is deze te verschaffen aan degene die bij kennisneming van die voor hem onbekende informatie een redelijk belang heeft, maar zijn oordeel toegesneden op het onderhavige geval.

**Hosting provider heeft geen verschoningsrecht**

Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat, hoezeer ook een hosting provider een faciliterende rol vervult bij de verspreiding van informatie op internet, zijn rol niet kan worden gelijkgesteld aan, en evenmin vergelijkbaar is met die welke de pers in een democratische samenleving vervult, zodat aan de hosting provider niet een verschoningsrecht toekomt als dat waarop de journalist met het oog op de bescherming van zijn bronnen aanspraak kan maken, reeds omdat via een website verspreide informatie niet kan gelden als informatie die door de websitehouder aan de hosting provider is toevertrouwd.

Dat neemt niet weg dat niet lichtvaardig mag worden voorbijgegaan aan het belang van de vrije meningsuiting, waaronder in bepaalde gevallen het belang van de websitehouder zijn mening anoniem te kunnen uiten. De hier vereiste terughoudendheid heeft het hof evenwel niet uit het oog verloren.

Vindplaatsen: LJN: [AU4019](#); IER 2006, nr, 2

**Hoge Raad, 25 november 2005**

(J.B. Fleers, P.C. Kop, E.J. Numann, W.A.M. van Schendel en F.B. Bakels)

Uitspraak

25 november 2005

Eerste Kamer

Nr. C04/234HR

RM/JMH

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

LYCOS NETHERLANDS B.V.,

gevestigd te Haarlem,  
EISERES tot cassatie,  
advocaat: mr. K.G.W. van Oven,  
t e g e n

[Verweerder],  
wonende te [woonplaats],  
VERWEERDER in cassatie,  
advocaat: mr. K. Aantjes.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerder in cassatie - verder te noemen: [verweerder] - heeft bij exploit van 13 augustus 2003 eiseres tot cassatie - verder te noemen: Lycos - in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Haarlem en gevorderd Lycos te gebieden het doorgeven van de in de dagvaarding bedoelde website des, dat deze door derden kan worden gezien, te staken, [verweerder] bekend te maken met naam, adres en geboortedatum van de bouwer/websitehouder van de website <http://members.lycos.nl/stopthefraud/>, zulks binnen een uur na betekening van het te dezen te wijzen vonnis en op straffe van een dwangsom.

Lycos heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 11 september 2003, onder verbeurte van een dwangsom, Lycos geboden [verweerder] binnen drie dagen na betekening van dit vonnis bekend te maken met de naam en het adres van de bouwer/websitehouder van de hierboven genoemde website en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Lycos hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij [arrest van 24 juni 2004 heeft het hof](#) het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Lycos beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[Verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor Lycos toegelicht namens haar advocaat door mrs. E.J. Dommering en R.D. Chavannes, advocaten te Amsterdam, en voor [verweerder] door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot verwerping van het beroep.

Bij brief van 4 juli 2005 heeft mr. Chavannes op die conclusie gereageerd.

### 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Verweerder], handelt - naast zijn normale beroepswerkzaamheden - in postzegels via een 'virtuele' veiling op de website [www.ebay.com](http://www.ebay.com), waarbij hij gebruik maakte van het e-mailadres [naam verweerder]@home.nl.

De genoemde website biedt aan klanten (kopers) met wie zaken worden gedaan de mogelijkheid om (in één regel) feedback te geven; [verweerder] 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 [verweerder] een

rating opgebouwd van 24.787 positieve, 299 negatieve en 217 neutrale vermeldingen.

(ii) 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" (hierna: de website). Tot 4 augustus 2003 stond op deze website onder meer de volgende tekst:

*"Have you ever been ripped off by [naam verweerder]@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 een aantal 'stories' van personen die slechts met initialen zijn aangeduid, waarin verhaald wordt van problemen bij het bestellen van postzegels bij [verweerder].

(iii) [Verweerder] heeft op 1 augustus 2003 een e-mail naar het op de website vermelde e-mailadres gestuurd, inhoudende onder meer:

*"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 (...)"*

[Verweerder] heeft op deze e-mail geen antwoord gekregen.

(iv) [Verweerder] heeft 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 [verweerder] bericht geen gehoor te geven aan deze sommaties.

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

3.2 In dit kort geding heeft [verweerder] gevorderd, voor zover thans nog van belang, dat Lycos wordt bevolen de naam en het adres van de websitehouder (hierna: de NAW-gegevens) aan [verweerder] bekend te maken.

[Verweerder] heeft gesteld dat de inhoud van de website (zoals die tot 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 heeft geleden en lijdt. Volgens [verweerder] 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.

3.3 Lycos heeft ten verwerre aangevoerd dat een vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens van een websitehouder slechts in zwaarwegende omstandigheden toewijsbaar is. Volgens Lycos is daarvoor vereist dat de op de website geplaatste informatie onmiskenbaar onrechtmatig is, moet de eiser een zwaarwegend belang hebben bij afgifte van de NAW-gegevens, moet er geen minder ingrijpende manier zijn om die 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.

3.4 De voorzieningenrechter heeft de vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens toegewezen. Op het door Lycos aangebrachte hoger beroep heeft het hof die beslissing bekrachtigd.

3.5 Het bestreden arrest houdt, voor zover hier van belang, het volgende in.

In rov. 4.6 wijdt het hof beschouwingen aan de aansprakelijkheid van de hosting provider op grond van art. 6:196c lid 4 BW, welke bepaling is ingevoegd bij Wet van 13 mei 2004 (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel), Stb. 2004, 210, en met ingang van 30 juni 2004 in werking is getreden. Deze bepaling dient ter implementatie van artikel 14 van 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 ("[Richtlijn inzake elektronische handel](#)"), [PbEG L 178 \(hierna: de Richtlijn\)](#).

Het hof overweegt dat een serviceprovider niet aansprakelijk is 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. De enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie is onvoldoende voor de conclusie dat de serviceprovider weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter 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. 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.

In rov. 4.7 stelt het hof vast 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 [verweerder], 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 aan de waarneming van de serviceprovider.

Het hof overweegt voorts:

"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 - zonedig 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."

In de rov. 4.11-4.14 heeft het hof vervolgens de feiten van deze zaak getoetst aan de in rov. 4.9 en 4.10 vermelde criteria. In rov. 4.15 komt het hof tot de conclusie dat bij afweging van de betrokken belangen het belang van [verweerder] in dit geval het zwaarst behoort te wegen, aangezien hij anders 'vogelvrij' zou zijn voor dit soort acties van anonieme personen.

#### 4. Wettelijk kader

Bij de beoordeling van de middelen zijn onder meer de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Art. 14 en art. 15 van de Richtlijn, luidende:

"Artikel 14

"Hosting" ("host"-diensten)

1. 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.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

Artikel 15

Geen algemene toezichtverplichting

1. 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.

2. De lidstaten kunnen voorschrijven dat dienstverleners de bevoegde autoriteiten onverwijld in kennis dienen te stellen van vermeende onwettige activiteiten of informatie door afnemers van hun dienst, alsook dat zij de bevoegde autoriteiten op hun verzoek informatie dienen te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst met wie zij opslagovereenkomsten hebben gesloten, kunnen worden geïdentificeerd."

Art. 6:196c BW luidende, voor zover hier van belang:

"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 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. 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."

Art. 8 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), luidende, voor zover hier van belang:

"Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

(...)

c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;

(...)

f. de gegevensverwerking 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.

#### 5. Beoordeling van de middelen

5.1.1 Middel I richt zich tegen rov. 4.9 van het hof. Onderdeel A klaagt dat het hof heeft miskend dat de Richtlijn zich verzet tegen een aan een hosting provider als Lycos gerichte veroordeling tot het verstrekken van de NAW-gegevens. Onderdeel B behelst de klacht dat de Richtlijn zich in ieder geval tegen zodanige veroordeling verzet wanneer de gewraakte informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is jegens degene die de vordering instelt.

5.1.2 Aan de beide onderdelen ligt de opvatting ten grondslag dat de Richtlijn niet toelaat dat een hosting provider gehouden kan worden de NAW-gegevens van de betrokken websitehouder bekend te maken aan degene die de vordering instelt (en die niet is een van de in art. 15 lid 2 van de Richtlijn bedoelde bevoegde autoriteiten), omdat de Richtlijn een als uitputtend bedoelde regeling bevat die ertoe strekt dat een hosting provider uitsluitend civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk is wanneer aan de in art. 14 van de Richtlijn gestelde voorwaarden niet is voldaan. Waar het hof heeft vastgesteld dat de gewraakte informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig was, heeft Lycos voldaan aan de voorwaarden van art. 14 van de Richtlijn (en art. 6:196c, aanhef en lid 4, BW) en is zij gevrijwaard van iedere aansprakelijkheid, aldus Lycos.

5.1.3 De tekst van de Richtlijn houdt niet in dat, buiten de in art. 15 lid 2 bedoelde gevallen, het verstrekken van de NAW-gegevens door een hosting provider niet is toegelaten. Veeleer bieden het derde lid van art. 14 (welk artikel voor het overige bepaalt onder welke voorwaarden een hosting provider niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie) en art. 18 lid 1 (waarin

is bepaald dat de lidstaten ervoor zorgen dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel - ook voorlopige - maatregelen kunnen worden getroffen, niet alleen om de vermeende inbreuk te doen eindigen, maar ook om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad) aanwijzingen voor de tegengestelde, niet limitatieve, opvatting.

5.1.4 Doel en strekking van de Richtlijn staan aan de ruimere opvatting, die aan het oordeel van het hof ten grondslag ligt, niet in de weg, maar bieden daarvoor juist steun.

De Richtlijn beoogt slechts bepaalde specifieke vraagstukken die voor een goede werking van de interne markt nodig zijn te regelen (zie in het bijzonder de preambule van de Richtlijn onder 6 en 10). De in de Richtlijn vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter die maatregelen treft die van deze tussenpersonen redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen. Dit blijkt in het bijzonder uit de preambule van de Richtlijn onder 48 en vindt onder meer bevestiging in de onderdelen 25, 45 en 52 van de preambule, terwijl ook onderdeel 54 inhoudt dat de door de Richtlijn voorgeschreven sancties geen afbreuk doen aan sancties of verhaalsmogelijkheden waarin het nationale recht voorziet.

De preambule van de Richtlijn neemt voorts uitdrukkelijk in aanmerking dat een hoog beschermingsniveau dient te worden gegarandeerd voor doelstellingen van algemeen belang, in het bijzonder voor de bescherming van de menselijke waardigheid en van consumenten (onderdeel 10), en wijst erop dat de Richtlijn, die het anonieme gebruik van open netwerken zoals internet niet kan voorkomen, moet worden uitgevoerd en toegepast met volledige inachtneming van de beginselen inzake de bescherming van persoonsgegevens, met name wat de aansprakelijkheid van tussenpersonen betreft (onderdeel 14). Mede in dit verband houdt de preambule in dat de slachtoffers effectief toegang moet worden gewaarborgd tot de geschillenregelingen en dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat passende gerechtelijke stappen mogelijk zijn (onderdeel 52).

5.1.5 De uit het voorgaande blijvende beperkte strekking van de Richtlijn strookt met hetgeen daaromtrent in het Eerste verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van de Richtlijn (Com (2003) 702, 2003/11/21) is vermeld met betrekking tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet. Dat verslag houdt in 4.6 onder meer in dat het communautaire optreden werd beperkt tot wat noodzakelijk werd geacht om te voorkomen dat het risico, dat belemmeringen voor het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten zouden ontstaan, concreet vorm zou aannemen en dat de Richtlijn geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de persoon van wie de

inhoud uitgaat en evenmin aan de aansprakelijkheid van tussenpersonen in gevallen die niet onder de in de Richtlijn omschreven beperkingen vallen.

Ook de Nederlandse wetgever gaat van de hiervoor aangeduide reikwijdte van de Richtlijn uit. De memorie van toelichting bij de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel (Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, blz. 28) houdt onder meer in:

*"Ook kunnen dienstverleners worden verplicht om informatie te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst kunnen worden geïdentificeerd.*

(...)

*Voor de volledigheid zij vermeld dat ook in het civiele recht de mogelijkheid bestaat dat de rechter de dienstverlener opdraagt de bron van de informatie bekend te maken."*

5.1.6 In het licht van het vorenstaande kan de door het middel verdedigde opvatting aangaande (doel en strekking van) de Richtlijn niet als juist worden aanvaard. Een andere opvatting zou bovendien tot het, uit een oogpunt van een effectieve rechtsbescherming tegen (beweerdelijk) onrechtmatige activiteiten, onwenselijke resultaat leiden dat slechts een zeer beperkte groep van benadeelden van door een websitehouder anoniem verspreide informatie - namelijk alleen zij ten aanzien van wie (het voor de hosting provider duidelijk moet zijn geweest dat) onmiskenbaar onrechtmatig is gehandeld of jegens wie een strafbaar feit is gepleegd terzake waarvan de strafrechtelijke autoriteiten bereid zijn op te treden - zich tegen dergelijke activiteiten bij de burgerlijke rechter teweer kunnen stellen en dat andere benadeelden, in weerwil van het bepaalde in art. 3:296 lid 1 BW, in ieder geval praktisch gesproken op voorhand van zodanig rechtsmiddel verstoken blijven.

5.1.7 Middel I faalt derhalve.

5.2.1 Middel II richt zich eveneens tegen rov. 4.9 van het hof. Het behelst de klacht dat het hof heeft miskend dat een vordering tot verstrekking van NAW-gegevens slechts kan worden toegewezen als nevenvordering bij een hoofdvordering uit onrechtmatige daad, derhalve alleen indien Lycos - los van het niet verstrekken van die gegevens - een (voorafgaande) onrechtmatige daad kan worden verweten.

5.2.2 Het oordeel van het hof dat Lycos in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een op de website gepubliceerde, anoniem geuite, ernstige beschuldiging, onder omstandigheden onrechtmatig handelt door de bij haar als hosting provider bekende NAW-gegevens van de websitehouder niet aan de beschuldigde bekend te maken, is juist.

Het hiervoor in 5.2.1 weergegeven standpunt van Lycos moet dus worden verworpen. Het zal immers van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of Lycos onrechtmatig handelt door te weigeren de NAW-gegevens aan de beschuldigde te verstrekken. Het hof heeft ook, anders dan Lycos betoogt, niet een algemene regel geformuleerd dat ieder die kennis bezit van bepaalde informatie verplicht is deze te verschaffen aan degene die bij kennisneming van die voor hem onbekende informatie een redelijk belang heeft, maar zijn oordeel toegesneden op het onderhavige geval.

5.2.3 Middel II faalt dan ook.

5.3.1 Middel III bestrijdt hetgeen het hof in rov. 4.10-4.14 heeft overwogen. Onderdeel A bevat de klacht dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij zijn oordeel dat Lycos onrechtmatig heeft gehandeld, althans dat zijn oordeel onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is, omdat de door het hof genoemde omstandigheden niet (zonder meer) een onrechtmatige daad opleveren. Onderdeel B strekt ten betoge dat (art. 8 van) de Wet bescherming persoonsgegevens in de weg staat aan verstrekking van de NAW-gegevens, omdat de door het hof aangebrachte beperkingen op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting niet voldoen aan de eisen die de art. 8 lid 2 en 10 lid 2 EVRM aan dergelijke beperkingen stellen.

5.3.2 Tegen de door het hof aangelegde maatstaf en de opsomming en beoordeling van de omstandigheden die daarbij in het bijzonder in aanmerking moeten worden genomen, worden in de toelichting op het middel verschillende bezwaren ingebracht.

5.3.3 In de eerste plaats wordt aangevoerd dat het hof tot uitgangspunt had moeten nemen dat in een situatie dat de informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, de NAW-gegevens in beginsel niet behoeven te worden verstrekt, tenzij zich (zeer) uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Voorts wordt betoogd dat de gehanteerde maatstaf zodanig ruim is dat deze leidt tot een ongewenste toepassing "op allerlei casusposities buiten de internetomgeving". Volgens Lycos is de gedachtegang van het hof ook tegenstrijdig, omdat enerzijds wordt aangenomen dat zij niet verplicht is om de door haar klant op de website geplaatste informatie te verwijderen, maar zij wel de rechtsplicht heeft "om met doorbreking van vertrouwelijkheid jegens die klant die NAW-gegevens te openbaren".

5.3.4 Die bezwaren zijn ongegrond. Naar hiervoor in 5.2.2 reeds is overwogen, heeft het hof zijn oordeel toegesneden op het onderhavige geval en zich over andere gevallen van buitencontractuele mededelingsplichten niet uitgelaten. Dat oordeel berust niet op een onjuiste of innerlijk tegenstrijdige gedachtegang: ook indien de hosting provider niet zelf onrechtmatig handelt door te weigeren de op de website geplaatste informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken, is het mogelijk dat, en zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of, deze onrechtmatig handelt door de NAW-gegevens niet aan een benadeelde te verstrekken. Daarbij kan niet zonder meer worden gezegd dat die gegevens niet behoeven te worden verstrekt, tenzij zich (zeer) uitzonderlijke omstandigheden voordoen die dit anders maken; het komt immers telkens erop aan welk gewicht in het gegeven geval aan de in aanmerking te nemen omstandigheden toekomt.

5.3.5 Het hof heeft in rov. 4.14, voor zover thans van belang, het volgende overwogen:

"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."

5.3.6 De bezwaren van Lycos tegen deze overweging houden in (a) dat het hof heeft miskend dat anonimiteit ook dan door de in art. 10 EVRM gewaarborgde uitingsvrijheid wordt beschermd als de gepubliceerde informatie voor derden schadelijk is en niet betrekking heeft op een ernstige misstand, (b) dat die overweging onjuist is, omdat daarin ligt besloten dat een hosting provider onrechtmatig zou handelen indien een van haar klanten anoniem schadelijke uitlatingen over een derde doet, en (c) dat deze overweging onbegrijpelijk is in het licht van rov. 4.7, waarin het hof overweegt dat er een gerechtvaardigd belang kan zijn om anoniem (ernstige) beschuldigingen te uiten. In dit verband wordt gesteld dat een hosting provider in een democratische samenleving een aan de vrije pers vergelijkbare rol speelt, waarbij een vergelijkbaar verschoningsrecht behoort.

5.3.7 Deze bezwaren zijn evenmin gegrond.

Voor zover Lycos erover klaagt dat het hof ten onrechte of onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat een hosting provider onrechtmatig handelt doordat een van haar klanten anoniem schadelijke uitlatingen doet over een derde, faalt deze klacht wegens gebrek aan feitelijke grondslag; zij berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

Voor zover Lycos meent dat het belang van de websitehouder om zich anoniem te uiten eerst dan ten achter gesteld kan worden bij andere belangen, indien is vastgesteld dat de websitehouder onmiskenbaar geen goede gronden had anoniem te willen blijven, kent zij aan dat belang een te absoluut gewicht toe. Het standpunt van Lycos komt erop neer dat, behoudens evidente onrechtmatigheid van de inhoud van de anoniem gepubliceerde informatie, voor een op de hosting provider rustende zorgvuldigheidsverplichting tot het verstrekken van de NAW-gegevens geen plaats meer is. Dat standpunt is hiervoor in 5.2.2 reeds in zijn algemeenheid onjuist bevonden. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat, hoezeer ook een hosting provider een faciliterende rol vervult bij de verspreiding van informatie op internet, zijn rol niet kan worden gelijkgesteld aan, en evenmin vergelijkbaar is met die welke de pers in een democratische samenleving vervult, zodat aan de hosting provider niet een verschoningsrecht toekomt als dat waarop de journalist met het oog op de bescherming van zijn bronnen aanspraak kan maken, reeds omdat via een website verspreide informatie niet kan gelden als informatie die door de websitehouder aan de hosting provider is toevertrouwd.

Dat neemt niet weg dat niet lichtvaardig mag worden voorbijgegaan aan het belang van de vrije meningsuiting, waaronder in bepaalde gevallen het belang van de websitehouder zijn mening anoniem te kunnen uiten. De hier vereiste terughoudendheid heeft het hof evenwel niet uit het oog verloren.

5.3.8 Voorts heeft Lycos aangevoerd dat het hof bij zijn oordeel geen of onvoldoende rekening ermee heeft gehouden dat het gevaar voor verdere verspreiding van de informatie ontbreekt, dat de getroffen voorziening onomkeerbaar is en dat de strafrechtelijke weg een reëel alternatief vormt. Ook deze klachten gaan niet op.

5.3.9 Het hof heeft, naar in rov. 4.8 besloten ligt, in zijn oordeel betrokken dat gevaar voor verdere verspreiding geen onverwijldde voorziening meer vorderde en niets wijst erop dat het hof zou zijn ontgaan dat de in hoger beroep nog aan de orde zijnde voorziening tot onomkeerbaar gevolg had dat de NAW-gegevens aan [verweerder] bekend zouden worden. In zoverre missen deze klachten van Lycos feitelijke grondslag. Het hof heeft vorenbedoelde omstandigheden klaarblijkelijk niet doorslaggevend geacht om de voorziening te weigeren. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

5.3.10 Het hof heeft in rov. 4.13 geoordeeld dat de door Lycos gesuggereerde 'strafrechtelijke weg' onvoldoende kans op resultaat biedt. Voor zover het bezwaar van Lycos erop berust dat het hof met dit alternatief geen rekening heeft gehouden, mist het derhalve feitelijke grondslag. Voor het overige is dit oordeel, gelet op de aard en wijze van zodanig strafvorderlijk optreden, de voorwaarden waaronder daarvoor plaats kan zijn, de mate waarin [verweerder] op het besluit daartoe invloed kan uitoefenen en de mate waarin hij daaraan spoedige en effectieve rechtsbescherming kan ontlenen, niet onbegrijpelijk en is het toereikend gemotiveerd.

5.4.1 Voorts heeft Lycos betoogd dat (art. 8 van) de Wet bescherming persoonsgegevens in de weg staat aan verstrekking van de NAW-gegevens, omdat de beperkingen die op grond van de door het hof toegepaste maatstaf worden gesteld aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zijn gebaseerd op de uitleg en toepassing van een wettelijk voorschrift dat niet voldoet aan de in art. 8 lid 2 EVRM daaraan gestelde eisen. Lycos heeft ten slotte aangevoerd dat het hof heeft nagelaten te motiveren dat de beperking van de door de art. 8 en 10 EVRM gewaarborgde rechten noodzakelijk is in een democratische samenleving.

5.4.2 Het hof heeft ten aanzien van het in aanmerking te nemen belang aan de zijde van Lycos om geen persoonsgegevens van betrokkenen te openbaren in rov. 4.14 het volgende overwogen:

"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 [verweerder], 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 [verweerder] en de websitehouder tegen elkaar afgewogen worden."

5.4.3 Anders dan in de - slechts in globale termen vervatte - klacht wordt aangevoerd, heeft het hof geen toepassing gegeven aan een wettelijk voorschrift dat niet aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM voldoet. Art. 8, aanhef en onder f, Wbp schrijft uitdrukkelijk voor dat de betrokken belangen, waaronder in het bijzonder het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Het hof heeft een nauwgezette afweging gemaakt van alle betrokken belangen, waaronder het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de websitehouder, en is tot de slotsom gekomen dat Lycos in de concrete omstandigheden van het geval in strijd handelt met een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm als in art. 6:162 BW bedoeld, op grond waarvan zij de NAW-gegevens aan [verweerder] dient te verschaffen, tegen nakoming van welke verplichting art. 8, aanhef en onder f, Wbp zich niet verzet. Aldus heeft het hof op juiste wijze toepassing gegeven aan de hier van belang zijnde, bij de wet voorziene en voor Lycos voldoende toegankelijke en voorzienbare, rechtsregels.

In de overwegingen van het hof ligt voorts besloten dat de inbreuk die de te treffen voorziening maakt op de in de art. 8 en 10 EVRM gewaarborgde rechten van de websitehouder die op zijn website anoniem een ernstige beschuldiging aan het adres van [verweerder] heeft geuit, strekt ter bescherming van de in het tweede lid van deze bepalingen bedoelde belangen en niet verder reikt dan strikt noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en, mede in aanmerking genomen dat het hier gaat om een kort geding, niet ontoereikend gemotiveerd.

5.4.4 Middel III faalt derhalve.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Lycos in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 359,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren P.C. Kop, E.J. Numann, W.A.M. van Schendel en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere E.J. Numann op 25 november 2005.

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Huydecoper

### Feiten(1) en procesverloop

1. De verweerder in cassatie, [verweerder], handelt - naast zijn werkzaamheden als beroepsbeoefenaar - in postzegels. Hij doet dat via de "virtuele" veiling van de website [www.ebay.com](http://www.ebay.com). Daar gebruikt hij het adres [naam verweerder]@home.nl.

De genoemde website biedt aan klanten (kopers) met wie zaken worden gedaan, de mogelijkheid om (in één

regel) "feedback" te geven. [verweerder] 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 [verweerder] langs deze weg een "rating" opgebouwd van 24.787 positieve, 299 negatieve en 217 neutrale vermeldingen.

2. De eiseres tot cassatie, Lycos, maakt deel uit van een wereldwijd opererend internetbedrijf. Dat bedrijf houdt zich onder meer bezig met het als internet-provider "hosten" van websites(2).

Op een door de Lycos-organisatie gefaciliteerd internet-adres <http://members.lycos.nl>, heeft men toegang tot een website genaamd "stop the fraud". Tot 4 augustus 2003 stond op deze website onder meer de volgende tekst:

"Have you ever been ripped off by [naam verweerder]@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) (...)."

Op de website stonden voorts een aantal "stories" van personen die slechts met initialen waren aangeduid. Het ging daarin om problemen bij het bestellen van postzegels bij [verweerder].

3. [Verweerder] heeft op 1 augustus 2003 een e-mail naar het op de website vermelde e-mailadres gestuurd. Ik haal daaruit aan:

"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 (...)"

[Verweerder] heeft op deze e-mail geen antwoord gekregen.

4. [Verweerder] heeft Lycos op 1 augustus 2003 gesommeerd om (onder meer) de website te verwijderen en om hem de naam, het adres en de geboortedatum van de websitehouder op te geven. Lycos heeft (althans) dat laatste geweigerd.

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

6. In deze kort geding-procedure vorderde [verweerder] onder meer, dat Lycos zou worden bevolen identificerende gegevens(3) betreffende de websitehouder aan hem, [verweerder], bekend te maken. Hij voerde daartoe, in de kern genomen, aan dat Lycos onrechtmatig handelde door hem die gegevens te onthouden.

7. In de eerste aanleg werd de vordering betreffende opgave van de NAW-gegevens in hoofdzaak toegewe-

zen. Op Lycos' hoger beroep heeft het hof die beslissing bekrachtigd. Het overwoog daartoe onder meer:

" 4.9 Blijkens het bovenstaande moet er in dit geval voorschans 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 service provider 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 - znodig 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.

In de rov. 4.11 tot en met 4.15 heeft het hof vervolgens de feiten van deze zaak getoetst aan de in rov. 4.9 en 4.10 tot uitdrukking komende criteria; met een voor [verweerder] positieve uitkomst(4).

8. Tegen het arrest van het hof heeft Lycos tijdig(5) en regelmatig cassatieberoep ingesteld. [Verweerder] heeft tot verwerping laten concluderen. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Er is gerepliceerd en gedupliceerd.

#### **Een paar opmerkingen vooraf**

9. Het probleem dat in deze zaak aan de orde is, is ongetwijfeld een serieus probleem, waarvan de oplossing - in de ene of de andere zin - belangrijke repercussies kan hebben.

Toch is men geneigd bij eerste kennisneming zich af te vragen of er werkelijk een probleem is. Of, van een andere kant benaderd: als men de vraag die hier wordt voorgelegd zou stellen aan een a-selecte steekproef van niet-juridisch onderlegde burgers, zouden de onder-

vraagden naar mijn overtuiging in grote meerderheid met onbegrip reageren - niet omdat zij de vraag niet zouden begrijpen of de probleemstelling als vergezocht of als té hypothetisch zouden beschouwen, maar omdat - in hun zienswijze - het antwoord op de vraag zó voor de hand liggend is(6).

10. Van nog een andere kant benaderd: stel dat men een regeling wil ontwerpen, gericht op de problemen die men in verband met elektronisch handelsverkeer ("e-commerce") verwacht. Één van de problemen waar men dan al gauw - misschien wel als eerste - op stuit, is het probleem van de identificatie van de deelnemers aan dat handelsverkeer: hoe komt, bijvoorbeeld, iemand die meent dat hem in het kader van een elektronisch gesloten transactie tekort is gedaan, er achter wie zijn wederpartij is en waar hij die kan vinden(7) (aangenomen natuurlijk, dat die informatie uit de website of andere elektronische vindplaats via welke de transactie zich heeft afgespeeld, niet eenduidig valt op te maken)(8),(9)?

11. Als de ontwerper van de hier veronderstelde regeling dan voor de dag zou komen met een stelsel van regels dat het niet slechts mogelijk maakt, maar zelfs voorschrijft dat de "provider"(10) waar de desbetreffende elektronische vindplaats wordt aangehouden die informatie, ongeacht of die terecht dan wel ten onrechte werd "achtergehouden", praktisch gesproken nooit hoeft te (en ook niet mag) verschaffen, dan zou dat - in elk geval bij het gremium van juridisch niet-geschoolde leken dat ik mij een paar alinea's eerder heb voorgesteld - op onbegrip, misschien zelfs wel op verontwaardiging stuiten - de regeling zou op een van de meest voor de hand liggende "knelpunten" evident gebrekkig zijn.

12. En toch zou dit, in de van de kant van Lycos verdedigde opvatting, de strekking zijn van de thans in Europa geldende regels op dit stuk. Ik kan immers het namens Lycos verdedigde standpunt niet anders begrijpen, dan dat een ISP alléén mag worden gedwongen om NAW-gegevens mee te delen, als het om evidentelijk onrechtmatige uitingen gaat en de ISP in verband daarmee zelf onrechtmatig handelt, óf als dat door bevoegde autoriteiten in verband met (naar in de rede ligt: méér dan verwaarloosbare, en dus: ernstige) strafbare feiten wordt gevorderd.

Lycos maakt daarbij geen onderscheid naar gevallen waarin de gebruiker van de diensten van de ISP overigens verplicht was, bij zijn deelname aan het (elektronische) (handels)verkeer zelf te zorgen voor openbaarmaking van identificerende gegevens(11). (Trouwens, in de namens Lycos verdedigde opvatting zal ook vaak niet beoordeeld kunnen worden of de gebruiker die verplichting had - daarvoor moet men immers iets over de identiteit van de betrokkene weten, en dat wordt nu juist in Lycos' zienswijze geblokkeerd.)

13. Met andere woorden: wie de op hem rustende verplichting om zich behoorlijk te identificeren aan zijn laars lapt heeft (tenzij er evidentelijk onrechtmatige uitingen of min of meer ernstige strafbare feiten aan de orde zijn), in Lycos' optiek dezelfde aanspraak op respectering van zijn anonimiteit als degenen op wie

(overigens) geen verplichting om zich te identificeren rustte.

Dat laat zien dat niet slechts de door het hof aanvaarde opvatting kan worden "doorgetrokken" tot men op niet gemakkelijk te aanvaarden uitkomsten stuit (zoals van de kant van Lycos is benadrukt(12)), maar dat ook de namens Lycos verdedigde opvatting al gauw tot uitkomsten leidt die zich als moeilijk aanvaardbaar opdringen.

14. Weer een andere invalshoek: namens Lycos wordt gehamerd op het publieke belang bij informatieuitwisseling, en op de rol die in dit verband toekomt aan anonieme uitingen (of aan niet-anonieme uitingen die terugrijpen op informatie, die van anonieme bronnen wordt verkregen).

Dat belang bestaat ongetwijfeld, en daaraan behoort het gewicht te worden gegeven dat daaraan toekomt. Daartegenover staat echter het eveneens legitieme belang van degene die schade ondervindt van op hem gerichte - en beweerdelijk onrechtmatige - uitingen, om zich daartegen teweer te stellen.

15. In de van de kant van Lycos verdedigde leer komt aan het eerstgenoemde belang een bijna absolute prioriteit toe, als het gaat om onthulling van de identiteit van degeen die informatie via een anonieme website verspreidt: er is pas ruimte voor een beperkte uitzondering als er sprake is van evident onrechtmatige uitingen of van (min of meer ernstige) strafbare feiten.

Daarmee wordt, zo is men geneigd te denken, aan de afweging waarop het andere legitieme belang dat hier op de voorgrond staat aanspraak kan maken, toch noodzakelijkerwijs tekort gedaan. De afweging tussen twee respectabele en niet dadelijk als ongelijkwaardig te kwalificeren belangen die zó onevenwichtig wordt "ingekaderd" dat het ene belang(13) slechts voor honorerende in aanmerking komt in de uitzonderlijke, marginale situatie dat er van evidentelijk onrechtmatig handelen of van strafbare feiten sprake is, moet haast wel gebrekkig zijn.

16. Tenslotte, als laatste "andere invalshoek": wie als getuige over informatie beschikt die voor de beslissing van een juridisch conflict van belang is, is in het algemeen, wanneer hij als getuige wordt opgeroepen, verplicht om te verschijnen en om de informatie die hij bezit (onder omstandigheden: met inbegrip van informatie die door onderzoek van zijn administratie kan worden verkregen(14)), aan de gedingvoerenden en de rechter te openbaren.

Daarop bestaan uitzonderingen, maar met het oog op het hoog gewaardeerde belang van de waarheidsvinding in rechte, zijn die uitzonderingen maar van (heel) beperkte omvang(15).

17. Als ik de namens Lycos verdedigde redenering goed begrijp, is het zo dat het verbod op mededeling, door een ISP, van NAW-gegevens dat in hier toepasselijke regels besloten zou liggen, er ook toe leidt dat een uitzondering moet worden gemaakt op de verplichting om als getuige die informatie te openbaren. Lycos maakt immers (ook) geen onderscheid al naar gelang de ISP op grond van een zorgvuldigheidsverplichting of op grond van zijn (getuige)plicht om mee te werken

aan de waarheidsvinding, tot het verschaffen van gegevens wordt aangesproken: de door Lycos verdedigde bescherming van de anonimiteit moet, wil die het beoogde effect hebben, wel in beide gevallen gelijkelijk van toepassing zijn. Dat zou een bepaald opmerkelijke afwijking betekenen van de overigens in Nederland - en ook elders(16) - op dat punt aangehangen opvattingen.

18. Ik ben bang dat ik daarmee de uitkomst waartoe ik tenslotte zal komen, al heb prijs gegeven. De van de kant van Lycos verdedigde leer leidt immers tot resultaten die haaks staan op elders in de rechtsleer als noodzakelijk dan wel hoogst wenselijk aangemerkte uitkomsten. Die leer leidt wat mij betreft ook tot gevolgen die als maatschappelijk onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt. Dan kan, onverminderd de bevinding dat het hier om een serieus probleem gaat dat een dienovereenkomstige benadering verdient, toch maar weinig twijfel bestaan over de conclusie waarop men moet uitkomen. Wat onaanvaardbaar is behoort, hoe verdienstelijk het ook verdedigd moge worden, niet te worden aanvaard.

### **Bespreking van het cassatiemiddel**

19. Het eerste middel betoogt in essentie, dat Richtlijn 2000/31/EG (hierna: de Richtlijn)(17), er toe zou strekken dat ISPs die ingevolge de bepalingen van de Richtlijn niet voor met hun tussenkomst verspreide uitingen aansprakelijk kunnen worden gehouden, (daarom) ook niet genoodzaakt mogen worden, NAW-gegevens van de internet-gebruikers waarover zij beschikken, te openbaren aan degenen die menen dat de uitingen van de desbetreffende internet-gebruikers (wel) tot aansprakelijkheid behoren te leiden (te weten: aansprakelijkheid, niet van de ISP, maar van de verantwoordelijke internet-gebruiker zelf).

In het verlangde daarvan wordt dan verdedigd dat ook het Nederlandse recht in die zin moet worden uitgelegd en toegepast.

20. Dat ik de hier verdedigde uitleg van de Richtlijn implausibel vind, volgt al uit het in alinea's 10 - 13 hiervóór opgemerkte: een regeling waarvan het openlijk beledigen doel is, om het (commerciële) verkeer via het internet (en andere elektronische media) te bevorderen en om belemmeringen daarvoor uit de weg te ruimen, zou zijn doel véér voorbijschieten wanneer die regeling ertoe zou strekken, dat men - in voorkomend geval: met voorbijgaan aan voor de betrokkene geldende verplichtingen om zich behoorlijk te identificeren(18) - met een van krachtige waarborgen voorziene anonimiteit aan het elektronische handelsverkeer kan deelnemen (althans: zolang men zich maar van evident onrechtmatige uitingen en van (min of meer ernstige) strafbare feiten onthoudt).

Het is reeds op het eerste gezicht in een zodanige mate onaannemelijk dat deze regeling die strekking zou hebben, dat die regeling héél duidelijke aanwijzingen voor het tegendeel zou moeten inhouden, wil men mogen aannemen dat die bedoeling werkelijk voorzit.

21. Uit het in alinea's 10 - 13 besprokene zal al zijn gebleken waarom ik daar zo over denk; maar voor alle duidelijkheid breng ik dat hier nog wat uitvoeriger naar voren:

- gewaarborgde anonimiteit voor deelnemers aan het elektronische handelsverkeer zet de deur open voor een scala aan onwenselijke praktijken: het zich (stelselmatig) onttrekken aan klachten van gedupeerde wederpartijen - waaronder natuurlijk ook consumenten, een groep die (ook) in EG-regelgeving gewoonlijk in bescherming wordt genomen -, over de gebrekkige nakoming van elektronisch gesloten overeenkomsten; het straffeloos bedrijven van misleidende reclame; het ontgaan van aansprakelijkheid voor allerhande (andere) onrechtmatige uitingen - waarbij dan niet alleen gedacht moet worden aan de diffamerende uitingen die in deze zaak ter discussie staan, maar ook, bijvoorbeeld, aan niet-betrouwbaar blijvende uitingen waarop anderen (en dan denk ik natuurlijk weer aan consumenten) tot hun schade zijn afgegaan.

- In geen van de zojuist genoemde categorieën van onwenselijk gedrag is gewoonlijk (ik erken dat er uitzonderingen zijn) sprake van evident onrechtmatige handelingen of van strafbare feiten. In de restrictieve uitleg die Lycos voorstaat, zou de Richtlijn daarom voor zulk gedrag een vrijwel ondoordringbare dekmantel bieden.

- Die uitkomst is eens te meer onaannemelijk in het licht van de voor het "traditionele" handelsverkeer al van oudsher algemeen aanvaarde verplichting om zijn identiteit duidelijk kenbaar te maken, en om degenen met wie men in contact treedt eenvoudige mogelijkheden te bieden om de daarvoor noodzakelijke gegevens te achterhalen. Ik noemde in dat verband de verplichting tot registratie uit de Nederlandse Handelsregisterwet, die overal in Europa (en elders) in een min of meer vergelijkbare vorm bestaat. Bij de uit dergelijke regels blijvende verplichting zoekt de Richtlijn (dan) ook aansluiting, in de al herhaaldelijk genoemde art. 5 - 7; maar zoals al eerder benadrukt: in de namens Lycos verdedigde opvatting kan ook degene die de in die artikelen tot uitdrukking komende verplichtingen heeft genegeerd, van de door hem gekozen anonimiteit (blijven) profiteren. Als men eenmaal de door Lycos verdedigde stringente regels inzake de bescherming van anonimiteit aanvaardt, geldt er immers voor dit geval geen uitzondering. Men zou ook moeilijk een uitzondering kunnen maken omdat, zoals ik al aanstipte, bij een anonieme wederpartij gewoonlijk niet kan worden beoordeeld of die aan de voorwaarden voor de uitzondering - welke dat ook zouden zijn - kan voldoen.

22. Namens Lycos zal misschien worden tegengeworpen dat mijn beschouwingen vooral betrekking hebben op partijen die op commerciële voet aan het (elektronische) verkeer deelnemen, en dat niet vaststaat dat de derde van wie [verweerder] de NAW-gegevens najaagt, zo iemand is. Die tegenwerping lijkt mij echter niet doeltreffend: waar het om gaat is, dat de Richtlijn vooral met het oog op het elektronische handelsverkeer geschreven is, en dat het dus in de rede ligt, de regels daarvan te lezen als (vooral) voor commerciële deelnemers aan dat verkeer geschreven. Als dan een uitleg van die regels word verdedigd die in die context tot onaannemelijke uitkomsten leidt, moet die uitleg worden

verworpen, ook al zou het geval waarin die uitleg wordt verdedigd niet over een geval van commerciële deelname aan het elektronische verkeer gaan: dat doet er immers niet aan af dat de voorgestane uitleg tot (vergaand) onaannemelijke consequenties leidt, juist in die gevallen waarvoor de Richtlijn wél specifiek bedoeld is.

23. De sterke aanwijzingen die de Richtlijn daarom volgens mij zou moeten inhouden, wil men verantwoord kunnen aannemen dat daarin de namens Lycos verdedigde regel, met de hiervóór als onaanvaardbaar beschreven consequenties die die zou meebrengen, besloten ligt, tref ik daarin in het geheel niet aan.

Ik meen daarentegen dat de Richtlijn verhoudingsgewijs duidelijk tot uitdrukking brengt wat (wèl) de bedoeling is(19).

Dat is dan, (te) kort samengevat, het geven van een redelijke (en uniforme) regeling, waardoor ISPs gevrijwaard worden voor het risico van bezwaarlijke aansprakelijkheid voor door hun tussenkomst verspreide onrechtmatige uitingen - mits zij zich houden aan minimum-voorwaarden die in geval van evidentelijk onrechtmatige uitingen gesteld mogen worden(20); terwijl voor het overige niet wordt ingegrepen in de regels betreffende de aansprakelijkheid van degenen die van de diensten van ISPs gebruik maken, daaronder ook begrepen de regels over opsporing, identificatie, en het overigens vervolgen/handhaven van zijn rechten ten opzichte van die gebruikers.

24. Dat de Richtlijn er in het bijzonder op is toegesneden, het aansprakelijkheidsrisico van de ISP tot hanteerbare proporties terug te brengen (en om die materie uniform te regelen) blijkt, behalve uit de specifiek op dat onderwerp betrekking hebbende bepalingen van de art. 12 - 15, uit de alinea's 40 - 43 van de considerans: onderlinge verschillen in benadering van de strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van ISPs, ook onder omstandigheden waarin de ISP in het geheel niet de hand heeft gehad in de inhoud of presentatie van de informatie die tot aansprakelijkheid zou leiden, bedreigen de goede werking van de interne markt. Het is (vooral) die oorzaak van "distorsies" die de Richtlijn wil wegnemen - en dan speciaal in het al even aangeduide geval van de ISP die overigens geen betrokkenheid had bij de inhoud/presentatie van de informatie waar het om gaat.

25. Voor de gedachte dat de Richtlijn overigens de aansprakelijkheid voor elektronisch verspreide informatie onverlet laat - daaronder begrepen de rechtsmiddelen die naar het nationale recht van de lidstaten beschikbaar zijn om daartegen in het geweer te komen - vind ik in de Richtlijn vele aanwijzingen:

- in alinea 6 van de considerans wordt aangegeven dat de Richtlijn zich beperkt tot de voor de werking van de interne markt relevante aspecten. Blijkens de in alinea 24 hiervóór aangehaalde overwegingen uit de considerans is (vooral) de verschillend beoordeelde aansprakelijkheid van "onschuldige" ISPs zo'n relevant aspect. Men mag dan aannemen dat de regeling juist dat aspect op het oog heeft, en niet aanmerkelijk verder reikende consequenties beoogt.

- Blijkens alinea 10 van de considerans wil de regelgever geen afbreuk doen aan een (aanzienlijk) aantal als belangrijk aangemerkte verworvenheden, waaronder: (bescherming tegen) aantasting van de menselijke waardigheid. Daaronder kan men mede begrijpen: aantasting in de vorm van krenkende of diffamerende uitlatingen. Dat verdraagt zich slecht met de gedachte, dat niettemin de (onuitgesproken) bedoeling zou bestaan, een betrekkelijk vergaande bescherming te verwezenlijken voor (ook onrechtmatige) anonieme gedane krenkende of diffamerende uitingen.

- Alinea 14 van de considerans verwijst op het punt van de privacy-bescherming naar de daarvoor bestaande communautaire regels, en geeft aan dat Richtlijn 2000/31/EG daar niet in ingrijpt. Ook dat is slecht te rijmen met de gedachte dat die Richtlijn toch, naast en boven de bestaande "privacy-regels", de vergaande bescherming van anonimiteit die van de kant van Lycos wordt verdedigd, zou impliceren.

Aan het slot van deze alinea uit de considerans staat de zin "Deze richtlijn kan het anonieme gebruik van open netwerken zoals het Internet niet voorkomen". Ik wil niet verhelen dat ik dat een wat cryptische uitlating vind - maar het lijkt mij toch verantwoord om daaruit af te leiden dat de Richtlijn er niet toe strekt, anoniem gebruik van het internet aan te moedigen dan wel in bescherming te nemen.

- Alinea 25 van de considerans lijkt opnieuw te zijn ingegeven door de wens, de beperkte strekking van de Richtlijn aan te geven; buiten de daardoor bestreken materie blijft toepassing van het nationale recht (ook als dat het dienstenverkeer zou (kunnen) belemmeren) vrij.

- Op de betekenis die ik aan alinea's 40 - 43 van de considerans toeken, ben ik al even ingegaan. De alinea's 44 - 48 stippen dan een aantal aspecten aan, waar nu juist géén vrijstelling van verplichtingen (en eventueel: van aansprakelijkheid van ISPs wordt beoogd. Met de pleiters namens [verweerder] lijkt mij, dat vooral alinea 48 van belang is: men mag ISPs houden aan de (volgens de nationale wet geldende) zorgvuldigheidsverplichtingen die o.a. opsporing van onwettige activiteiten en het voorkomen daarvan betreffen. Een (impliciet voorgeschreven) bescherming van de anonimiteit van gebruikers die mogelijk onrechtmatig handelen, lijkt mij daarmee rechtstreeks te conflicteren.

- Wat de considerans betreft, bevestigen tenslotte ook de alinea's 52 en 54 dat de Richtlijn (overigens) geen afbreuk beoogt te doen aan effectieve toegang tot geschillenbeslechting voor "slachtoffers", en aan de (overigens) naar nationaal recht beschikbare sancties en verhaalsmogelijkheden. Zowel het een als het ander verdraagt zich slecht met de namens Lycos verdedigde bescherming van anonieme deelnemers aan het elektronische verkeer.

26. In de bepalingen van de Richtlijn vindt men, zoals te verwachten, de uit de considerans naar voren komende bedoelingen voor een belangrijk deel terug:

- Art. 4 strekt ertoe, de autoriteiten van lidstaten beperkingen op te leggen bij maatregelen tegen in andere lidstaten gevestigde ISPs. Lid 4 maakt echter de uit-

zondering "onverminderd eventuele rechtszaken". Ik zou denken dat deze (naar ik erken: opnieuw enigszins cryptische) bijstelling (mede) terugrijpt op de beschouwingen in de considerans over de bescherming van "slachtoffers", ook tegen aantasting van hun menselijke waardigheid, en de als essentieel gepresenteerde toegang, voor de betrokkenen, tot geschillenbeslechting.

- Eerder heb ik er al verschillende malen op gewezen dat de art. 5 - 7 voor commerciële deelnemers aan het elektronische handelsverkeer voorzien in gedetailleerde verplichtingen tot bekendmaking van, onder andere, hun NAW-gegevens; en dat de hier beoogde regels niet te rijmen zijn met de gedachte dat ISPs niettemin gehouden zouden zijn om, ook als aan deze verplichtingen niet is voldaan, anonimiteit te waarborgen.

- De art. 12, 13 en 14 bevatten de als uniform bedoelde regels voor (uitsluiting van) aansprakelijkheid ten opzichte van "onschuldige" ISPs. In ieder van die bepalingen(21) wordt expliciet aangegeven dat de uitsluiting van aansprakelijkheid niet in de weg staat aan maatregelen ter beëindiging of voorkoming van "inbreuk", overeenkomstig de rechtsstelsels van de lidstaten(22).

Dat men de hier aangehaalde (Richtlijn-)regels verschillend kan uitleggen, behoeft nauwelijks betoog. De meest plausibele uitleg lijkt mij echter dat, behoudens de uniform te hanteren regel betreffende rechtstreekse aansprakelijkheid van de ISP waarin deze drie bepalingen in hun eerste leden voorzien, maatregelen ter beteugeling van "inbreuken" op de voet van het nationale recht, moeten worden toegelaten. Bij die uitleg geldt opnieuw, dat een (geïmpliceerde) beperking van de mate waarin de ISP kan worden verplicht tot het verschaffen van NAW-gegevens, bepaald onaannemelijk is. Die verplichting staat immers los van de (eigen) aansprakelijkheid van de ISP - zoals ook de getuigenplicht los staat van de aansprakelijkheid die een getuige mogelijk zelf kan betreffen, uit hoofde van de feiten waarover hem gevraagd wordt te getuigen.

- In art. 18 wordt de lidstaten opgedragen te voorzien in snelle maatregelen ter beteugeling van "inbreuken", en ter voorkoming van verdere schade aan getroffen belangen.

Die bepaling weerspiegelt de verschillende overwegingen uit de considerans waarin de materiële en procesrechtelijke bescherming van "slachtoffers" op de voorgrond wordt gesteld. Alweer: een bepaling die moeilijk te rijmen valt met de (geïmpliceerde) bedoeling om het "slachtoffers" in geval van anoniem toegebrachte schade bijzonder moeilijk te maken om de daarvoor (beweerdelijk) aansprakelijke op te sporen(23).

(Art. 19 zet in lid 4 de verplichting van art. 18 nog wat kracht bij met het voorschrift dat burgers informatie moeten kunnen krijgen over, onder andere, de hun ten dienste staande rechtsbescherming).

27. De zojuist genoemde aanwijzingen voor de uitleg van de Richtlijn worden bevestigd door een in 2003 gepubliceerd verslag van de Europese Commissie be-

treffende de stand van de implementatie van de Richtlijn in de lidstaten(24):

- In de Inleiding van dit stuk, in nr. 3, wordt erop gewezen dat de Richtlijn voorziet in een licht en flexibel kader, dat alleen de elementen die strikt noodzakelijk zijn voor de goede werking van de interne markt behandelt. Met andere woorden: geen "uitputtende" behandeling, maar een tot het noodzakelijke beperkte regeling.

In § 4.6 wordt in meer detail op hetzelfde onderwerp ingegaan: de regels voor beperkte aansprakelijkheid van tussenpersonen doen geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van de opdrachtgevers/gebruikers van de diensten van die tussenpersonen, en ook niet aan de mogelijkheden om de tussenpersoon tot medewerking aan de beëindiging of voorkoming van "inbreuk" te verplichten. De hier getroffen regeling wordt gezien als noodzakelijk, maar tegelijk: als tot het noodzakelijke beperkt.

- Nr. 5 van de Inleiding geeft als hoofdlijn ("hoeksteen") van de Richtlijn aan: creëren van rechtszekerheid en juridische duidelijkheid, met name door de bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van tussenpersonen; gepaard gaand met bepalingen inzake informatieverstrekking en doorzichtigheid, die het vertrouwen van consumenten (moeten) vergroten. Ik gaf al aan dat dit (en dan vooral: dit laatste) niet te rijmen valt met de (impliciete) strekking, de mogelijkheden voor anonieme deelname aan het elektronische verkeer (belangrijk) te verruimen. Het kan zijn dat hier bedoeld wordt dat de Richtlijn zich met dit onderwerp in het geheel niet inlaat; maar men kan ook veronderstellen dat de verbeterde transparantie die de Richtlijn hier als doel vooropstelt, er mede toe strekt dat toepassing van anonimiteit (juist) moet worden tegengegaan.

§ 4.2 van het verslag benadrukt dit gegeven opnieuw, namelijk: de samenhang tussen de beoogde vrijheid van elektronische dienstverlening enerzijds, en de noodzaak van verplichte informatieverstrekking (en dus: uitsluiting van anoniem "deelnemen") anderzijds. Het tweede functioneert (kennelijk, en mede) als waarborg voor het beter functioneren van het eerste.

28) Ook de al eerder aangehaalde Memorie van Toelichting bij de implementatiewet(25) lijkt mij in overeenstemming met de hiervóór besproken aanwijzingen:

De Memorie bevestigt dat de Richtlijn het onderwerp van de privacy-bescherming niet beïnvloedt (zie p. 11). De Memorie gaat tamelijk uitvoerig in op de door de Richtlijn beoogde verplichtingen om, als deelnemer aan het elektronische verkeer, gegevens omtrent zijn identiteit bekend te maken (p. 19 - 21).

Op p. 25 - 28 wordt de (beperkte) strekking van de aansprakelijkheidsregeling voor tussenpersonen in het elektronische verkeer besproken, waarbij (op p. 27) wordt aangegeven dat de ruimte om (civielrechtelijke) vorderingen gericht op het beëindigen of voorkomen van "inbreuken" in te stellen, overigens niet wordt beperkt (zie voor nadere uitwerking p. 50 - 51).

Op p. 28 wordt expliciet verwezen naar de mogelijkheid dat de civiele rechter de (tussenpersoon-) dienstverlener verplicht om de bron van aangeleverde informatie bekend te maken (zie ook p. 51, par. 6).

Ik vermeld nog par. 18 (op p. 30 - 31), waar wordt ingegaan op de verplichting (van de lidstaten) om effectieve rechtsmiddelen terzake van "inbreuken" te verwezenlijken. Daarbij wordt door de Nederlandse wetgever, blijkens par. 6 (p. 8), in de eerste plaats gedacht aan privaatrechtelijke "handhaving".

29) Er zijn ook aanwijzingen die een andere uitleg van de Richtlijn kunnen ondersteunen; maar ik beschouw die als onvoldoende zwaarwichtig om inderdaad tot die andere aanleg te (kunnen) besluiten.

Ten eerste is daar de bepaling waar Lycos zich met enige nadruk op heeft beroepen: art. 15 lid 2 van de Richtlijn. Die bepaling staat de lidstaten toe, om - onder andere - de door de Richtlijn beoogde tussenpersonen te verplichten om identificerende gegevens aan "bevoegde autoriteiten"(26) te verstrekken.

Wanneer men die bepaling opvat als een uitputtend bedoelde regeling van het onderwerp, en/of a contrario uitleg daarvan voor juist houdt, zouden regels van (on)geschreven recht waaruit een overeenkomstige verplichting ten gunste van anderen dan "bevoegde autoriteiten" voortvloeit, inderdaad ongeoorloofd zijn. Maar in het licht van de vele aanwijzingen dat de Richtlijn niet als "uitputtend" bedoeld is, en dat die de aanspraken van benadeelden op medewerking aan repressie van "inbreuken" (anders dan in de vorm van aansprakelijkheid van de tussenpersonen uit eigen hoofde) onverlet laat, acht ik het bepaald onaannemelijk, dat dat op dit punt anders zou zijn.

30) Dan is er het feit, dat in het wordingsproces van de Richtlijn is overwogen om in de considerans een verwijzing op te nemen naar de verplichting van ISPs om informatie voor het opsporen en identificeren van leveranciers van onwettige inhoud, te verstrekken, in combinatie met het feit dat van dat voornemen met het oog op (mogelijke) privacy-beleidsen is afgezien(27).

Ook hier betreft het, denk ik, een aanwijzing waaraan geen doorslaggevend betekenis toekomt. Dat men ervan heeft afgezien, op dit enigszins controversiële punt een regel te geven (al was het dan maar in de weinig dwingende vorm van een vermelding in de considerans), is goed verenigbaar met de uit de nodige andere aanwijzingen op te maken strekking, niet meer dan het noodzakelijke minimum te regelen, en de handhavingmogelijkheden voor gelaedeerden ten opzichte van (niet ISPs maar) gebruikers van het elektronische verkeer, verder vrijwel geheel over te laten aan de wetgeving van de lidstaten.

31) Zo kom ik terug op mijn uitgangspunt: uit de Richtlijn kan men geen regel opmaken die ertoe strekt dat een ISP niet kan worden verplicht om NAW-gegevens van "zijn" opdrachtgever te verstrekken. Dat geldt in versterkte mate voor de Nederlandse implementatiewet: zoals in alinea 28 hiervóór al opgemerkt, wordt in de Memorie van Toelichting expliciet verwezen naar de mogelijkheid, dat de rechter zo'n verplichting wél oplegt. Dat is intussen, naar uit het eerder besprokene zal

zijn gebleken, volgens mij geheel in lijn met de bedoeling die uit de Richtlijn en de verder voor de uitleg daarvan beschikbare bronnen blijkt(28).

Daarom beoordeel ik middel I als ongegrond. Dat geldt zowel voor de daar onder A geformuleerde klacht als voor de klacht onder B.

32) Dat brengt mij bij middel II, en daarmee op wat, denk ik, de lastigste vraag in deze zaak is: waarom zou een ISP die zelf niet onrechtmatig handelde door bepaalde informatie te (laten) verspreiden, verplicht zijn om eraan mee te werken dat de daardoor benadeelde zijn recht kan (proberen te) halen, met name door de verstrekking van de NAW-gegevens van degene die voor de informatie in kwestie verantwoordelijk is?

33) Die vraag is zo lastig, omdat men niet meteen een zorgvuldigheidsnorm (andere, bijvoorbeeld: contractuele, verplichtingen zijn hier klaarblijkelijk niet aan de orde) ontwaart, die de ISP tot de zojuist omschreven hulpvaardigheid zou verplichten. Hulpvaardigheid is mooi, maar men is daar in het algemeen niet toe verplicht - en al helemaal niet, als men kan wijzen op respectabele belangen of zelfs plichten aan de eigen zijde, die zich niet met de verlangde hulpvaardigheid verdragen.

Dergelijke belangen zijn er in dit geval stellig: er is op gewezen dat het voor ISPs belastend is om (vele) verzoeken om NAW-gegevens inhoudelijk te toetsen, om daaraan in geval van positief toetsingsresultaat te voldoen en - misschien meer nog - om in geval van negatief toetsingsresultaat de discussie daarover met de aanvrager aan te gaan. In het verlengde daarvan ligt de mogelijkheid van "tussen twee vuren raken". De ISP kan immers uit hoofde van privacy-regels en/of van de contractuele relatie met zijn opdrachtgever verplicht zijn om NAW-gegevens niet te verstrekken. Die verplichting komt op een niet gemakkelijk te beoordelen wijze in botsing met de verplichting waarop de gelaedeerde derde zich beroept. De ISP die reageert langs de lijn van "laat mij erbuiten" handelt, in dat licht bezien, bepaald niet onbegrijpelijk.

34) Met die achtergrond voor ogen valt ook te begrijpen, waarom de rechtspraak zo'n restrictieve benadering vertoont als het om de verplichting tot het aanwijzen van "de achterman" gaat. Het is niet dadelijk in te zien waar een dergelijke verplichting op zou (moeten) berusten, en van iemand die om aannemelijke redenen - bijvoorbeeld: omdat het om "bedrijfsgevoelige" informatie gaat die de concurrentiepositie van de betrokkene kan schaden - bezwaren tegen het meewerken aan het streven van de benadeelde koestert, valt eens te meer te billijken dat hij zich zo'n verplichting ook niet wil laten aanleunen.

Ik kan dan ook geredelijk inzien waarom een verplichting tot het noemen van "achtermannen" niet werd aanvaard in zaken betreffende doorbreking van prijsbindingsorganisaties(29). Het belang van degenen die hiervoor werden aangesproken om die informatie niet prijs te geven dringt zich op - waarom zouden zij gehouden zijn eraan mee te werken dat een organisatie die op commerciële belangen gericht was die haaks op de hunne stonden, in de gelegenheid zou worden ge-

steld die belangen te realiseren - en daarmee die van de aangesprokene te frustreren?

35) De verhoudingen lagen wat anders in het geval dat aanleiding gaf tot HR 27 november 1987, NJ 1988, 722 m.nt. LWH (in voetnoot 29 al even genoemd); en wel zodanig anders, dat ik met dit arrest enige moeite heb.

Het geval is bekend: parfumfabrikant Chloé had vervalste ("counterfeit") parfums, nagebootst van Chloé's destijds (en waarschijnlijk ook nu nog) bekende merkproduct "Chloé", op de markt aangetroffen. [A] was verantwoordelijk voor het op de markt brengen van de "counterfeit"-producten; en over de onrechtmatigheid van die handelwijze van [A] bestond geen verschil van mening.

Chloé vorderde onder meer opgave van de bron van wie [A] de vervalste producten had betrokken. Zij stelde (mede) dat een verplichting tot opgave voortvloeide uit [A]'s verplichting om de door hem aangerichte schade te herstellen, daaronder begrepen: mee te werken aan het voorkomen van verdere schade.

36) Ik dacht toen, en zou eigenlijk nog steeds denken, dat een dergelijke verplichting inderdaad bestaat: wie samen met een ander (namelijk: met zijn toeleverancier) schuld heeft aan een vrij ernstig onrechtmatig feit, te weten het verspreiden van "counterfeit" producten, is inderdaad gehouden tot de redelijkerwijs te vergen stappen om de teweeg gebrachte schade én de nog te verwachten schade te helpen repareren.

Ik zou denken dat het aanwijzen van de mede verantwoordelijke toeleverancier zonder veel problemen onder die verplichting kan worden gebracht, en dat het feit dat de aansprakelijke om voor de hand liggende redenen bezwaar kan hebben tegen deze vorm van medewerking aan het herstellen/voorkomen van mede door zijn toedoen ontstane en dreigende schade weliswaar heel begrijpelijk is - zoals dat ook in de hoger onder ogen geziene gevallen zo is -, maar dat dat aan de op de betrokkene rustende verplichtingen niet kan afdoen.

37) De Hoge Raad oordeelde echter in het aangehaalde arrest (in rov. 3.2 en 3.3) anders. Ik denk dat daarbij een belangrijke rol heeft gespeeld, dat het in cassatie bestreden arrest het probleem zo had geformuleerd, dat degene die kennis heeft van onrechtmatig handelen van een derde, slechts bij aanwezigheid van bijkomende omstandigheden verplicht is tot het mededeling doen van wat hij daaromtrent weet, aan de benadeelde. Die opvatting werd in cassatie bestreden, maar door de Hoge Raad als juist aangemerkt. In het licht van het in de vorige alinea's gezegde zal duidelijk zijn dat ik die uitkomst kan billijken - alleen kennis van andermans voor een derde schadelijk gedrag, schept inderdaad geen ongeclausuleerde inlichtingenplicht.

De Hoge Raad overwoog echter ook, in de ten overvloede gegeven rov. 3.4, dat wie op het merkrecht van een ander inbreuk heeft gemaakt niet zonder meer tot opgave van de "achterman" verplicht is. Of zo'n verplichting bestaat hangt, blijkens deze overweging, van de omstandigheden af. Als eerste van die omstandigheden wordt genoemd, de aard van de aan de derde(n) verweten handelingen, in dit geval (de Hoge Raad om-

schrijft het wat omslachtiger): de verhandeling van "counterfeit" producten. (Ook) dan zal, vervolgt deze overweging, voor het aannemen van "zodanige verplichting" nodig zijn dat bij uitblijven van de geëiste opgave gevaar bestaat dat de derden zullen voortgaan met de handelingen waar het om gaat, of dat geen vergoeding voor de veroorzaakte schade zal kunnen worden verkregen.

Die overweging geeft, ik denk: onmiskenbaar, van een andere rechtsopvatting blijk dan die, die ik in de vorige alinea heb aanbevolen.

38) Van Nispen heeft erop gewezen<sup>(30)</sup> dat de leer uit het Chloé-arrest de vraag oproept, hoe de daar geformuleerde (en nogal beperkte) informatieplicht zich verhoudt tot de algemene en nagenoeg ongeclausuleerde verplichting om als getuige bij te dragen aan de waarheidsvinding in, onder andere, burgerrechtelijke geschillen - de verplichting waaraan ik in alinea's 16 en 17 hiervóór ook argumenten heb ontleend.

Men kan aan Van Nispens betoog natuurlijk tegenwerpen, dat het feit dat een getuige bepaalde verplichtingen heeft nu eenmaal niet betekent dat soortgelijke verplichtingen ook bestaan als men voor inlichtingen wordt aangesproken zonder als getuige te zijn opgeroepen<sup>(31)</sup>. Ik beschouw dat als een valabele tegenwerping, maar meen tevens dat het nogal gewrongen aandoet dat, afhankelijk van de voor (leken-)betrokkenen niet erg relevante keuze voor een (voorlopig) getuigenverhoor of een andersoortige procedure, een verplichting om aan waarheidsvinding mee te werken kan worden gecreëerd of juist op principiële gronden kan worden afgewezen. Juristen begrijpen dat, "gewone mensen" zij geneigd het merkwaardig te vinden.

39) Of de leer van het Chloé-arrest vandaag de dag nog opgeld doet is intussen discutabel, omdat voor het in dat arrest beoordeelde geval - inbreuk op rechten van intellectuele eigendom - intussen bij Richtlijn 2004/48/EG<sup>(32)</sup> bijzondere regels zijn gegeven. Art. 8 van deze Richtlijn draagt de lidstaten op om in gevallen van inbreuk op rechten van intellectuele eigendom (en tijdens procedures daarover), de rechter de bevoegdheid te geven om te gelasten dat informatie over de herkomst en de distributiekanaalen (van "inbreukmakende" goederen of diensten) wordt verstrekt. De verplichting om inlichtingen te verstrekken kan een ruime kring van betrokkenen betreffen: houders of gebruikers van inbreukmakende goederen, dienstverleners die bij inbreukmakende handelingen zijn gebruikt (ik denk dat hierbij mede aan vervoerders is gedacht), en zij die door de eerder genoemden zijn aangewezen als betrokken bij productie of distributie of bij de genoemde dienstverlening.

Anders dan in de schriftelijke toelichting namens Lycos wordt gesteld (zie alinea 65 daarvan), zie ik niet dat de inlichtingenplicht beperkt zou zijn tot diegenen die zelf onrechtmatig hebben gehandeld - de tekst van deze Richtlijn suggereert in uitgesproken mate het tegendeel. Wel is juist dat deze Richtlijn de rechter een zekere discretionaire ruimte lijkt te laten, en dat de regels inzake privacy-bescherming moeten worden

gerespecteerd. (Die regels betekenen echter, zoals ik in verband met middel III zal komen te bespreken, in een zaak als de onderhavige geen beletsel voor de inlichtingen-verschaffing.)

40) Als men aanneemt - zoals mij bepaald verdedigbaar lijkt - dat deze Richtlijn op het onderhavige punt geen nadere implementatie in het Nederlandse recht behoeft omdat die zich voor rechtstreekse toepassing bij de in de Nederlandse wet voorziene instructie maatregelen leent, zou reeds nu (dat wil zeggen: vanaf de inwerkingtreding van deze Richtlijn, die op 19 mei 2004 plaatsvond(33)) de regel van de Richtlijn gelden in plaats van de jurisprudentiële regel uit het Chloé-arrest. Men kan zich daarbij afvragen, of dit voor de onderhavige zaak verschil maakt. Het gaat in deze zaak immers niet om inbreuk op rechten van intellectuele eigendom. De nieuwe "handhavingsrichtlijn" is op deze zaak dus niet van toepassing - ik zie geen reden waarom extensieve of analogische toepassing van de nogal specifieke regels van die Richtlijn buiten het aangegeven toepassingsgebied daarvan, in aanmerking zou komen.

41) Zo kom ik tot de bevinding dat het geldende Nederlandse recht tot uitgangspunt neemt, dat er geen civielrechtelijke verplichting bestaat om, enkel omdat men kennis heeft omtrent gegevens die voor de beoordeling van een (mogelijk) onrechtmatig handelen van belang zijn, die gegevens aan de benadeelde (of aan iemand anders die aanleiding ziet om over de kwestie te gaan procederen) mee te delen. Er moet méér aan de hand zijn, wil zo'n verplichting wel aangenomen mogen worden.

42) En toch meen ik - in mijn inleidende beschouwingen kwam dat al naar voren - dat hier een dergelijke verplichting wél moet worden aangenomen.

Tot die uitkomst dwingt, denk ik, het feit dat de andere regel tot onaantvaardbare consequenties leidt. Ik heb van die consequenties in dezelfde inleidende beschouwingen al wat voorbeelden gegeven: de namens Lycos verdedigde opvatting biedt een in beginsel "onneembare" ruimte om een scala aan onwettelijke en onwettige activiteiten ongehinderd (laat staan: -gestraft) te kunnen ondernemen, en zelfs om die activiteiten te blijven ondernemen: in Lycos' leer is er immers maar een heel beperkte marge waarbinnen wél aanspraak op stopzetting dan wel op openbaarmaking van de identiteit van de betrokkene bestaat: het moet om onmiskenbaar onrechtmatige gedragingen gaan(34), of om strafbare feiten van zodanige ernst, dat justitiële dwangmaatregelen geoorloofd zijn.

43) Van de kant van Lycos wordt gesteld(35) dat de andere opvatting de deur wijd openzet: iedereen die informatie bezit zou - in krasse afwijking van het eerder geformuleerde uitgangspunt - verplicht zijn om partijen die nadeel beweren te hebben geleden, met die informatie van dienst te zijn.

Ik denk dat dit een waardevolle bemerking is, in die zin dat een zó ruime informatieplicht inderdaad niet aanvaard kan worden; en dat wie desondanks meent dat op ISPs wél de verplichting tot het verschaffen van NAW-gegevens kan rusten, dus moet (kunnen) uitleggen waarom hier een uitzondering moet worden gemaakt op

de op zichzelf zinnige regel die tot uitgangspunt werd genomen.

44) Bij het broeden op de hier te beantwoorden vraag, dringt zich enigszins op de analogie met het geval van de "Zutphense waterleiding"(36).

Dat geval wordt o.a. door Van Dam(37) genoemd als beginpunt van de ontwikkeling van de leer omtrent uit zorgvuldigheidsnormen voortvloeiende verplichtingen om, in geëigende omstandigheden, handelend op te treden (met als gevolg, dat het nalaten van handelend optreden onrechtmatig is).

45) Het Zutphense precedent suggereert ook tenminste één belangrijk aanknopingspunt voor de beoordeling, wanneer er een rechtsplicht als hier bedoeld bestaat: degenen die in die zaak werd aangesproken, nam een "sleutelpositie" in doordat zij als enige toegang had tot de middelen waarmee verder onheil relatief eenvoudig kon worden voorkomen (namelijk: een kraan, waarmee de watertoevoer tot de gesprongen leiding kon worden afgesloten).

46) Bij nader onderzoek blijken er natuurlijk nog meer bronnen die aangeven dat het weliswaar uitzondering is dat men verplicht is een ander voor schade te behoeden of om die bij te staan bij het beperken of ongedaan maken van schade; maar dat zulke uitzonderingen zich bijvoorbeeld dan voordoen(38) wanneer men

- in een unieke dan wel (qua informatie) geprivilegieerde positie verkeert, en andere mogelijkheden om de schade af te wenden (of te beperken, of goed te maken - ik zal de verschillende varianten verder niet herhalen) niet, of niet op aannemelijke voorwaarden beschikbaar zijn;

- men zich voor het bieden van de verlangde hulp geen ernstige risico's of onevenredige belasting hoeft te getroosten; en ook

- men zelf (al is het dan zonder dáárvóór aansprakelijk te zijn) aan de schade heeft bijgedragen of aan het verder oplopen van de schade bijdraagt, doordat men instrumenteel is aan de handelwijze (of andersoortige gebeurtenis) die de schade mede (heeft) veroorzaakt.

47) Ik noem een aantal van de uitzonderingsgevallen waarin de in de vorige alinea omschreven omstandigheden (of sommige daarvan) zich voordoen:

- er bestaat een rechtsplicht om te waarschuwen bij bewustzijn van ernstig gevaar, met name wanneer men tot de gevaarssituatie in een speciale relatie staat, HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS, "O. aangaande dit middel", tweede alinea ("gespannen touwtje"); HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 m.nt. G., rov. 3.2 ("veenbroei").

- er bestaat een rechtsplicht om zich de belangen van (andere) crediteuren aan te trekken wanneer men in een bepaalde, "geprivilegieerde" relatie tot de debiteur staat én met zijn handelwijze het ontstaan of toenemen van de schade in de hand werkt, HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172 m.nt. PvS, rov. 3.4; HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 m.nt. G., rov. 3.2; HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Ma, rov. 2.

- in een - naar ik erken: altijd riskante - uitleg a contrario: mits de ander de kosten draagt, kán men verplicht zijn maatregelen te nemen om zich voor schade te be-

hoeden (die op die ander verhaald zou kunnen worden), HR 2 mei 1930, NJ 1930 p. 929 e.v. m.nt. PS, "O. omtrent de gegrondheid van het beroep"; interessante verdere casuïstiek in de noot.

- de in art. 450 Sr. tot uitdrukking komende norm.

48) Ik denk - zoals ik al aangaf - dat hier voor aanvaarding van een uitzondering plaats is. De ISP bevindt zich als het om anonieme en onrechtmatige (maar niet evident onrechtmatige of strafbare) uitingen gaat die door zijn tussenkomst worden "aangeboden", in een unieke positie, omdat (vaak) alleen met zijn hulp, in de vorm van verstrekking van NAW-gegevens, bestrijding van het onrechtmatige handelen mogelijk is. De ISP werkt bovendien, al handelt hij daardoor niet onrechtmatig, de aanbidding van de onrechtmatige informatie in de hand: zijn diensten zijn daarvoor noodzakelijk (geweest). Zowel het een als het ander plaatst de ISP in een positie die rechtvaardigt, dat de betrekkelijk geringe inspanning van verstrekking van NAW-gegevens van hem gevegd mag worden - althans, wanneer niet andere belangen, hierna nog te onderzoeken, weer tot de andere uitkomst nopen. Ik bedoel dan de belangen, berustend op het recht op vrije meningsuiting en de belangen, betrokken bij de bescherming van de privacy (en dan speciaal: geregistreerde persoonsgegevens). Ik zal echter hierna, bij de bespreking van middel III, ertoe komen geen van deze beide "tegenargumenten" als doorslaggevend te beoordelen.

49) Dat brengt mij tot het eindpunt van het onderzoek op dit, door mij als het minst eenvoudige ervaren, geschilpunt: men mag inderdaad aannemen dat op een ISP de rechtsplicht rust tot het openbaren van NAW-gegevens van een opdrachtgever die anonieme boodschappen aanbiedt, althans als degene die daarom vraagt op verdedigbare gronden het standpunt inneemt dat de aangeboden boodschappen (ten opzichte van hem of van belangen die hij zich rechtmatig mag aantrekken) onrechtmatig zijn, en zich geen minder belastende alternatieven aandienen om de betrokkene tot het aanspreken van de anonieme dader in staat te stellen. (Als vanzelfsprekende voorwaarde geldt tevens, dat de partij die om gegevens vraagt een reëel en rechtmatig belang bij de door hem beoogde stappen moet hebben. Die eis wordt in dit verband - ook in rov. 4.10 onder b. van het bestreden arrest - expliciet genoemd; maar ik zou denken dat het hier een species betreft van het belangenvereiste waaraan iedere rechtsoverdring moet voldoen.)

50) Ik sta nog even stil bij een clausulering die ik in de vorige alinea aanbracht: het is natuurlijk denkbaar dat ISPs benaderd worden met verzoeken om gegevens, terwijl het verzoek berust op stellingen die evidentelijk, of met een aanmerkelijke mate van waarschijnlijkheid, niet (kunnen) opleveren dat de verzoeker onrechtmatig is bejegend.

Men kan zich afvragen of in dat geval (g)een verplichting op de ISP rust(39). Ik denk inderdaad, dat die verplichting er in dat geval niet is. De verplichting om "behulpzaam te zijn" steunt weliswaar op de unieke positie die de ISP in de verhouding tussen de betrokkenen inneemt en op de rol die deze bij de aanbidding van de

relevante informatie speelt; maar het gaat mij te ver om aan te nemen dat de ISP verplicht zou zijn om iedereen die over de rechtmatigheid van informatie in debat wil treden ter wille te zijn, ook wanneer op de voorhand duidelijk lijkt dat de in geding zijnde uitingen "gewoon" geoorloofd waren. In dat geval valt ook de afweging met betrekking tot aspecten van vrije meningsuiting en privacy die ik in het kader van middel III zal bespreken, anders uit.

Er komt (het nodige) gewicht toe aan de aanspraak van een ieder om geschillen die hij meent te hebben, op een behoorlijke manier aan de rechter te kunnen voorleggen(40); maar (ook) die aanspraak kent beperkingen. Ik denk dat de hier besproken grens één van die beperkingen markeert.

51) De hier besproken factor kan de ISP in voorkomend geval voor het probleem plaatsen, dat hij genoodzaakt is te beoordelen of degenen die om gegevens vraagt een "verdedigbare" claim heeft, of dat diens claim als (praktisch) kansloos moet worden aangemerkt. Dat betekent, althans in gevallen waarin hierover twijfel mogelijk is, een extra belasting voor de ISP. Ik beschouw die belasting (althans: de kans dat een ISP daar af en toe voor geplaatst wordt) echter niet als een factor van zodanig gewicht, dat de schalen bij de eerder beschreven afweging daardoor naar de andere kant doorslaan.

Daarmee kom ik terug bij de kort hiervóór al uitgesproken slotsom: namelijk dat de in middel II verdedigde opvattingen niet zouden moeten worden aanvaard.

52) Dat brengt mij dan bij middel III. Daarin worden de rol van het recht op vrije meningsuiting en die van de regels ter bescherming van privacy/persoonsgegevens aan de orde gesteld; en worden daarnaast nog een aantal (andere) belangen aangestipt die, volgens Lycos, de balans in haar voordeel doen doorslaan, óf die onvoldoende in de motivering (zouden) zijn betrokken.

53) Wat betreft het recht op vrije meningsuiting stipte ik al aan, dat Lycos zich op een bijzondere variant daarvan beroept: namelijk het recht om zich anoniem te uiten, met als (noodzakelijk) sequeel, dat men ook niet voor de desbetreffende uitingen ter verantwoording kan worden geroepen.

Lycos oppert in dit verband, dat (ook) ten opzichte van de anonieme publicist het middel van de "anonieme dagvaarding" (van art. 61 Rv.) zou moeten worden aanvaard, maar dat argument wijs ik zonder veel omhaal van de hand. Procederen onder de vlag van anonimiteit is een kwaad dat in sommige, hoogst uitzonderlijke situaties als onvermijdelijk moet worden geaccepteerd, maar dat bepaald niet als "blanketoplossing" behoort te worden aanvaard voor gevallen waarin partijen voor de anonimiteit willen kiezen. Openbaarheid en openheid behoren tot de fundamentele beginselen van het (burgerlijk) proces; anonimiteit is in dat verband een anomalie. Het procesrechtelijke beginsel verdient hier zonder meer de voorrang boven het (zijdellingse) aspect van de vrije meningsuiting waar Lycos op hamert.

54) Voor het overige valt op dat, hoewel Lycos de kwestie presenteert als een van afweging van de omstandigheden betreffende de verschillende met elkaar botsende belangen in elk concreet geval, aanvaarding van het namens Lycos verdedigde standpunt in feite moet neerkomen op het altijd laten voorgaan van het aspect van vrije meningsuiting dat hier in het geding is, boven de andere in het geding zijnde belangen.

Ik kan namelijk niet inzien, tot welke (andere) afweging men in verreweg de meeste concrete gevallen kan komen: de anonieme partij neemt dan niet aan het debat deel, zodat de rechtvaardiging van diens uitingen slechts (uiterst) marginaal kan worden beoordeeld(41). Als de benadeelde partij een standpunt betreffende de onrechtmatigheid inneemt dat niet prima facie ondeugdelijk blijkt (zie het in alinea 50 besprokene), liggen daarmee de meest relevante wegingsfactoren op tafel; en méér zal er, haast altijd, niet op tafel komen te liggen. Niettemin komt het door Lycos betrokken standpunt er op neer dat de ruimte die aan anonieme meningsuitingen moet worden geboden, ook dan kán voorgaan. Dat moet er dan wel op berusten, dat die uitkomst ook wordt verkregen in het "normaaltype" dat zojuist onder ogen werd gezien: de rechtmatigheid van de aangevochten uiting kan, bij gebreke van verdere informatie, niet behoorlijk worden onderzocht, en de stellingen van de benadeelde zijn niet prima facie onaannemelijk - maar toch gaat de aanspraak op vrije meningsuiting-in-anonimiteit vóór.

55) Ik gaf al eerder te kennen dat die afweging - die eigenlijk niet als "echt" afwegingsresultaat kan gelden, maar "gewoon" een regel is die in alle te verwachten praktijkgevallen blijkt op te gaan - mij disproportioneel lijkt. Ik erken dat aan anonieme meningsuitingen een zelfstandig belang toekomt, en dat dat belang bescherming verdient(42). Absolute bescherming, die bestrijding van anonieme meningsuitingen alleen in gevallen van evident onrechtmatige uitingen of strafbare feiten mogelijk zou maken, gaat echter (veel) te ver.

Daarbij weegt, herhaal ik, mee dat Lycos een recht verdedigt dat qua aard en qua omvang verder gaat dan het "eigenlijke" recht om zich vrij te uiten - namelijk een recht om zich in gewaarborgde anonimiteit te kunnen uiten, en (daardoor) ook gevrijwaard te zijn van de vrees, dat zijn uitingen in rechte getoetst kunnen worden.

56) Men voert in verband hiermee aan, dat er gevallen zijn gesignaleerd waarin ("sterke") partijen anderen de mond snoerden door gerechtelijke procedures te voeren of door daarmee te dreigen. Ik ben bereid te erkennen dat (ook) dat een probleem kan zijn, en dat het mogelijk moet zijn om aan dergelijk misbruik - want daarvan zou dan sprake zijn - het hoofd te bieden. Maar de enkele (en wat mij betreft: erg uitzonderlijke, om niet te zeggen: denkbeeldige(43)) kans dat misbruik wordt gemaakt van de procesrechtelijke mogelijkheden om bona fide meningsuitingen te onderdrukken, levert natuurlijk geen rechtvaardiging op voor de uitkomst dat anonieme meningsuitingen, gedaan via een ISP die de geheimhoudingsplicht serieus neemt, altijd aan (prak-

tisch) iedere rechterlijke toets onttrokken zouden kunnen worden.

57) Lycos heeft nog verdedigd dat de rechtspraak met betrekking tot het recht van journalisten op "bronbescherming" in dit verband mede richtinggevend zou zijn(44). Ik denk dat die parallel maar van zeer betrekkelijke waarde is. Als men de voor de pers geldende uitzonderingspositie zou uitbreiden tot allerhande personen of instellingen die informatie (anoniem) in de openbaarheid willen brengen, zou dat de mogelijkheid om zich met rechtsmiddelen tegen onrechtmatige uitingen teweer te stellen vergaand beperken, en daarmee het recht op rechtsbescherming (toegang tot de rechter) in onaanvaardbare mate aantasten (zie ook de in voetnoot 40 genoemde bronnen).

De ISP en de opdrachtgever van de ISP zijn geen journalist of persmedium; en zij zijn daarmee ook niet werkelijk te vergelijken(45).

58) Wat voor het recht op vrije meningsuiting, en in dat verband voor art. 10 EVRM geldt, geldt mutatis mutandis ook voor Lycos' beroep op privacy, op art. 8 van de Wbp, en op art. 8 EVRM.

Ik stel voorop dat (ook) hier een afweging aan de orde is van een rechtens als legitiem aan te merken aanspraak op privacy (in de vorm van bescherming van persoonsgegevens) enerzijds, en het eveneens als legitiem aan te merken belang van een andere partij bij gegevens die het voorleggen van zijn zaak aan de rechter mogelijk (moeten) maken, aan de andere kant - een belang dat, denk ik, zonder twijfel geschaard mag worden onder de belangen waar art. 8, aanhef en sub f Wbp op doelt, en waar een afweging wordt voorgeschreven die althans bedoeld is, te beantwoorden aan de vereisten van art. 8 EVRM(46).

59) Ook hier verdedigt Lycos in materieel opzicht, dat de aanspraak op privacy in alle voor de praktijk te verwachten gevallen - en dus eigenlijk: "in abstracto" - zwaarder moet wegen dan de aanspraak van benadeelden op (persoons)gegevens die nodig zijn voor de beoordeling van hun geschil met de anonieme opdrachtgever van de ISP (en daarmee in materieel opzicht: op toegang tot de rechter, wat óók op een niet dadelijk als irrelevant terzijde te stellen (grond)recht terugrijpt).

Hier geldt immers in gelijke mate, dat als "normaaltype" verwacht mag worden dat tegenover de niet dadelijk als ongegrond te onderkennen claim terzake van redres van de benadeelde, de niet nader kenbare, en dus slechts "abstract" te beoordelen privacy-belangen staan van de partij die anoniem wenst te blijven(47). Op basis van alleen die "abstracte" wegingsfactoren verlenen van een voorrang-in-principe aan de aanspraak op privacy-bescherming, gaat mij dan (aanmerkelijk) te ver. Als er, zoals in het "normaaltype"-geval mag worden verwacht (en zoals ook in het onderhavige geval aan de orde is), verder geen factoren kunnen worden vastgesteld die voor de afweging relevant zijn, gaat daarentegen het belang bij verkrijging van het minimum aan gegevens dat voor toegang tot de rechter nodig is, wat mij betreft (altijd) vóór.

De klachten van het middel die een andere afweging voorstaan beschouw ik daarom als ongegrond.

60) Lycos beroept zich in dit verband op de rechtspraak van het EHRM over art. 8 lid 2 EVRM. Daarbij wijst zij er, op zichzelf terecht, op dat voor inbreuken op de privacy-bescherming een grondslag in het recht ("provided by law") wordt vereist, en dat aan die grondslag ook minimum-eisen worden gesteld wat betreft precisering, hanteerbaarheid en voorspelbaarheid.

Zoals de rechtspraak waarnaar Lycos verwijst laat zien, variëren de bedoelde eisen echter naar gelang van de ernst van de te beoordelen privacy-inbreuk: aan de regels betreffende het af luisteren van telefoongesprekken e.d. worden (veel) strengere eisen gesteld(48) dan aan regels die de verstrekking van zgn. "billing information" (informatie betreffende het gebruik van een telefoonverbinding, inclusief tijd(sduur) en bestemming van gevoerde gesprekken) betreffen(49).

61) Daarbij komt dat, zoals de eerder aangehaalde Memorie van Toelichting bij de Wet bescherming persoonsgegevens signaleert(50), en ik graag onderschrijf, een sluitende regeling van de gronden van verwerking van persoonsgegevens niet goed mogelijk is - daarvoor is het scala aan variaties en mogelijkheden waarmee rekening valt te houden veel te groot, en te zeer uiteenlopend.

De keus van de wetgever voor art. 8 aanhef en sub f Wbp als "een soort restbepaling" waarin alle overigens in de wet niet specifiek voorziene mogelijkheden een "generieke" plaats vinden, is daarom welhaast onvermijdelijk, en "by the same token" niet met de uitgangspunten van het EVRM onverenigbaar. Het is ongerijmd om te veronderstellen dat het Verdrag in dit opzicht het (welhaast) onmogelijke van de wet- en regelgeving zou verlangen.

62) Ik geef de steller van middel III onder B na, dat art. 8 Wbp slechts handelt over de vraag of persoonsgegevens verstrekt mogen worden, en dat de vraag wanneer die gegevens verstrekt moeten worden daar niet wordt beantwoord. Die vraag heb ik dan ook in het verband van middel II onderzocht; daarbij is de Wbp niet rechtstreeks aan de orde geweest.

Intussen zal duidelijk zijn dat bij de daadwerkelijke implementatie van de verplichting die, in de door mij verdedigde opvatting, op de voet van het in alinea's 42 - 51 hiervóór besprokene moet worden aangenomen, wel de vereisten van art. 8 Wbp in acht moeten worden genomen - het gaat immers zowel om wat moet, als om wat in dit verband mag. Inzoverre geven die vereisten dus wél aan, hoe ver de eerder besproken verplichting gaat. In dat licht bezien, is zowel te begrijpen als rechtens juist, dat het hof zich bij het bestreden oordeel heeft georiënteerd op beoordelingscriteria (in het bijzonder wat betreft subsidiariteit en proportionaliteit(51)) die het hof kennelijk op art. 8 (aanhef en sub f) Wbp heeft "afgestemd".

63) Aan het slot van paragraaf A van middel III worden nog drie omstandigheden te berde gebracht die volgens (de steller van) het middel ten onrechte niet in de afweging of in de motivering zouden zijn betrokken. Ik loop die achtereenvolgens na:

- het gevaar voor herhaling van de voor [verweerder] schadelijke informatie: ik denk dat in rov. 4.8 van het bestreden arrest besloten ligt dat het hof geen rekening heeft gehouden met de kans op herhaling. Dat leid ik af uit het feit dat het hof betekenis toekent aan het gegeven, dat de hierop gerichte vorderingen in de eerste aanleg waren afgewezen en dat daarin in appel is berust. Het hof moet dus alleen de overigens door [verweerder] in het vooruitzicht gestelde (schadevergoedings)actie in zijn beoordeling hebben betrokken.

Anders dan de steller van het middel kennelijk doet, beoordeel ik de wens om zo'n actie in te stellen echter als evenzeer legitiem als voor de andere actie geldt, en meen ik dat (ook) degenen die zo'n actie wil entameren onder omstandigheden aanspraak heeft op - spoedige - verstrekking van de (NAW-)gegevens die voor het instellen daarvan nodig zijn. Ik word in die mening gesterkt door de verschillende plaatsen in de Richtlijn(52), waarin voor "slachtoffers" snelle en efficiënte middelen tot handhaving van hun rechten worden voorzien. Bij het daarop gerichte streven sluit het oordeel van het hof goed aan, terwijl de argumenten van de kant van Lycos daar haaks op staan.

- De onomkeerbaarheid van de bevolen maatregel: dit is een gegeven dat bij de beoordeling of een in kort geding gevorderde maatregel geboden is, gewicht in de schaal legt. Het is niet van doorslaggevend gewicht; en het aantal beslissingen waarin aan dat gegeven geen doorslaggevend gewicht is toegekend is inmiddels (al lang) niet meer te tellen. Anders dan het middel voorstaat, meen ik dat het hof dit gegeven in de onderhavige zaak niet als bijzonder zwaarwegend hoefde te beoordelen, en ook niet gehouden was in zijn motivering te vermelden dat (laat staan: waarom) het dat gegeven niet als doorslaggevend aanmerkte.

- De beschikbare strafrechtelijke handhaving. Ik plaats, om te beginnen, een vraagteken bij de kwalificatie "beschikbaar". Of strafrechtelijk optreden in het onderhavige geval mogelijk was, kan men op deugdelijke gronden betwijfelen, en of dat opportuun zou zijn geweest is zelfs nauwelijks voor twijfel vatbaar (en het antwoord is dan: nee). Verwijzing naar de strafrechtelijke weg is dus verwijzing naar een nagenoeg onbegaanbaar, en daarbij omslachtig en tijdrovend pad(53). Met efficiënte en doeltreffende rechtshulp heeft dat weinig te maken; en dan laat ik nog daar dat de strafrechtelijke weg, waar die wél begaanbaar is, zowel voor de ISP als (zelfs) voor diens opdrachtgever allicht bezwaarlijker is, dan het rechtstreekse verzoek aan de ISP om NAW-gegevens, gevolgd (na beoordeling van de gegrondheid van het verzoek) door het eenvoudig honoreren daarvan.

64) Voor wat betreft de motiveringsklachten die in dit verband worden aangevoerd, is er nog op te wijzen dat aan een in kort geding gegeven beslissing niet dezelfde motiveringseisen gesteld mogen worden als aan een beslissing "ten gronde"(54).

Met die vuistregel voor ogen beoordeel ik de door het hof voor zijn beslissing gegeven motivering als ruimschoots voldoende.

**Prejudiciële vragen**

65) In de alinea's 19 - 31 hiervóór ben ik tot de slotsom gekomen dat er overtuigende aanwijzingen bestaan, dat de EG-regelgeving niet aan de door het hof gevonden uitkomsten in de weg staat (in sommige opzichten valt eerder te verdedigen dat die regelgeving voor de door het hof gevonden uitkomsten steun biedt, zie bijvoorbeeld het in alinea 63, eerste "gedachtestreepje", besprokene).

In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad in zaken waarin in kort geding werd geprocedeerd, een aantal malen besloten géén prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG te stellen, ook waar wel relevante vragen van uitleg aan de orde waren(55). De nationale rechter heeft in het kader van kortgedingprocedures (dan) ook de vrijheid, om van het stellen van prejudiciële vragen af te zien(56).

In deze zaak, waarin, zou ik menen, over de juiste uitleg van het Europese recht niet zo veel twijfel hoeft te bestaan, is er dan eens temeer aanleiding om van die ruimte gebruik te maken.

### Conclusie

Ik concludeer tot verwerping.

---

### Noten

1 Zie de in cassatie niet bestreden rov. 4.1 van het bestreden arrest.

2 Met "hosten" wordt bedoeld, dat de internetdienstverlener de informatie die zijn opdrachtgever hem aanbiedt opslaat, en die volgens de instructies van de opdrachtgever (bijvoorbeeld in de vorm van een via het internet te raadplegen website) voor derden beschikbaar stelt. Deze activiteit wordt onderscheiden van de twee andere kernactiviteiten die bij de onderhavige dienstverlening voorkomen: het enkele "doorsluizen" van van elders afkomstige, en weer voor anderen bestemde informatie, die daarbij niet voor enige relevante tijdsduur bij het "doorsluizende" lichaam wordt opgeslagen (die activiteit wordt wel aangeduid als "mere conduit"); en het tijdelijk opslaan van informatie die door een opdrachtgever wordt ingebracht of is opgevraagd, met het oog op raadpleging, bewerking of andersoortig gebruik daarvan (dit wordt wel genoemd: "caching"). Er gelden voor deze drie varianten van dienstverlening op het internet aansprakelijkheidsnormen van verschillende "zwaarte" (zoals aangegeven in de art. 12 - 14 van de hierna te bespreken Richtlijn 2000/31/EG). De drie varianten zijn overigens niet scherp van elkaar te onderscheiden. Zij vertonen een zekere mate van overlap, zie bijvoorbeeld Van der Net, JAVI 2002, p. 10 - 15.

3 Overeenkomstig een inmiddels in zwang geraakt woordgebruik, wordt hiervoor in deze procedure vaak de aanduiding gebruikt: NAW-gegevens (waarmee bedoeld wordt: gegevens betreffende naam, adres en woonplaats). Hoewel [verweerder] méér dan alleen "NAW"-gegevens vorderde, zal ik mij eenvoudigheidshalve bij dit woordgebruik aansluiten.

4 Het arrest van het hof is op meerdere plaatsen gepubliceerd en becommentarieerd, zie o.a. JAVI 2004, p.

178 e.v.; Bedrijfsjuridische berichten 2004, p. 181 e.v.; Advocatenblad 2004, p. 880 e.v. De beslissing in de eerste aanleg is gepubliceerd en besproken in Mediaforum 2003, p. 378 e.v.

5 Bij cassatiedagvaarding van 18 augustus 2004. Het arrest is van 24 juni 2004. De termijn verstreek, gezien het in de art. 339 lid 2 en 402 lid 2 Rv bepaalde, op 19 augustus.

6 Aan een artikel van Asscher en Ekker uit de Volkskrant van 26 augustus 2003 ontleen ik: "De nadelen van anonimiteit liggen voor de hand. De anonymus kan straffeloos allerlei onzin uitkramen of zich schuldig maken aan bedreiging en belediging. De slachtoffers van dergelijke uitingen kunnen nergens verhaal halen. Dat is een volstrekt onbevredigende uitkomst in een rechtstaat." (Ik voeg ter vermindering van misverstand toe, dat Asscher en Ekkers vervolgens in deze publicatie op de vanzelfsprekendheid van de zojuist geciteerde gedachte afdingen.)

7 Het is niet moeilijk om andere voorbeelden te bedenken, waarbij iemand op niet-contractuele gronden meent, een aanspraak te hebben op een (andere) deelnemer aan het elektronische (handels)verkeer (hij is, bijvoorbeeld, afgegaan op een achteraf geheel onverantwoord blijkend advies dat op een bepaalde "website" werd aangedrongen, met schadelijke gevolgen). Dan doet zich dezelfde vraag betreffende de identificatie van de wederpartij voor.

Het is van belang om te signaleren dat in beide gevallen - van contractuele, resp. niet-contractuele (beweerde) aansprakelijkheid - meestal (klaarblijkelijk) niet van een strafbaar feit sprake zal zijn, zodat inschakeling van de justitiële autoriteiten, de weg die in het betoog van de kant van Lycos op de voorgrond wordt geplaatst, gewoonlijk niet in aanmerking zal komen. Het zal ook maar bij uitzondering zo zijn, dat de oorspronkelijke uiting evidentelijk onrechtmatig was, zodat ook een beroep op die "variant" meestal niet zal opgaan.

8 De hierna nog in meer detail te bespreken Richtlijn 2000/31/EG voorziet dan ook in de art. 5 - 7 in verplichtingen van dienstverleners in de elektronische handel, om hun NAW-gegevens (en nog een aanzienlijk aantal andere relevante gegevens) bekend te maken, telkens wanneer zij langs elektronische weg zaken (willen) doen.

9 Het is mede met het oog op het hier onder ogen geziene probleem dat de wetgeving van alle ontwikkelde landen al lange tijd voorschrijft, dat deelnemers aan het "gewone" (niet-elektronische) handelsverkeer verplicht zijn, om door middel van een openbaar register - in Nederland: het Handelsregister - gegevens betreffende hun identiteit en de plaatsen waar zij bereikt kunnen worden aan het publiek beschikbaar te stellen - een inbreuk op de overigens op het stuk van privacy geldende uitgangspunten waarvan de zin en de gerechtvaardigheid, voorzover mij bekend, nergens in twijfel worden getrokken.

10 Voor de instellingen die in het elektronische gegevensverkeer als tussenpersoon fungeren is een aanzienlijk aantal verschillende benamingen in gebruik. Ik zal, voornamelijk omdat die benaming kort en helder

is, voortaan meestal de aanduiding "ISP" (wat, meen ik, staat voor "internet service provider") gebruiken.

11 Bijvoorbeeld ingevolge de (in nationaal recht geïmplementeerde) regels van de art. 5 - 7 van Richtlijn 2000/31/EG, en/of ingevolge regels à l'instar van de Nederlandse Handelsregisterwet.

12 Schriftelijke toelichting namens Lycos, alinea 71. Dat het hier om moeilijk aanvaardbare uitkomsten zou gaan wordt door Lycos verdedigd - ter vermindering van misverstand: ik maak dat betoog niet tot het mijne.

13 Ik wijs er op dat wij het hier niet hebben over de aanspraak van de beweerdelijke gelaedeerde op redres ten laste van de andere partij; wij hebben het over diens aanspraak op voldoende gegevens om de andere vraag (namelijk: of er aanspraak bestaat op redres), "überhaupt" aan de rechter te kunnen voorleggen. Lycos verdedigt niet zozeer het recht van de anonieme derde om zich, gevrijwaard van sancties, onbevungen te mogen uiten, als wel het recht om dat te mogen doen zonder te hoeven vrezen dat de vraag of de uiting rechtmatig was zelfs maar ter beoordeling kan worden voorgelegd. Ik misken niet dat er ook in dat opzicht van een legitiem belang kan worden gesproken - maar het is wel een belang van een andere orde dan het eerste; en het verdient dan ook op die voet in de afweging te worden betrokken.

14 Zie voor de grens die hier (naar Nederlands recht) wordt aangehouden HR 19 september 2003, RvdW 2003, 149, rov. 3.6.

15 Art. 165 Rv; Burgerlijke Rechtsvordering (losbl., (oud)), Rutgers, art. 165, aant. 2; Snijders - Ynzonides - Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 2002, nr. 222; Hugenholtz - Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 2002, nr. 85.

16 Baumbach c.s., ZPO Band 1, 2005, "Übersicht" voor § 373, rndnr. 26; Nagel c.s., Beweis - Preuve - Evidence, 2003, p. 116 (Duitsland), p. 184 (Frankrijk), p. 705 - 706 (Engeland en Wales) en p. 777 (Schotland); Dalloz, Nouveau Code de procedure civile, 1996, art. 206; Storme, Gerechtelijk Wetboek, art. 923 - 930.

17 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, Pb. 2000 nr. L178, blz. 1 e.v.

18 Ik doel dan weer op verplichtingen zoals aangegeven in de art. 5 - 7 van de Richtlijn, en/of in regelingen zoals die van de Nederlandse Handelsregisterwet.

19 Ik kan overigens de Memorie van Toelichting bij de implementatiewet (Kamerstukken II 2001 - 2002, 28 197, nr. 3, p. 9) nazeggen dat de Richtlijn op sommige onderdelen lastig te begrijpen is.

20 Ik zie er niet aan voorbij dat de Richtlijn zich ook met andere onderwerpen bezig houdt, waaronder de toelatings- en kwaliteitsvereisten voor ISPs (zie o.a. art. 2 sub h, art. 4), en de erkenning van (de geldigheid van) langs elektronische weg gesloten transacties (zie o.a. art. 9). Dit zijn echter onderwerpen die buiten de materie van deze zaak staan.

Ik vermeld, ten overvloede, dat de Richtlijn ook de nodige aandacht besteedt aan de noodzaak van transparantie en betrouwbaarheid in het elektronische (handels)verkeer. Daarop zijn de al verschillende malen genoemde informatieplichten uit de art. 5 - 7 van de Richtlijn afgestemd.

21 Namelijk in art. 12 lid 3, art. 13 lid 2 en art. 14 lid 3.

22 Van de kant van Lycos wordt verdedigd - zie middel I sub B - dat maatregelen tot voorkoming of beëindiging van inbreuken niet kunnen insluiten: het bevel om NAW-gegevens te verstrekken. Ik heb mij afgevraagd waarom dat niet zou kunnen. In elk geval lijkt mij duidelijk dat de Richtlijn er niet toe strekt, daarover uitspraken te doen: dat wordt (hier, expliciet) aan het recht van de lidstaten overgelaten.

23 Eerder heb ik aangegeven dat het in vele gevallen - ik denk: de grote meerderheid - zal gaan om schade die niet aan evident onrechtmatig gedrag of aan enig strafbaar handelen kan worden toegeschreven. In die gevallen biedt de namens Lycos verdedigde leer in feite geen enkele mogelijkheid om de voor anonieme uitingen verantwoordelijke partij op het spoor te komen, en zo toegang te krijgen tot de effectieve rechtshulp die de Richtlijn voorschrijft.

24 Publicatienummer COM(2003) 702, Celex-nr. 503DC0702.

25 Kamerstukken II 2001 - 2002, 28 197, nr. 3. (Het gaat hier om de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, Stb. 2004, 210; inwerkingtreding Stb. 2004, 285.)

26 Namens [verweerder] is geopperd dat deze bepaling de ruimte zou bieden om ook de civiele rechter als "bevoegde autoriteit" aan te merken. Men kan betwijfelen of dat met de strekking van de bepaling verenigbaar is. Ik meen hieraan voorbij te kunnen gaan: in elk geval lijkt mij dat een bevel tot verstrekking aan een "gewone" burger (ook al wordt dat bevel door de civiele rechter gegeven), buiten het bereik van deze bepaling moet vallen.

27 Zie voor gegevens Ekker en Van Daalen, JAVI 2003, p. 131.

28 In die zin ook alinea's 8.24 - 8.27 van de conclusie van A - G Verkade in de zaak met nummer C04/020HR. (Die zaak werd inmiddels door een schikking beëindigd, zodat daarin geen arrest zal volgen).

29 Ik verwijz naar alinea's 2.4 e.v. van de conclusie van A - G Asser voor HR 27 november 1987, NJ 1988, 722 m.nt. LWH.

30 BIE 1988, p. 70 e.v.

31 Men kan ook tegenwerpen dat een (voorlopig) getuigenverhoor niet mag worden gebruikt om de identiteit van zijn wederpartij te achterhalen, zoals in "lagere" rechtspraak een enkele keer is aangenomen. Ik zou echter niet weten waarom dat zo zou zijn; en uit de (een paar jaar gedateerde) praktijk is mij bekend, dat het voorlopig getuigenverhoor regelmatig voor dit doel, of mede voor dit doel, wordt toegepast; zie bijvoorbeeld hof Amsterdam 7 juli 1984, NJ 1985, 432.

32 Pb. EG 2004 L 157, p. 45 e.v.

33 Zie art. 21 van de Richtlijn.

34 De "Deutsche Bahn"-zaak (zie o.a. Hof Amsterdam 7 november 2002, Mediaforum 2003 nr. 6, p. 38 e.v. m.nt. Ekker), biedt een wat mij betreft opmerkelijk voorbeeld van hoe men ook over deze maatstaf van mening kan verschillen.

35 Middel II, vijfde alinea.

36 HR 10 juni 1910, W. 9038; zie over het arrest bijvoorbeeld Asser - Hartkamp 4 III, nr. 30.

37 Van Dam, Aansprakelijkheid voor nalaten, Preadvies NVvR 1995, p. 39 e.v.

38 Zie hierover ook Spier c.s., Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, 2003, nr. 53; Van Dam, Preadvies 1995, p. 46 - 49 en Van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. 1989, nrs. 79 en 94.

39 Ik wijs erop dat dit geval in deze zaak niet aan de orde is. Het hof heeft immers in rov. 4.11 vastgesteld, en in cassatie wordt niet bestreden, dat de informatie op de website waartegen [verweerder] bezwaar maakt, zeer wel ten opzichte van [verweerder] onrechtmatig kan zijn, en dat dat ook voor Lycos voldoende duidelijk was. Men kan daarom ook besluiten om de vraag die ik hier opwerp, buiten beschouwing te laten.

40 Art. 6 EVRM biedt steun aan die aanspraak; en wat het onderwerp van deze zaak betreft geldt hetzelfde voor de verschillende aanwijzingen uit de Richtlijn die ertoe aanzetten, "slachtoffers", waaronder ook consumenten, handzame middelen te bieden om zich tegen onrechtmatige gedragingen ("inbreuken", zoals de Richtlijn het noemt) in het elektronische verkeer te weer te stellen. Zie in dit verband ook Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Knigge, art. 45, aant. 24, met verwijzing naar EHRM 30 maart 1989, A-serie 152, rov. 58 e.v.

41 Men vraagt zich overigens af waarom een ISP - die immers (in de regel) weet wie de anonieme publicist is - niet méér informatie over de basis voor de anonieme boodschappen bij de betrokkene zou kunnen opvragen en - met respectering van de anonimiteit, wat overigens soms problematisch kan zijn - die in zijn beoordeling, en in het debat met de wederpartij zou kunnen betrekken.

Ik erken dat dat een (forse) belasting van de ISP zou betekenen; maar daarmee is nog niet gezegd dat zonder meer tot uitgangspunt mag dienen dat de ISP niet kan nagaan wat de basis voor beweerdelijk onrechtmatige uitingen is. Dat kan hij, als hij dat zou willen, meestal wél.

42 Zie daarover bijvoorbeeld Asscher en Ekker in hun eerder aangehaalde artikel in de Volkskrant; Asscher, Communicatiegrondrechten, 2002, p. 112 e.v.; Ekker, Mediaforum 2002, p. 348 e.v.

Uit HR 24 juni 1980, NJ 1981, 659 m.nt. JAB, rov. 8 (slotalinea's), rov. 11, rov. 12 en rov. 13 blijkt dat de Hoge Raad destijds niet bereid was uit art. 10 EVRM een min of meer vergaande bescherming van een recht om zich anoniem te uiten, af te leiden (integendeel, de HR noemt het in de aangehaalde plaats uit rov. 8 "onaanvaardbaar", dat wie aan de publieke meningsvorming deelneemt het in eigen hand zou hebben of hij vervolgens voor het voetlicht treedt teneinde

voor zijn of haar handelen verantwoording af te leggen). Zelf zou ik, zoals uit de tekst al bleek, niet zo ver willen gaan; maar meen ik niettemin dat het standpunt dat Lycos in deze zaak verdedigt met het oog op de "onaanvaardbare" consequenties daarvan, moet worden verworpen.

Uiteenlopende aspecten van de rechtsleer betreffende anonieme meningsuiting worden besproken in het boek "Digital anonymity and the law", T.M.C. Asser Press, 2003. Daarin o.a. interessante gegevens over de jurisprudentie in de Angelsaksische jurisdicties over vorderingen tot het verstrekken van gegevens over de verantwoordelijken voor anonieme (langs elektronische weg gedane) uitingen, zie p. 25 - 28 en p. 271 e.v.

43 Lycos verwijst in dit verband naar ontwikkelingen, waaronder wetgevingsinitiatieven, in de Verenigde Staten. Met de in verschillende opzichten gevreesde "Amerikaanse toestanden" in het procesrecht die hier aan het licht treden hoeven wij, naar mijn stellige overtuiging, in Nederland geen rekening te houden.

44 Met verwijzing naar EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD onder nr. 578, rov. 37 e.v.

45 Schuijt, noot bij Hof Amsterdam 5 augustus 2004, Mediaforum 2004, 35 (p. 315 e.v.).

46 Van de kant van Lycos is gesuggereerd dat het hof zijn afweging op een andere regel uit art. 8 Wbp heeft gebaseerd (of zou hebben moeten baseren); maar het lijkt mij duidelijk dat art. 8 aanhef en sub f Wbp zich bij uitstek voor toepassing op een wegingsprobleem als het onderhavige leent, en dat die bepaling daarvoor ook bedoeld is. Zie de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 9. p. 86 en p. 87 en Kamerstukken I 1999 - 2000, 25 892, nr. 92c, p. 6. Ruimer in zijn uitleg (maar in zoverre aanvechtbaar): Wet bescherming persoonsgegevens (losbl.), Katus, art. 8, aant. 1 en aant. 7.

47 Met dien verstande dat wat in voetnoot 41 werd gezegd over de omstandigheden die de omstrede informatie (kunnen) rechtvaardigen, hier dienovereenkomstig geldt voor de omstandigheden die het belang bij privacy-bescherming (kunnen) onderbouwen: in beginsel moet de ISP in staat zijn, gegevens op te vragen en zich daar een oordeel over te vormen.

48 EHRM 27 april 2004, NJ 2004, 651 m.nt. Pme, rov. 49 - 53; (verwijzend naar) EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 m.nt. EJD, rov. 30 - 36.

49 EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670 m.nt. EJD, rov. 9 - 18. Ik merk op dat de annotator (in nr. 2 van zijn noot) de hier bedoelde overwegingen van het EHRM anders lijkt te lezen dan ik dat doe. Ongetwijfeld ten overvloede merk ik tevens op, dat de annotator ook de geachte cassatieadvocaat van Lycos is.

50 Kamerstukken II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 86.

51 Voor de rol van deze beide gegevens bij de toepassing van art. 8 Wbp verwijs ik naar de eerder aangehaalde vindplaatsen uit de Parlementaire Geschiedenis van die bepaling.

52 Zie bijvoorbeeld alinea 26, laatste "gedachtestreepje" hiervóór.

53 Ik val Chavannes, Mediaforum 2003, p. 381, in dat opzicht graag bij. (Als ik het goed zie, treedt ook deze

als advocaat van Lycos in cassatie op, vermeld ik volledigheidshalve). Zie ook Ekker, Mediaforum 2002, p. 349 (r.k.).

54 HR 18 februari 2005, RvdW 2005, 34, rov. 3.6.7; HR 19 december 2003, NJ 2004, 386, rov. 3.5.

55 HR 18 februari 2005, RvdW 2005, 34; HR 14 november 2003, NJ 2004, 101; HR 6 juni 2003, NJ 2003, 505; HR 25 januari 2002, NJ 2002, 170.

56 HJEG 27 oktober 1982, Jur. 1982 p. 3723 e.v., m.b.t. de eerste vraag; en bijv. Lenaerts & Arts, Europees Procesrecht, 1999, p. 83 - 84.

---