

***Effectief procederen tegen de anonieme onrechtmatige daad via internet***

**Toetsing van:**

**Afstuderen**

**RE441C**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

**Naam en studentnummer Onderzoeksdocent**

Arthur Smith – s1081471 Mr. Kirsten Diepenbroek

**Opdrachtgever** **Afstudeerbegeleider**

Haagrecht Advocaten Mr. Stacey Oosterhof

**Inleverdatum Begeleider**

27-06-2017 Mr. Annette Cordesius

**Klas Collegejaar**

Re4A 2016-2017

**Voorwoord**

Geachte lezer,

Voor u ligt mijn afstudeeropdracht. Mijn afstudeeropdracht is een praktijkgericht onderzoek naar de anonieme onrechtmatige daad via het internet. Dit onderzoek is verricht in opdracht van Haagrecht Advocaten, een advocatenkantoor gevestigd te Den Haag.

Gaandeweg mijn studie heb ik veel affiniteit ontwikkeld voor technische casuïstiek. Voor mijn afstudeeropdracht heb ik daarom gekozen voor een technisch onderwerp. Daarnaast heb ik gekozen voor een onderwerp waarover nog relatief weinig bekend en geschreven is. Dit zag ik als een leuke uitdaging. Tijdens het schrijven van dit onderzoek realiseerde ik mij dat het lezen van technische onderwerpen niet altijd prettig leesbaar is. Ik heb dan ook getracht zo min mogelijk technische termen te gebruiken.

Ik wil graag van de gelegenheid gebruikmaken om opdrachtgever en tevens begeleider mr. Annette Cordesius hartelijk te bedanken voor haar ondersteuning tijdens zowel mijn stage- als afstudeerperiode. Ik ben haar erg dankbaar voor alle mogelijkheden die zij mij gedurende deze periodes heeft geboden. Daarnaast wil ik mijn afstudeerbegeleider mr. Stacey Oosterhof bedanken voor haar ondersteuning tijdens het schrijven van mijn afstudeeropdracht. Ik ben haar erg dankbaar voor haar deskundige input.

Rest mij niets anders dan u veel plezier toe te wensen met het lezen van mijn onderzoek.

Arthur Smith

Den Haag, 27 juni 2017

**Samenvatting**

Door de opkomst van het internet en de ontwikkeling van nieuwe technologieën krijgen steeds meer rechtsgebieden te maken met technische casuïstiek. Op het snijvlak van deze rechtsgebieden opereren doorgaans grote bedrijven. Deze bedrijven zorgen voor nieuwe juridische vraagstukken. Een van die vraagstukken wordt in mijn afstudeeropdracht praktijkgericht onderzocht.Dit vraagstuk is: hoe moet in de juridische advies- en procespraktijk worden omgegaan met de anonieme onrechtmatige daad via het internet? De anonieme onrechtmatige daad doet zich voor bij drie categorieën: het intellectueel eigendomsrecht (1), smaad en laster (2) en persoonlijke levenssfeer (3). Opdrachtgever Haagrecht Advocaten krijgt in haar praktijk steeds vaker te maken met de anonieme onrechtmatige daad via het internet. Zij verwacht dat dit in de toekomst alleen maar zal toenemen. Daarnaast is over dit verschijnsel nog relatief weinig bekend. Haagrecht Advocaten vraagt zich dan ook af hoe zij haar cliënten in deze het beste kan bijstaan.

Het doel van dit onderzoek is om aan hand van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek een advies te schrijven voor Haagrecht Advocaten. In dit advies zal worden omschreven wat Haagrecht Advocaten kan adviseren ten aanzien van zaken waarbij cliënt het slachtoffer is van een anonieme onrechtmatige daad via het internet. Om de doelstelling te bereiken, wordt een centrale vraag geformuleerd. De centrale vraag luidt als volgt:

*Welk advies kan Haagrecht Advocaten op basis van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek haar cliënten geven ten aanzien van zaken waarbij cliënt het slachtoffer is van een anonieme onrechtmatige daad via het internet, en de tussenpersoon weigert de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te verstrekken?*

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden wordt eerst gekeken naar welke juridische middelen zowel de huidige als toekomstige wet- en regelgeving biedt voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt. Vervolgens zal worden gekeken naar welke mogelijkheden relevante jurisprudentie biedt voor deze rechtsplicht.

Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat zowel de huidige als toekomstige wet- en regelgeving niet voorziet in een specifieke regeling waaruit blijkt dat voor tussenpersonen de rechtsplicht kan bestaan tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Het slachtoffer is hierdoor genoodzaakt om een gerechtelijke procedure te starten. In het Lycos/Pessers-arrest heeft de Hoge Raad voor deze materie een vierstappentoets geformuleerd. Dit toetsingskader omvat een aantal omstandigheden die kunnen leiden tot de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Voor het jurisprudentieonderzoek zijn er in totaal 30 relevante uitspraken gevonden. De rechtsplicht tot afgifte is in een kleine meerderheid door de rechter proportioneel en subsidiair beoordeeld. De uitspraken zijn geanalyseerd aan de hand van een viertal topics. Elke topic omvat een kernachtige omschrijving van elke stap uit de vierstappentoets van het Lycos/Pessers-arrest:

1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk
2. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte
3. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden
4. Het belang van het slachtoffer prevaleert

De eerste stap is de basisvoorwaarde voor de rechtsplicht. Deze stap moet dus altijd slagen. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht slaagt deze stap bijna altijd. Simpelweg vanwege het feit dat zonder toestemming van de rechthebbende het beschermde werk en/of goed via het internet ter beschikking wordt gesteld. Daarentegen moet inbreuk door de (mogelijke) dader wel doelbewust gefaciliteerd en aangemoedigd worden. Voor de categorie smaad en laster is deze stap de belangrijkste. De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van de gewraakte uitlating op basis van de feitelijke juistheid en onderbouwing. Indien de uitlating midden in een verhitte discussie wordt gedaan, zal deze minder letterlijk moeten worden genomen. Aangaande de persoonlijke levenssfeer is bij de openbaarmaking van pornografisch beeldmateriaal de minderjarigheid van het slachtoffer van belang. De tweede stap wordt niet in alle uitspraken benoemd, maar desondanks kan rechtsplicht wel proportioneel en subsidiair worden beoordeeld. Deze stap ligt namelijk in het verlengde van de eerste stap. Het reële belang van het slachtoffer vloeit voort uit het feit dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld en dat hij moet kunnen vaststellen wie de (mogelijke) dader is zodat hij hem in rechte kan betrekken. De derde stap vraagt ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht en de persoonlijke levenssfeer de meeste aandacht. Het slachtoffer moet namelijk kunnen aantonen dat het in rechte betrekken van de tussenpersoon het laatste redmiddel is om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. De vierde en ook laatste stap is de belangenafweging die de rechter moet maken. Dat het slachtoffer door de onrechtmatige daad schade lijdt en afgifte noodzakelijk is om tegen de (mogelijke) dader te kunnen optreden, legt in veel gevallen al voldoende gewicht in de schaal.

**Inhoudsopgave**

**Samenvatting** pag. 3

**Verklarende kernbegrippen** pag. 7

**1 Inleiding - Een nieuw prakprobleem** pag. 9

1.1 Aanleiding onderzoek pag. 9

1.2 Probleemanalyse pag. 10

1.2.1 Tussenpersoon pag. 11

1.2.2 Persoonsgegevens pag. 11

1.3 Doelstelling pag. 12

1.4 Centrale vraag pag. 12

1.5 Deelvragen pag. 12

1.6 Onderzoeksmethoden pag. 12

**2 Juridisch kader - Huidige wet- en regelgeving** pag. 15

2.1 Inleiding pag. 15

2.2 Burgerlijk Wetboek pag. 15

2.2.1 Intellectueel eigendomsrecht pag. 15

2.2.2 Smaad en laster pag. 16

2.2.3 Persoonlijke levenssfeer pag. 16

2.2.4 Civielrechtelijke aansprakelijkheid pag. 17

2.3 Wetboek van Strafrecht pag. 17

2.3.1 Civielrechtelijke aansprakelijkheid pag. 18

2.4 Wet bescherming persoonsgegevens pag. 18

2.5 Auteurswet pag. 22

2.6 Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom pag. 23

2.7 Lycos/Pessers-arrest pag. 23

2.8 Conclusie pag. 25

**3 Juridisch kader - Toekomstige wet- en regelgeving** pag. 26

3.1 Inleiding pag. 26

3.2 Databeschermingsrichtlijn pag. 26

3.3 Algemene Verordening Gegevensbescherming pag. 26

3.4 Conclusie pag. 28

**4 Resultaten - Rechtspraktijk** pag. 29

4.1 Inleiding pag. 29

4.2 Jurisprudentie pag. 29

4.3 Topics pag. 30

4.4 Intellectueel eigendomsrecht pag. 30

4.4.1 De informatie is onrechtmatig en schadelijk pag. 31

4.4.2 Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte pag. 31

4.4.3 Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden pag. 32

4.4.4 Het belang van het slachtoffer prevaleert pag. 33

4.4.5 Noemenswaardige bijzonderheden pag. 34

4.5 Smaad en laster pag. 35

4.5.1 De informatie is onrechtmatig en schadelijk pag. 35

4.5.2 Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte pag. 37

4.5.3 Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden pag. 37

4.5.4 Het belang van het slachtoffer prevaleert pag. 38

4.5.5 Noemenswaardige bijzonderheden pag. 39

4.6 Persoonlijke levenssfeer pag. 39

4.6.1 De informatie is onrechtmatig en schadelijk pag. 39

4.6.2 Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte pag. 40

4.6.3 Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden pag. 40

4.6.4 Het belang van het slachtoffer prevaleert pag. 40

4.7 Conclusie pag. 41

4.7.1 De informatie is onrechtmatig en schadelijk pag. 41

4.7.2 Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte pag. 42

4.7.3 Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden pag. 42

4.7.4 Het belang van het slachtoffer prevaleert pag. 42

**5 Conclusies**  pag. 43

5.1 Inleiding pag. 43

5.2 Wet- en regelgeving pag. 43

5.3 Rechtspraktijk pag. 44

5.3.1 De informatie is onrechtmatig en schadelijk pag. 44

5.3.2 Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte pag. 45

5.3.3 Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden pag. 45

5.3.4 Het belang van het slachtoffer prevaleert pag. 45

**6 Aanbevelingen**  pag. 46

6.1 Inleiding pag. 46

6.2 Aanbeveling 1 pag. 46

6.2 Aanbeveling 2 pag. 46

**Bronnenlijst** pag. 47

**Bijlagen** pag. 50

**Verklarende kernbegrippen**

*Computernetwerk*Een computersysteem voor communicatie tussen verschillende computers zoals het internet of intranet.

*Expeditiebedrijf* Een bedrijf dat voor de verzending van goederen zorgt.

*ICT* Staat voor: Informatie- en communicatietechnologie. Een technologie voor het gebruik, het opslaan en verwerken van informatie en gegevens.

*Internet*Staat voor: INTERnationaal NETwerk. Communicatie tussen twee of meer computernetwerken die met elkaar verbonden zijn.

*Internetforum*Discussieplek op het internet die gebruikt kan worden door verschillende mensen met dezelfde interesse. Men kan dan via deze omgeving discussiëren. Het is zowel in openbare als geslote vorm mogelijk.

*IP-adres*Staat voor: Internet Protocol. Een IP-adres is een uniek (numeriek) adres dat een computer wordt toegewezen wanneer deze zich verbindt met het internet. Men kan aan de hand van een IP-adres gebruikersgegevens achterhalen.

*ISP*Staat voor: Internet Service Provider. Een bedrijf dat toegang tot internetverbinding en overige ICT-faciliteiten zoals e-mail aanbiedt. Kortweg een internetaanbieder

*NAW-gegevens*Staat voor: Naam Adres Woonplaats gegevens van een persoon

*Socialmediaplatform* Een verzamelbegrip voor online platformen waarop gebruikers inhoud kunnen plaatsten.

*UGC*Staat voor: User Generated Content. Een neutraal platform waarop gebruikers informatie kunnen aanleveren op het internet.

*Usenet*Een computernetwerk voor de uitwisseling van tekstberichten en computerbestanden.

*User*Een gebruiker van het internet.

*WWW* Staat voor: World Wide Web. Maakt de uitwisseling van informatie op het internet mogelijk.

1. **Inleiding – Een nieuw praktijkprobleem** 
   1. **Aanleiding onderzoek**

Op 17 november 1988 ontving Piet Beertema van het Centrum Wiskunde en Informatica een historisch e-mailbericht. Dit e-mailbericht zorgde er namelijk voor dat Nederland, na de Verenigde Staten, het tweede land ter wereld was dat toegang kreeg tot het National Science Foundation Netwerk, een academisch computernetwerk dat later uitgroeide tot het wereldwijde internet.[[1]](#footnote-1) Tegenwoordig is internet niet meer uit ons dagelijks leven weg te denken. Zo blijkt uit onderzoek van het Centraal Bureau voor Statistiek dat inmiddels 94% van de Nederlanders gebruikmaakt van internet.[[2]](#footnote-2) In een relatief kort tijdsbestek zijn we dus aan het internet verknocht geraakt.

Door de opkomst van het internet en de ontwikkeling van nieuwe technologieën krijgen steeds meer rechtsgebieden te maken met technische casuïstiek, zoals respectievelijk de tweedehands verkoop van e-books[[3]](#footnote-3) en de aansprakelijkheid bij ongevallen met zelfrijdende auto’s.[[4]](#footnote-4) Op het snijvlak van deze rechtsgebieden opereren doorgaans grote bedrijven, zoals respectievelijk eBay en Google. Deze bedrijven zorgen voor nieuwe juridische vraagstukken. Een van die vraagstukken staat in dit onderzoek centraal en wordt praktijkgericht onderzocht. Dit vraagstuk is: hoe moet in de juridische advies- en procespraktijk worden omgegaan met de anonieme onrechtmatige daad via het internet?

Veruit het bekendste voorbeeld van de anonieme onrechtmatige daad via het internet is de wraakpornozaak van Chantal uit Werkendam tegen socialmediaplatform Facebook. Op enig moment werd op Facebook pornografisch beeldmateriaal van Chantal geüpload door een nep-account van Chantal. Het betreffende beeldmateriaal had Chantal ooit met haar ex-vriend in een frivole bui opgenomen. Chantal had uiteraard nimmer toestemming gegeven om het beeldmateriaal op het internet te plaatsen. Het nep-account, alsmede het beeldmateriaal, werd na de openbaarmaking al snel door Facebook offline gehaald. Het kwaad was echter al geschied. Het beeldmateriaal was door andere Facebook-gebruikers opgeslagen en verder op het internet verspreid. Chantal deed aangifte bij de politie, maar die liet het helaas afweten. Chantal verzocht Facebook om de persoonsgegevens achter het nep-account aan haar te verstrekken. Aan dit verzoek werd echter geen gehoor gegeven. Als laatste redmiddel besloot Chantal Facebook in kort geding te dagvaarden teneinde afgifte de persoonsgegevens achter het nep-account in rechte af te dwingen.

De Amsterdamse voorzieningenrechter veroordeelde Facebook tot afgifte van de persoonsgegevens en tot het laten verrichten van een onafhankelijk onderzoek.[[5]](#footnote-5) Na onderzoek werd een IP-adres gevonden, welke leidde naar een schoolcomputer van ROC West-Brabant. Chantal verzocht de school om mee te werken aan een onderzoek naar de inloggegevens van haar leerlingen. ROC West-Brabant vond een dergelijk onderzoek echter een te grote inbreuk op de privacy van haar leerlingen en werknemers. Daarop besloot Chantal ROC West-Brabant in kort geding te dagvaarden teneinde medewerking in rechte af te dwingen. Helaas werd Chantal ditmaal in het ongelijk gesteld. Volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant waren er minder ingrijpende mogelijkheden om de persoonsgegevens van de dader te achterhalen, en prevaleerde het privacybelang van de leerlingen en werknemers van ROC West-Brabant boven het belang van Chantal.[[6]](#footnote-6) Aldus een schrijnende zaak.

De anonieme onrechtmatige daad via het internet strekt zich echter niet enkel tot het verspreiden van een wraakpornovideo. Het komt ook veelvuldig voor bij smaad, laster en inbreuk op het intellectueel eigendomsrecht. Zo is respectievelijk een kinderdagverblijf het slachtoffer van een lastercampagne via de Google-recensietool[[7]](#footnote-7) en eist stichting BREIN de persoonsgegevens op van de klanten van internetprovider Ziggo die inbreuk maken op het auteursrecht van degenen die zijn aangesloten bij BREIN.[[8]](#footnote-8)

Ook opdrachtgever Haagrecht Advocaten krijgt in haar praktijk steeds vaker te maken met de anonieme onrechtmatige daad via het internet. Zij verwacht dat dit in de toekomst alleen maar zal toenemen. Daarnaast is over de anonieme onrechtmatige daad via het internet nog relatief weinig bekend. Haagrecht Advocaten vraagt zich dan ook af hoe zij haar cliënten in deze het beste kan bijstaan. Bestaat er een specifieke regeling voor dit juridische vraagstuk? Is het raadzaam om een gerechtelijke procedure te starten, en zo ja, tegen wie? Allerlei vragen waar Haagrecht Advocaten in de praktijk tegenaan loopt.

* 1. **Probleemanalyse**

De anonieme onrechtmatige daad via het internet zorgt voor een nieuw praktijkprobleem. Het probleem is dat tussenpersonen weigeren persoonsgegevens van de (mogelijke) dader af te geven aan het slachtoffer. In het navolgende een nadere toelichting.

* + 1. Tussenpersoon

Internet is een communicatiemedium, met aan de ene kant een zender en aan de andere kant een ontvanger. Alle partijen die tussen een zender en ontvanger in zitten, zijn te beschouwen als tussenpersoon.[[9]](#footnote-9) In het licht van dit onderzoek is de tussenpersoon degene via wie de anonieme onrechtmatige daad wordt gepleegd. Er zijn dan ook vele soorten tussenpersonen te bedenken. In de zaak van Chantal uit Werkendam was dat in eerste instantie Facebook, en vervolgens ROC West-Brabant. Tussenpersonen kunnen voor het slachtoffer een aanknopingspunt vormen voor juridische acties.[[10]](#footnote-10) Zij beschikken doorgaans over de persoonsgegevens van de (mogelijke) dader.

Figuur 1: Driehoeksverhouding tussen het slachtoffer, de tussenpersoon en de anonieme (mogelijke) dader

* + 1. Persoonsgegevens

Met persoonsgegevens wordt gedoeld op de NAW-gegevens en het IP-adres. Deze gegevens zijn van belang omdat op basis hiervan de (mogelijke) dader kan worden getraceerd. NAW staat voor: Naam, Adres en Woonplaats. Dit spreekt voor zich. IP staat voor: Internet Protocol. Een IP-adres is een uniek nummer waarmee een computer wordt geïdentificeerd.[[11]](#footnote-11) Het is dan ook vergelijkbaar met een telefoonnummer. Elke computer die verbonden is met het internet krijgt een IP-adres toegekend. De reden dat hiermee slechts de *mogelijke* dader kan worden getraceerd, is omdat een IP-adres enkel een geografische locatie van een computer aanduidt. Een IP-adres zegt in beginsel dus niets over de identiteit van de dader. Dit was bijvoorbeeld wederom het geval in de zaak van Chantal uit Werkendam tegen Facebook. Het gevonden IP-adres leidde slechts naar een schoolcomputer waar vanachter de onrechtmatige daad werd gepleegd.

* 1. **Doelstelling**

Het doel van dit onderzoek is om aan hand van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek een advies te schrijven voor Haagrecht Advocaten. In dit advies zal worden omschreven wat Haagrecht Advocaten kan adviseren ten aanzien van zaken waarbij cliënt het slachtoffer is van een anonieme onrechtmatige daad via het internet.

* 1. **Centrale vraag**

Om de doelstelling van dit onderzoek te bereiken, wordt een centrale vraag geformuleerd. De centrale vraag zal aan het einde van dit onderzoek worden beantwoord. De centrale vraag luidt als volgt:

*Welk advies kan Haagrecht Advocaten op basis van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek haar cliënten geven ten aanzien van zaken waarbij cliënt het slachtoffer is van een anonieme onrechtmatige daad via het internet, en de tussenpersoon weigert de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te verstrekken?*

* 1. **Deelvragen**

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, worden een aantal deelvragen geformuleerd. De antwoorden op de deelvragen zullen tezamen antwoord geven op de centrale vraag. De deelvragen luiden als volgt:

1. *Welke juridische middelen biedt de huidige wet- en regelgeving voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*
2. *Welke juridische middelen biedt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) vanaf 25 mei 2018, ten opzichte van de huidige Databeschermingsrichtlijn, voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*
3. *Wanneer wordt volgens jurisprudentieonderzoek de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, voor de tussenpersoon die hierover beschikt, door rechters als proportioneel en subsidiair beoordeeld?* 
   1. **Onderzoeksmethoden**

Om de deelvragen te kunnen beantwoorden, zal per deelvraag een onderzoeksmethode worden gehanteerd. In het navolgende een nadere toelichting.

1. *Welke juridische middelen biedt de huidige wet- en regelgeving voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*

Deelvraag 1 valt onder het theoretisch juridisch onderzoeksgedeelte. Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar de huidige wet- en regelgeving over de rechtsplicht van tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. De huidige wet- en regelgeving die hiervoor zal worden gebruikt is: Burgerlijk Wetboek, Grondwet, Wetboek van Strafrecht, Wet bescherming persoonsgegevens, Auteurswet en Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom. Ook zal worden stilgestaan bij een belangrijk standaardarrest, welke als rechtsbron zal worden gebruikt en derhalve behoort tot de theorie. Daarnaast zal literatuur en parlementaire stukken worden geraadpleegd. Hiervoor wordt verwezen naar de bronnenlijst.

1. *Welke juridische middelen biedt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) vanaf 25 mei 2018, ten opzichte van de huidige Databeschermingsrichtlijn, voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*

Deelvraag 2 valt eveneens onder theoretisch juridisch onderzoeksgedeelte. Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar de toekomstige wet- en regelgeving, namelijk de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Daarbij zal de focus worden gelegd op welke veranderingen de toekomstige Algemene Verordening Gegevensbescherming gaat brengen in de huidige wet- en regelgeving, met betrekking tot het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt. Daarnaast zal zowel literatuur als parlementaire stukken worden geraadpleegd. Hiervoor wordt verwezen naar de bronnenlijst.

1. *Wanneer wordt volgens jurisprudentieonderzoek de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, voor de tussenpersoon die hierover beschikt, door rechters als proportioneel en subsidiair beoordeeld?*

Deelvraag 3 valt onder het praktijkonderzoeksgedeelte. Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar relevante jurisprudentie over de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt. Aangezien de anonieme onrechtmatige daad via het internet een relatief nieuw verschijnsel is, zijn er nog relatief weinig relevante uitspraken. Derhalve zullen alle relevante uitspraken worden onderzocht. In totaal zijn dat 30 uitspraken. Een chronologisch overzicht van de geanalyseerde uitspraken is in bijlage 1 van dit rapport opgenomen.[[12]](#footnote-12) De oudste uitspraak dateert uit 2005. Een uitspraak wordt als relevant beschouwd, indien hierin de rechter beoordeelt of de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, voor de tussenpersoon die hierover beschikt, wel of niet proportioneel en subsidiair is. De uitspraken zullen worden geanalyseerd aan de hand van een viertal topics. De topics zijn gebaseerd op een toetsingskader afkomstig uit een standaardarrest dat in dit onderzoek centraal staat. Dit arrest zal in hoofdstuk 2 worden besproken. De vier topics die voor de analyse worden gebruikt, zijn:

1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk
2. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte
3. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden
4. Het belang van het slachtoffer prevaleert

1. **Juridisch kader – Huidige wet- en regelgeving** 
   1. **Inleiding**

In dit hoofdstuk komt deelvraag 1 aan bod. Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar de huidige wet- en regelgeving met betrekking tot de rechtsplicht van tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Ten overvloede, deelvraag 1 luidt als volgt:

*Welke juridische middelen biedt de huidige wet- en regelgeving voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*

* 1. **Burgerlijk Wetboek**

Het beginpunt van het praktijkprobleem is de onrechtmatige daad, welke anoniem via het internet wordt gepleegd. Het leerstuk van de onrechtmatige daad vinden we in het Burgerlijk Wetboek, hierna te noemen: BW. Op grond van artikel 6:162 lid 2 BW wordt als onrechtmatige daad aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De verplichting tot het betalen van schadevergoeding is het rechtsgevolg dat artikel 6:162 lid 1 BW aan een onrechtmatige daad verbindt.[[13]](#footnote-13)

Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek, welke in hoofdstuk 4 van dit rapport aan bod zullen komen, blijkt dat de anonieme onrechtmatige daad zich voordoet bij drie categorieën: het intellectueel eigendomsrecht (1), smaad en laster (2) en persoonlijke levenssfeer (3). In het navolgende een nadere toelichting.

* + 1. Intellectueel eigendomsrecht

Intellectuele eigendomsrechten zijn absolute vermogensrechten ex artikel 3:6 BW op niet-materiële objecten.[[14]](#footnote-14) Het intellectueel eigendomsrecht behoort tot het burgerlijk recht, maar wordt niet in het BW geregeld.[[15]](#footnote-15) Het merendeel is namelijk te vinden in bijzondere wetten en internationale verdragen. In dit onderzoek zal ten aanzien van de categorie intellectueel eigendomsrecht de focus worden gelegd op de Auteurswet (auteursrecht) en het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merkenrecht). Ondanks het feit dat er voor het auteurs- en merkenrecht aparte wet- en regelgeving bestaat, kan inbreuk op beiden gekwalificeerd worden als een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.[[16]](#footnote-16) Er wordt immers inbreuk gemaakt op een recht ex artikel 6:162 BW. Tegenwoordig wordt via het internet op grote schaal inbreuk gemaakt op het intellectueel eigendomsrecht.[[17]](#footnote-17) Met name het digitaal uitwisselen van auteursrechtelijk beschermde muziek en films vindt veelvuldig plaats.

* + 1. Smaad en laster

Smaad en laster vinden we in het Wetboek van Strafrecht, hierna te noemen: Sr. Op grond van artikel 261 Sr is smaad het opzettelijk aantasten van iemands eer of goede naam door verspreiding van een bepaald feit. Op grond van artikel 262 Sr is laster het moedwillig iemand beschuldigen van een onwaar feit. Het verschil tussen beiden is dus dat het bij laster altijd gaat om beweerde feiten die onwaar zijn. Door de opkomst van onder meer internetforums en socialmediaplatforms is het tegenwoordig vrij gemakkelijk om voor een groot publiek anoniem uitlatingen te doen over een persoon of bedrijf. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het schrijven van een valse recensie om een bedrijf moedwillig zwart te maken.[[18]](#footnote-18) Ondanks het feit dat smaad en laster strafbaar zijn, blijkt uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek dat hierover ook civielrechtelijke procedures worden gevoerd. Onder bepaalde omstandigheden wordt smaad en laster gekwalificeerd als onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.

* + 1. Persoonlijke levenssfeer

Bij persoonlijke levenssfeer neemt privacy een centrale plaats in. Het recht op privacy is een afweerrecht en beschermt de persoonlijke levenssfeer.[[19]](#footnote-19) Het betreft een grondrecht, welke we vinden in artikel 10 van de Grondwet, hierna te noemen: Gw. Omdat het internet grensoverschrijdend is, is het lastig om het aan banden te leggen wanneer het gaat om privacybescherming.[[20]](#footnote-20) In dit onderzoek zal ten aanzien van de categorie persoonlijke levenssfeer de focus worden gelegd op het openbaar maken van pornografisch beeldmateriaal, verglijkbaar met de zaak van Chantal uit Werkendam, zoals reeds omschreven in paragraaf 1.1. Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek blijkt eveneens dat hierover ook civielrechtelijke procedures worden gevoerd. Wederom wordt onder bepaalde omstandigheden een dergelijke openbaarmaking gekwalificeerd als onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.

* + 1. Civielrechtelijke aansprakelijkheid

Op grond van artikel 6:162 lid 1 BW is in beginsel hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Echter, bij de anonieme onrechtmatige daad via het internet heeft het slachtoffer ook te maken met de tussenpersoon. Zoals reeds in paragraaf 1.2.1 omschreven, wordt met tussenpersoon gedoeld op degene via wie de onrechtmatige daad is gepleegd. Is de tussenpersoon soms ook aansprakelijk te stellen?

Vooropgesteld is de positie van tussenpersonen een bijzondere. De tussenpersoon biedt haar gebruikers de mogelijkheid vanaf zijn apparatuur informatie op het internet te verspreiden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de schoolcomputer van ROC West-Brabant in de zaak van Chantal uit Werkendam, zoals reeds omschreven in paragraaf 1.1. ROC West-Brabant bood haar studenten en medewerkers de mogelijkheid om via haar computers informatie op het internet te verspreiden. Ingeval van onrechtmatige informatie is echter niet de tussenpersoon, maar degene die het initiatief neemt de primaire inbreukmaker en kan als zodanig worden aangesproken.[[21]](#footnote-21) Dit blijkt ook uit de aansprakelijkheidsuitsluiting ex artikel 6:196c BW. Zolang de tussenpersoon slechts een faciliterende rol vervult, is hij niet aansprakelijk voor de anonieme onrechtmatige daad via het internet.[[22]](#footnote-22) Uiteraard zijn er uitzonderingen, maar in dit onderzoek zal er verder van worden uitgegaan dat de tussenpersoon geen inhoudelijke betrokkenheid heeft bij de onrechtmatige daad en derhalve civielrechtelijk gezien niet aansprakelijk is.

* 1. **Wetboek van Strafrecht**

De categorieën intellectueel eigendomsrecht (1), smaad en laster (2) en persoonlijke levenssfeer (3) hebben alle drie raakvlakken met het strafrecht. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht zijn er diverse strafrechtelijke bepalingen opgenomen in diverse wet- en regelgeving. Twee voorbeelden hiervan zijn: artikel 31 Aw (auteursrecht) en artikel 337 Sr (merkenrecht). Deze bepalingen zien beide op opzettelijke inbreuk. Smaad en laster zijn op zichzelf al strafbare feiten, zoals reeds omschreven in paragraaf 2.2.2. Ten aanzien van de persoonlijke levenssfeer speelt het strafrecht ook een rol wanneer bijvoorbeeld het slachtoffer aangifte bij de politie doet. In de zaak van Chantal uit Werkendam was dat ook het geval, zoals reeds omschreven in paragraaf 1.1.

Gelet op het voorgaande is het dan ook mogelijk dat gelijktijdig met de civielrechtelijke procedure een strafrechtelijk onderzoek loopt. De praktijk wijst echter uit dat de strafrechtelijke weg weinig soelaas biedt. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat in veel gevallen weinig met de aangifte wordt gedaan. Het slachtoffer is hierdoor vaak genoodzaakt om een civielrechtelijke procedure te starten om de identiteit van de dader te achterhalen teneinde hem in rechte te kunnen aanspreken. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht stuurt de wetgever zelfs aan op civielrechtelijke handhaving.[[23]](#footnote-23) Bestrijding van inbreuk heeft dan ook geen prioriteit bij het Openbaar Ministerie, hierna te noemen: OM. Men vindt het in eerste instantie een taak van de rechthebbende zelf om zijn intellectuele eigendomsrechten te handhaven via de civielrechtelijke weg.

* + 1. Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Op grond van artikel 54a Sr is de tussenpersoon in beginsel ook strafrechtelijk gezien niet aansprakelijk. Artikel 54a Sr is het strafrechtelijke evenbeeld van artikel 6:196c BW,[[24]](#footnote-24) zoals reeds omschreven in paragraaf 2.2.4. Voor zover bekend zijn er maar weinig zaken waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een tussenpersoon aan de orde was.[[25]](#footnote-25) Derhalve zal in dit onderzoek ervan worden uitgegaan dat de tussenpersoon ook strafrechtelijk gezien niet aansprakelijk is.

* 1. **Wet bescherming persoonsgegevens**

Nu de aansprakelijkheid van de tussenpersoon in beginsel is uitgesloten, zal het slachtoffer zich moeten richten tot de dader teneinde de geleden schade op hem te kunnen verhalen. Echter omdat deze een (nog) onbekende persoon is, is het lastig om hem in rechte te betrekken en jegens hem een vonnis ten uitvoer te leggen.[[26]](#footnote-26) Daarnaast zal het slachtoffer in een gerechtelijke procedure zijn stellingen moeten bewijzen. Hij draagt immers de bewijslast indien hij deze start.[[27]](#footnote-27)

Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de tussenpersoon doorgaans als enige over de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader beschikt. Echter, wanneer het slachtoffer hem verzoekt tot afgifte van deze gegevens, is het recht op privacy zijdens de (mogelijke) dader een veelgenoemde reden voor weigering. Is dit wel terecht?

Het Nederlandse rechtssysteem kent geen specifieke regels over privacy als een zelfstandig concept.[[28]](#footnote-28) Er bestaat wel diverse wet- en regelgeving die diverse aspecten van de privacy aan de orde stellen, zoals de Wet bescherming persoonsgegevens, hierna te noemen: Wbp. Deze wet is op 1 september 2001 in werking getreden en gebaseerd op de Europese Databeschermingsrichtlijn (95/26/EG).[[29]](#footnote-29) De Wbp geeft de belangrijkste regels omtrent de verwerking van persoonsgegevens. Wat onder verwerking van persoonsgegevens wordt verstaan, bepaalt artikel 1 sub a en b Wbp:

1. “*Persoonsgegeven: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon;*”
2. “*Verwerking van persoonsgegevens: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens;*”

Uit de wettekst van artikel 1 sub a en b Wbp blijkt dat verwerking een ruim begrip is. Hieronder valt ook afgifte van persoonsgegevens.[[30]](#footnote-30) De vraag is echter wanneer een verwerking volgens de Wbp wel of niet is toegestaan. Artikel 8 sub a t/m f Wbp geeft een limitatieve opsomming van gronden die een verwerking van persoonsgegevens rechtvaardigen. Volgens dit artikel mogen persoonsgegevens slechts worden verwerkt indien:

1. “*de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend;*”
2. “*de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de betrokkene en die noodzakelijk zijn voor het sluiten van een overeenkomst;*”
3. “*de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;*”
4. “*de gegevensverwerking noodzakelijk is ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene;*”
5. “*de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het betreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, of*”
6. “*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.*”

Ten aanzien van tussenpersonen is artikel 8 sub f Wbp relevant.[[31]](#footnote-31) Het slachtoffer is in deze immers de *derde aan wie de gegevens worden verstrekt*. Daarnaast is de *gegevensverwerking noodzakelijk* voor de *behartiging van het gerechtvaardigde belang*. Het gerechtvaardigde belang van het slachtoffer is om de dader in rechte te kunnen betrekken. Nadelig voor het slachtoffer is echter de zinsnede na *tenzij*. Verwerking van persoonsgegevens is klaarblijkelijk niet toegestaan indien *het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.* Met andere woorden, afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader is voor tussenpersonen niet toegestaan indien het recht op privacy prevaleert. Uiteraard rijst nu de vraag wanneer het recht op privacy van de (mogelijke) dader prevaleert boven het belang van het slachtoffer om de dader in rechte te kunnen betrekken.

Het antwoord op die vraag ligt in de Memorie van Toelichting[[32]](#footnote-32) op de Wbp. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat bij elke verwerking moet zijn voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Volgens de Memorie van Toelichting houdt het proportionaliteitsbeginsel in dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokkene, niet onevenredig mag zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Zij vergt een belangenafweging aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van de persoonsgegevens van betrokkene, minder nadelige wijze dient te kunnen worden verwerkelijkt. Op degene die persoonsgegevens verwerkt, rust de plicht om binnen redelijke grenzen een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van anderen te vermijden dan wel zo beperkt mogelijk te houden. Deze plicht omvat een tweetal aspecten. Allereerst dient men af te zien van de verwerking van persoonsgegevens indien hetzelfde doel ook langs andere weg en met minder ingrijpende middelen kan worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door de vergaring van anonieme gegevens. Wordt desondanks tot gegevensverwerking overgegaan, dan is van belang dat degene die gegevens wil verwerken in redelijkheid alle eventuele bestaande mogelijkheden benut om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen te beperken.[[33]](#footnote-33)

Uit de tekst van Memorie van Toelichting kan kortgezegd worden opgemaakt dat tussenpersonen het verzoek van het slachtoffer tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader zelf moeten beoordelen. Dientengevolge worden tussenpersonen opgezadeld met de lastige en tijdrovende taak om een belangenafweging te maken en deze te verdedigen zonder voldoende kennis van feiten.[[34]](#footnote-34) Dit verklaart dan ook waarom tussenpersonen niet snel bereid zijn tot afgifte. Daarbij speelt ook een rol dat tussenpersonen doorgaans een contractuele relatie met de (mogelijke) dader hebben, en daardoor geen commercieel belang bij afgifte hebben, integendeel.[[35]](#footnote-35)

Voor het slachtoffer is dit een groot struikelblok. Zoals eerder in deze paragraaf benoemd, is de tussenpersoon voor het slachtoffer doorgaans het enige aanknopingspunt om de identiteit van de dader te achterhalen. Doordat tussenpersonen weigeren de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader aan het slachtoffer te verstrekken, is het slachtoffer genoodzaakt om een gerechtelijke procedure te starten teneinde afgifte deze gegevens in rechte af te dwingen.

Figuur 2: De belangenafweging die tussenpersonen maakt bij het verzoek van het slachtoffer tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader

* 1. **Auteurswet**

Zoals reeds omschreven in paragraaf 2.2.1, komt de anonieme onrechtmatige daad via het internet ook voor bij het auteursrecht. Het auteursrecht is geregeld in de Auteurswet, hierna te noemen: Aw. Het auteursrecht is ontstaan om de maker van een werk de mogelijkheid te geven zijn werk te exploiteren en om hem bescherming te bieden voor de integriteit van zijn geestelijke schepping.[[36]](#footnote-36) Artikel 1 Aw geeft een mooie omschrijving wat het auteursrecht precies inhoudt:

1. “*Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.*”

De handhaving is hoofdzakelijk een civielrechtelijke aangelegenheid.[[37]](#footnote-37) Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat een relevante handhavingsmogelijkheid te vinden is in artikel 28 lid 9 Aw:

1. “*De rechter kan op vordering van de gerechtigde degene die inbreuk op diens recht heeft gemaakt, bevelen al hetgeen hem bekend is omtrent de herkomst en distributiekanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken, aan de gerechtigde mee te delen en alle daarop betrekking hebbende gegevens aan deze te verstrekken. Onder dezelfde voorwaarden kan dit bevel worden gegeven aan een derde die op commerciële schaal inbreukmakende goederen in zijn bezit heeft of gebruikt, die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt, of die door een van deze derden is aangewezen als zijnde betrokken bij de productie, fabricage of distributie van deze goederen of bij het verlenen van deze diensten. Deze derde kan zich verschonen van het verstrekken van informatie die bewijs zou vormen van deelname aan een inbreuk op een recht van intellectuele eigendom door hem zelf of door de andere in artikel 165, derde lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde personen.*”

Voor het slachtoffer, in de hoedanigheid van rechthebbende, is de tweede zin relevant. De tweede zin is immers gericht op een *bevel aan een derde*, aldus de tussenpersoon, om de persoonsgegevens af te geven. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hieronder ook de NAW-gegevens en het IP-adres wordt verstaan.[[38]](#footnote-38) Dit bevel zal echter wel *op vordering* *van de gerechtigde* moeten worden gedaan. Het slachtoffer is ten aanzien van het auteursrecht dus ook genoodzaakt om een gerechtelijke procedure te starten teneinde de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen.

* 1. **Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom**

Zoals reeds omschreven in paragraaf 2.2.1, komt de anonieme onrechtmatige daad via het internet ook voor bij inbreuk op het merkenrecht. Het merkenrecht is geregeld in het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom, hierna te noemen: BVIE. Merken dienen om waren en diensten van een onderneming te onderscheiden.[[39]](#footnote-39)

Net als bij het auteursrecht, is de handhaving van het merkenrecht voornamelijk een civielrechtelijke aangelegenheid.[[40]](#footnote-40) Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat een relevante handhavingsmogelijkheid te vinden is in artikel 2.22 lid 4 en 5 BVIE:

1. “*De rechter kan op vordering van de merkhouder in een gerechtelijke procedure wegens inbreuk degene die inbreuk op diens recht heeft gemaakt, bevelen al hetgeen hem bekend is omtrent de herkomst en de distributiekanalen van de goederen en diensten, waarmee die inbreuk is gepleegd, aan de merkhouder mee te delen en alle daarop betrekking hebbende gegevens aan deze te verstrekken, voor zover die maatregel gerechtvaardigd en redelijk voorkomt.*”
2. “*Het in lid 4 bedoelde bevel kan eveneens worden opgelegd aan de persoon die de inbreukmakende goederen op commerciële schaal in zijn bezit heeft, de inbreukmakende diensten op commerciële schaal heeft gebruikt, of op commerciële schaal diensten die bij inbreukmakende handelingen worden gebruikt, heeft verleend.*”

Voor het slachtoffer, in de hoedanigheid van merkhouder, is artikel 2.22 lid 5 BVIE relevant. Deze bepaling komt klaarblijkelijk in de kern overeen met artikel 28 lid 9 Aw, zoals reeds omschreven in paragraaf 2.5. Ten aanzien van het merkenrecht is een gerechtelijke procedure dus ook onvermijdbaar.

* 1. **Lycos/Pessers-arrest**

Wanneer het slachtoffer de tussenpersoon in rechte betrekt en afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) vordert, zal de rechter het geding beoordelen aan de hand van het Lycos/Pessers-arrest.[[41]](#footnote-41) In dit standaardarrest dat dateert uit 2005 heeft de Hoge Raad bepaald dat onder bepaalde omstandigheden de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens aan een derde kan bestaan. Het IP-adres werd toentertijd nog niet expliciet genoemd. De betreffende omstandigheden zijn door de Hoge Raad in een vierstappentoets geformuleerd, waarbij de vierde stap de lastige belangenafweging van de tussenpersoon omvat:[[42]](#footnote-42)

1. “*de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk;*”
2. “*de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens;*”
3. “*aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen;*”
4. “*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.*”

Sinds het Lycos/Pessers-arrest is de vierstappentoets in de jurisprudentie als uitgangspunt genomen. Echter, rechters waren niet altijd consistent met de toepassing ervan. De reden hiervan zijn twee Europese uitspraken, namelijk het Promusicae-arrest[[43]](#footnote-43) en het Bonnier Audio-arrest.[[44]](#footnote-44) Uit deze twee uitspraken zou namelijk blijken dat er een specifieke regeling is vereist op basis waarvan tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader kunnen worden veroordeeld. Tot op de dag van vandaag ontbreekt een dergelijke regeling. Het Promusicae-arrest en het Bonnier Audio-arrest zouden dan ook het einde van het Lycos/Pessers-tijdperk betekenen.[[45]](#footnote-45)

Desondanks wordt het in de rechtspraak tot op de dag van vandaag gebruikt en is de vierstappentoets dus het relevante toetsingskader. Zo bepaalde recentelijk de Limburgse voorzieningenrechter nog dat uit het Promusicae-arrest en het Bonnier Audio-arrest enerzijds af valt te leiden dat er geen algemene, op Europese richtlijnen te baseren verplichting kan worden opgelegd in een gerechtelijke procedure altijd persoonsgegevens moeten worden verstrekt. Anderzijds leidt hij uit deze uitspraken af dat in dit verband relevante Europese richtlijnen niet met zich brengen dat die verplichting nooit mag worden opgelegd dan wel dat daarvoor een specifieke nationale regeling is vereist. Daarnaast blijkt uit deze uitspraken dat het afhangt van de omstandigheden van het geval en een juiste weging van alle betrokken belangen. Dit is in lijn met het in het Lycos/Pessers-arrest geformuleerde toetsingskader.[[46]](#footnote-46)

* 1. **Conclusie**

Uit de geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek, blijkt dat de anonieme onrechtmatige daad via het internet zich voordoet bij drie categorieën: het intellectueel eigendomsrecht (1), smaad en laster (2) en de persoonlijke levenssfeer (3). Uit de wetsanalyse en het literatuuronderzoek blijkt dat tussenpersonen zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk gezien in beginsel niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Het slachtoffer zal zich derhalve moeten richten tot de dader teneinde de geleden schade op hem te kunnen verhalen. Echter, omdat deze een (nog) onbekende persoon is, is het lastig om hem in rechte te betrekken en jegens hem een vonnis ten uitvoer te leggen. De NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader zijn dan ook van essentieel belang om tot aansprakelijkheidstelling te kunnen overgaan.

De tussenpersoon beschikt doorgaans als enige over de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Wanneer het slachtoffer tot afgifte van deze gegevens verzoekt, is het recht op privacy zijdens de (mogelijke) dader een veelgenoemde drogreden voor weigering. De reden hiervan is dat tussenpersonen worden opgezadeld met de lastige en tijdrovende taak om een belangenafweging te maken en deze te verdedigen zonder voldoende kennis van feiten. Daarnaast hebben tussenpersonen doorgaans een contractuele relatie met de (mogelijke) dader, waardoor zij geen commercieel belang hebben bij afgifte, integendeel. Het slachtoffer is hierdoor genoodzaakt om de tussenpersoon in rechte te betrekken teneinde afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader in rechte af te dwingen. In een gerechtelijke procedure zal de rechter het geding beoordelen aan de hand van de in het Lycos/Pessers-arrest geformuleerde vierstappentoets. De vierstappentoets houdt in dat onder bepaalde omstandigheden de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader kan bestaan. In hoofdstuk 4 zullen deze omstandigheden uitgebreid aan bod komen.

1. **Juridisch kader – Toekomstige wet- en regelgeving** 
   1. **Inleiding**

In dit hoofdstuk komt deelvraag 2 aan bod. Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar de toekomstige wet- en regelgeving met betrekking tot de rechtsplicht van tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Ten overvloede, deelvraag 2 luidt als volgt:

*Welke juridische middelen biedt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) vanaf 25 mei 2018, ten opzichte van de huidige Databeschermingsrichtlijn, voor het bestaan van de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt?*

* 1. **Databeschermingsrichtlijn**

De huidige Databeschermingsrichtlijn (95/25/EG) is de belangrijkste Europese richtlijn omtrent de verwerking van persoonsgegevens. De Databeschermingsrichtlijn is dan ook de richtlijn waarop de Nederlandse Wbp gebaseerd is.[[47]](#footnote-47) De richtlijn is op 13 december 1995 in werking getreden, de tijd waarin het internet nog in de kinderschoenen stond. Ter indicatie: Google bestond toentertijd nog niet.[[48]](#footnote-48)

Het antwoord hierop van de Europese Unie, hierna te noemen: EU, is de Algemene Verordening Gegevensbescherming, hierna te noemen: AVG. De AVG is op 25 mei 2016 in werking getreden, maar is krachtens artikel 99 AVG vanaf pas 25 mei 2018 van toepassing. Doordat de AVG een verordening betreft, hebben de bepalingen van de AVG, zonder enige tussenkomst van de nationale wetgevers van de lidstaten, directe werking.[[49]](#footnote-49) Wel geeft de AVG lidstaten de ruimte om de regels aan te passen aan eigen behoeftes.[[50]](#footnote-50)

* 1. **Algemene Verordening Gegevensbescherming**

Door snelle technologische ontwikkelingen en globalisering ziet de EU zich geconfronteerd met nieuwe uitdagingen voor de bescherming van persoonsgegevens. Die ontwikkelingen vereisen volgens de EU een krachtig en coherenter kader voor gegevensbescherming, dat wordt gesteund door strenge handhaving.[[51]](#footnote-51)

Maar sluit de AVG ook écht beter aan op de huidige digitale wereld? De AVG heeft nog grotendeels dezelfde structuur en inhoud als de huidige Databeschermingsrichtlijn. Slechts bestaande verplichtingen zijn verder uitgebreid en gespecialiseerd. De AVG zal juristen de komende jaren nog flink bezighouden; de artikelen zijn op veel punten onduidelijk of inconsistent geformuleerd, de versie in de Nederlandse taal bevat veel fouten en de AVG laat op belangrijke punten ruimte voor de nationale wetgevers.[[52]](#footnote-52)

Voor dit onderzoek is relevant dat door de komst van de AVG voor de verwerking van persoonsgegevens meer en strengere regels zullen gelden. Enerzijds worden de privacyrechten van de betrokkene verstrekt en uitgebreid, anderzijds krijgen tussenpersonen meer verantwoordelijkheden.[[53]](#footnote-53) Met betrokkene wordt in dit verband bedoeld degene van wie de persoonsgegevens worden verwerkt. Een relevant nieuw recht dat de betrokkene door de AVG krijgt, is het recht van bezwaar. Wat dit recht precies inhoudt, omschrijft artikel 21 lid 1 AVG:

1. “*De betrokkene heeft te allen tijde het recht om vanwege met zijn specifieke situatie verband houdende redenen bezwaar te maken tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens op basis van artikel 6, lid 1, onder e) of f), van artikel 6, lid 1, met inbegrip van profilering op basis van die bepalingen. De verwerkingsverantwoordelijke staakt de verwerking van de persoonsgegevens tenzij hij dwingende gerechtvaardigde gronden voor de verwerking aanvoert die zwaarder wegen dan de belangen, rechten en vrijheden van de betrokkene of die verband houden met de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering.*”

Uit de wettekst van artikel 21 lid 1 AVG blijkt dat de (mogelijke) dader te allen tijde het recht heeft om bezwaar te maken tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens. In het licht van de huidige wet- en regelgeving zou dit betekenen dat de (mogelijke) dader op grond van de AVG dus ook bezwaar kan maken tegen afgifte van zijn NAW-gegevens en IP-adres. Met name de zinsnede naar de verwijzing naar artikel 6 lid onder f AVG is relevant. Dit artikel bepaalt namelijk dat een verwerking alleen rechtmatig is, indien onder meer aan de volgende voorwaarde is voldaan:

1. “*de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.*”

Een vergelijkbare bepaling zijn we al eerder tegengekomen in artikel 8 sub a t/m f Wbp, zoals reeds omschreven in paragraaf 2.4. Het lijkt er dan ook op dat de (mogelijke) dader, ten behoeve van zijn privacy, het recht krijgt om bezwaar te maken tegen afgifte van zijn NAW-gegevens en IP-adres. Hoe de bezwaarprocedure eruitziet, wordt in de AVG echter niet genoemd.

Figuur 3: Situatie vanaf 25 mei 2018 door de toepassing van de AVG

Voor het slachtoffer is het recht op bezwaar allesbehalve gunstig. Zoals reeds in hoofdstuk 2 omschreven, zijn tussenpersonen thans niet snel bereid tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. De AVG zal deze houding alleen maar aanmoedigen. Daarnaast zal door de komst van een bezwaarprocedure het voor het slachtoffer alleen maar langer duren voordat hij, indien zijn verzoek überhaupt wordt gehonoreerd, de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader verkrijgt.

* 1. **Conclusie**

De Wbp zal met de komst van de AVG vanaf 25 mei 2018 komen te vervallen. Het is echter de vraag of de AVG beter aansluit op de huidige digitale wereld. De AVG heeft nog grotendeels de structuur en inhoud van de huidige Databeschermingsrichtlijn. Uit de AVG kan worden geconcludeerd dat deze niet voorziet in een specifieke regeling op basis waarvan tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader kunnen worden veroordeeld. Integendeel, de AVG lijkt het voor het slachtoffer juist lastiger te maken door de (mogelijke) dader het recht van bezwaar tegen afgifte toe te kennen. Ook wanneer de AVG van toepassing is, zal het slachtoffer genoodzaakt blijven om tegen de tussenpersoon een gerechtelijke procedure te starten.

1. **Resultaten – Rechtspraktijk** 
   1. **Inleiding**

Voor deze deelvraag zal worden gekeken naar relevante jurisprudentie over de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt. Ten overvloede, deelvraag 3 luidt als volgt:

*Wanneer wordt volgens jurisprudentieonderzoek de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, voor de tussenpersoon die hierover beschikt, door rechters als proportioneel en subsidiair beoordeeld?*

* 1. **Jurisprudentie**

Zoals in voorgaande hoofdstukken omschreven, blijkt uit de wetsanalyse en het literatuuronderzoek blijkt dat zowel de huidige als toekomstige wet- en regelgeving niet voorziet in een specifieke regeling op basis waarvan tussenpersonen kunnen worden veroordeeld tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader. Jurisprudentie biedt voor het slachtoffer daarentegen wel mogelijkheden. In dit hoofdstuk zullen deze mogelijkheden worden ontdekt.

In totaal zijn er 30 relevante uitspraken gevonden. In deze uitspraken werd de tussenpersoon door het slachtoffer in rechte betrokken teneinde de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader af te dwingen. Ook in dit hoofdstuk wordt er onderscheid gemaakt in de eerdergenoemde drie categorieën. Van het totale aantal uitspraken hebben er 16 betrekking op het intellectueel eigendomsrecht (1), 11 betrekking op smaad en laster (2) en 3 betrekking op de persoonlijke levenssfeer (3). Een chronologisch overzicht van alle geanalyseerde uitspraken is in bijlage 1 van dit rapport opgenomen.[[54]](#footnote-54)

De rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader is in 18 van de 30 uitspraken door de rechter proportioneel en subsidiair beoordeeld, en in 12 van de 30 uitspraken niet. Een kleine meerderheid dus, temeer reden om de uitspraken eens goed onder de loep te nemen. Ten aanzien van het soort tussenpersoon zijn er geen verschillen in de beoordeling geconstateerd. Ten aanzien van het soort gerechtelijke procedure kan worden gesteld dat 27 van de 30 uitspraken een kortgedingprocedure betreft, 2 van de 30 uitspraken een bodemprocedure en 1 van de 30 uitspraken een beslagprocedure. De meeste uitspraken zijn dus door een voorzieningenrechter gedaan.

* 1. **Topics**

De uitspraken zijn geanalyseerd aan de hand van een viertal topics. De topics zijn gebaseerd op de vierstappentoets van het Lycos/Pessers-arrest, zoals reeds omschreven in paragraaf 2.7. Elke topic omvat een kernachtige omschrijving van betreffende stap. De vier topics zijn:

1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk
2. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte
3. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden
4. Het belang van het slachtoffer prevaleert
   1. **Intellectueel eigendomsrecht**

Door de opkomst van internet en de ontwikkeling van nieuwe technologieën is het tegenwoordig tamelijk eenvoudig om anonieme inbreuk te maken op het intellectueel eigendomsrecht. Het is dan ook niet opmerkelijk dat 16 van de 30 uitspraken, de meerderheid, in deze categorie valt. Een chronologisch overzicht van de geanalyseerde uitspraken is in bijlage 2 van dit rapport opgenomen.[[55]](#footnote-55)

Een organisatie die we binnen deze categorie veelvuldig zullen tegenkomen, is stichting BREIN. BREIN staat voor: Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland. BREIN is een organisatie die zich inzet tegen inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van degenen die bij BREIN zijn aangesloten.[[56]](#footnote-56) In gerechtelijke procedures treedt zij dan ook geregeld als procespartij op. Als in dit onderzoek wordt gesproken over BREIN, dan wordt daarmee dus tevens het slachtoffer bedoeld.

Een voorbeeldzaak ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht is de zaak tussen stichting BREIN en usenetprovider Newsconnection.[[57]](#footnote-57) Usenet is kortgezegd een digitaal netwerk voor de uitwisseling van tekstberichten en computerbestanden.[[58]](#footnote-58) BREIN vorderde afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van een drietal gebruikers van Newsconnection die auteursrechtelijk beschermd werk verspreidden en daarmee inbreuk maakten op de rechten van degenen die bij BREIN zijn aangesloten. De rechter beoordeelde het geding aan de hand van de vierstappentoets en wees de vordering van BREIN toe.

* + 1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk

Ten aanzien van de topic ‘de informatie is onrechtmatig en schadelijk’ kan worden gesteld dat in 12 van 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen jegens het slachtoffer en dat hij hierdoor schade leed. In alle 12 uitspraken was doorslaggevend dat zonder toestemming van het slachtoffer, in de hoedanigheid van rechthebbende, auteursrechtelijk beschermde werken en/of inbreukmakende goederen via het internet ter beschikking werden gesteld. Dit werd door tussenpersonen nimmer niet betwist. Ten aanzien van het auteursrecht werd met name geprocedeerd over beschermde films en e-books, en in een enkel geval over beeldrechten van voetbalwedstrijden. Ten aanzien van het merkenrecht werd geprocedeerd over inbreukmakende stoelen en schoenen.

Opvallend is dat in 1 van de 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er géén sprake was van onrechtmatig handelen. In deze zaak werden auteursrechtelijk beschermde films van het slachtoffer via een app ter beschikking gesteld. De (mogelijke) dader was echter niet de maker van die app, maar een gebruiker. Zoals onderstaand citaat weergeeft, was er dan ook geen sprake van een doelbewust faciliteren en aanmoedigen van inbreuk:

"*Naar het oordeel van de voorzieningenrechter zijn de aanwijzingen die duiden op een doelbewust faciliteren en aanmoedigen van inbreuk op auteursrechten niet van voldoende gewicht om voldoende aannemelijk te achten dat de klant van Ziggo onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bij BREIN aangesloten auteursrechthebbenden.*”[[59]](#footnote-59)

In 3 van de 16 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte

Betreffende de topic ‘het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte’ bleek dat in 11 van de 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het slachtoffer een reëel belang had bij afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader.

In de 7 uitspraken waarin BREIN als procespartij optrad, was doorslaggevend dat BREIN blijkens de statuten (van de stichting) als doelstelling heeft om op te treden tegen inbreuk. In de 3 uitspraken waarin het slachtoffer zelf als procespartij optrad, was voornamelijk doorslaggevend dat de tussenpersoon het enige aanknopingspunt is om te kunnen vaststellen wie de feitelijke inbreukmaker is teneinde die vervolgens in rechte te kunnen betrekken. In wezen komen beide argumenten op hetzelfde neer: er is sprake van inbreuk en de rechthebbende moet daartegen kunnen optreden. Ook was doorslaggevend dat het slachtoffer reeds contact had gezocht met de (mogelijke) dader en hem had verzocht zijn inbreukmakende activiteiten te staken. Aan dit verzoek werd echter geen gehoor gegeven.

Opvallend is dat in 1 uitspraak niet het slachtoffer zelf, maar juist de tussenpersoon afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader vorderde van weer een andere tussenpersoon. In deze zaak dagvaardde in kort geding pornowebsite 123 Video internetprovider Ziggo.[[60]](#footnote-60) 123 Video vorderde afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van een aantal klanten van Ziggo die auteursrechtelijk beschermde filmmateriaal van pornoactrice Kim Holland hadden geüpload op de website van 123 Video. Kim Holland, in deze het slachtoffer, had hiervoor geen toestemming gegeven en had 123 Video daarvoor aansprakelijk gesteld. 123 Video kon niet zelf achterhalen wie de (mogelijke) dader was die via haar website het betreffende filmmateriaal had geüpload. De rechter oordeelde dat 123 Video een reëel belang had bij afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader omdat tegen haar door Kim Holland een vordering tot het betalen van een forse schadevergoeding was ingesteld. Deze zaak is dus een vreemde eend in de bijt.

In 5 van de 16 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden

Aangaande de topic ‘er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden’ kan worden gesteld dat in slechts 7 van de 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestond om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Er zijn een aantal omstandigheden die de rechter daarbij meewoog:

1. BREIN had reeds het adres van de (mogelijke) dader achterhaald, maar achteraf bleek dat hij daar niet meer woonde
2. BREIN had per e-mail getracht om in contact te komen met de (mogelijke) dader, maar op de e-mails van BREIN werd niet gereageerd
3. BREIN had via een internetforum getracht in contact te komen met de (mogelijke) dader, maar op berichten van BREIN werd niet gereageerd
4. Het slachtoffer had drie andere buitenlandse internetproviders verzocht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, maar hieraan werd geen gehoor gegeven.
5. Het strafrechtelijke traject biedt in zaken als deze geen oplossing
6. Door de tussenpersoon werd niet betwist dat er geen andere mogelijkheden bestonden

In 3 van de 16 uitspraken werd door de rechter geoordeeld dat wél minder ingrijpende mogelijkheden waren. De volgende omstandigheden waren daarvoor doorslaggevend:

1. BREIN kon nog een andere internetprovider verzoeken tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader
2. BREIN kon nog aangifte bij de politie doen
3. Het slachtoffer kon een bod uitbrengen op de internetadvertentie waarop inbreukmakende goederen werden aangeboden, om zo uiteindelijk in contact te komen de (mogelijke) dader
4. De naam en de geboortedatum van de (mogelijke) dader waren reeds bekend. Op basis van die gegevens kon een deurwaarder worden ingeschakeld om zodoende via hem de identiteit van de (mogelijke) dader te achterhalen

De omstandigheden die aannemelijk maken of er wel of geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat, lopen klaarblijkelijk uiteen en zijn tamelijk casuïstisch. Het is dan ook lastig om te spreken van een spreekwoordelijke rode draad. Niettegenstaande kan worden geconcludeerd dat het van essentieel belang is dat het slachtoffer kan aantonen dat hij, alvorens het starten van de gerechtelijke procedure, al het mogelijke heeft gedaan om zelfstandig de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Overigens is opvallend dat de rechters met betrekking tot het doen van aangifte bij de politie elkaar tegenspreken. In 2 uitspraken werd namelijk door de rechters aangevoerd dat het strafrechtelijke traject geen oplossing biedt, terwijl in 1 andere uitspraak door de rechter werd aangevoerd dat het slachtoffer nog aangifte bij de politie kon doen.

In 6 van de 16 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Het belang van het slachtoffer prevaleert

Met betrekking tot de topic ‘het belang van het slachtoffer prevaleert’ kan worden gesteld dat in 10 van de 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het belang van het slachtoffer bij afgifte prevaleerde.

In 5 uitspraken was doorslaggevend dat de rechthebbende schade leed en afgifte noodzakelijk was om inbreuk een halt toe te roepen. In 2 uitspraken was doorslaggevend dat er voldoende bewijs was dat afgifte direct naar de dader leidde. In 2 andere uitspraken voerde de rechter aan dat het recht op vrijheid van meningsuiting niet zover gaat dat men vrijuit inbreuk kan maken. In 1 uitspraak was duidelijk dat de (mogelijke) dader doelbewust inbreuk maakte en daarvoor een vergoeding vroeg waardoor hij dus ook financieel profiteerde van de inbreuk.

Opvallend is dat in 1 van de 16 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het belang van het slachtoffer niet prevaleerde. In deze zaak was, in tegenstelling tot alle andere zaken, de tussenpersoon een bank. Zoals onderstaand citaat weergeeft, wordt de rechtsplicht tot afgifte voor banken niet snel proportioneel en subsidiair beoordeeld:

“*ING Bank heeft zich tot slot voorshands terecht beroepen op de bijzondere positie die banken innemen in het juridisch en financieel verkeer. Hierbij is sterk de nadruk gelegd op het vertrouwen dat cliënten moeten kunnen genieten in hun banken. Dit vertrouwen dient onder meer in te houden dat persoonsgegevens van cliënten slechts in zeer uitzonderlijke situaties aan derden mogen worden verstrekt.*”[[61]](#footnote-61)

In 5 van de 16 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Bijzondere gevallen

Er zijn 2 noemenswaardige zaken waarbij de vordering van het slachtoffer niet op grond van die vierstappentoets, maar op grond van een andere reden was afgewezen.

In 1 uitspraak werd de vordering van BREIN afgewezen omdat BREIN een Amerikaans onderzoeksbureau had ingeschakeld, welke op de computer van de (mogelijke) dader bestanden had bekeken die een persoonlijk karakter hadden. Volgens de rechter was dit niet juist omdat naar Nederlandse maatstaven persoonsgegevens in Amerika onvoldoende beschermd worden. Derhalve had BREIN volgens de rechter ironisch genoeg zelf onrechtmatig gehandeld jegens de (mogelijke) dader.[[62]](#footnote-62) In 1 andere uitspraak werd de vordering afgewezen omdat het slachtoffer een beslagprocedure aanhangig had gemaakt. Zoals onderstaand citaat weergeeft, moet de tussenpersoon de mogelijkheid krijgen om zich te verdedigen:

“*Uit het hiervoor geschetste systeem van wettelijke bepalingen, met name art. 28 lid 9 Aw 1912, volgt dat ten opzichte van deze derden een bevel dient te worden gevraagd om de benodigde gegevens te verstrekken. Dat dient te geschieden in een procedure op tegenspraak, opdat deze derden in de gelegenheid zijn hun belangen, met name de eerbiediging van het privéleven van hen en hun klanten, en de bescherming van persoonsgegeven, aan de orde te stellen en te verdedigen. Zonder dat zij worden gehoord is niet goed te beoordelen in hoeverre toewijzing van het gevraagde zal leiden tot inbreuken op deze rechten.*”[[63]](#footnote-63)

* 1. **Smaad en laster**

Door de opkomst van onder meer internetforums en socialmediaplatforms is het tegenwoordig tamelijk eenvoudig om anoniem iemand moedwillig zwart te maken (smaad) en/of iemand te beschuldigen van een onwaar feit (laster). Een chronologisch overzicht van de geanalyseerde uitspraken is in bijlage 3 van dit rapport opgenomen.[[64]](#footnote-64)

Een voorbeeldzaak ten aanzien van smaad en laster is de zaak tussen een kinderdagverblijf en internetgigant Google.[[65]](#footnote-65) Via de Google-recensietool van kaartendienst Google Maps werden door nep-accounts valse recensies geschreven over het kinderdagverblijf. Hierdoor liep het kinderdagverblijf potentiële klanten mis. Het kinderdagverblijf vorderde dan ook verwijdering van de nep-accounts, alsmede afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres achter de nep-accounts. De rechter beoordeelde het geding aan de hand van de vierstappentoets en wees de vordering van het kinderdagverblijf toe.

* + 1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk

Ten aanzien van de topic ‘de informatie is onrechtmatig en schadelijk’ kan worden gesteld dat in 6 van 11 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen jegens het slachtoffer en dat hij hierdoor schade leed. Voornamelijk werd geprocedeerd over beschuldigingen van oplichting en het plegen van zware delicten. In een enkele geval over het krijgen van slechte recensies en het verspreiden van vertrouwelijke informatie.

In 2 uitspraken waarin het slachtoffer op een internetforum werd beschuldigd van oplichting, was doorslaggevend dat de uitlatingen ongespecificeerd en niet onderbouwd waren. In 2 andere uitspraken werden de persoonsgegevens van het slachtoffer op het internet verspreid door de (mogelijke) dader. Zoals onderstaand citaat weergeeft, moet het plaatsen van dergelijke informatie als onrechtmatig en schadelijk worden beschouwd:

“*Vaststaat dat op Facebookgroep 1 staat vermeld dat [website 1] een malafide site is en dat [eiser] de eigenaar van deze site is. Daarbij staan de adresgegevens en het mobiele telefoonnummer van [eiser] vermeld en gegevens over de auto waarin hij rijdt met de oproep aan personen die nog iets te vorderen hebben van [eiser] om bij hem langs te gaan. Tenslotte wordt in deze Facebookgroep vermeld dat [eiser] op naam van zijn vriendin een cadeauwinkel in het centrum van [plaats] is gestart. De voorzieningenrechter acht het voldoende aannemelijk dat het plaatsen van deze specifieke informatie (zeker in combinatie met de oproep om bij hem langs te gaan) jegens [eiser] als onrechtmatig en schadelijk moet worden beschouwd.*”[[66]](#footnote-66)

In 1 uitspraak was doorslaggevend dat van het slachtoffer vertrouwelijke informatie met betrekking tot zijn onderneming door de (mogelijke) dader overhandigd was aan derden. Tot slot ging de rechter in 1 uitspraak in op slechte recensies. Volgens de rechter was in deze zaak aannemelijk dat de recensies waren geschreven door een aantal nep-accounts waarbij constant gebruik werd gemaakt van valse portretfoto's. De slechte recensies waren daardoor onrechtmatig.

In 4 van de 11 uitspraken werd door de rechter geoordeeld dat er géén sprake was van onrechtmatig handelen jegens het slachtoffer. In 2 andere uitspraken was slechts sprake van een samenvatting van en een reactie op een strafrechtelijk vonnis. In 1 uitspraak was het argument van de rechter dat de gewraakte uitlating niet bepaald zodanig expliciet en scherp was dat er een overduidelijk belang was om de onderste steen boven te kregen. De uitlating betrof slechts een vermeende onterechte declaratie van € 3.000 aan een vereniging van eigenaren. Interessant is dat in 1 uitspraak de rechter inging op de grenzen binnen een internetforum. Zoals onderstaand citaat weergeeft, moeten uitlatingen die midden in een verhitte discussie worden gedaan niet al te letterlijk worden genomen:

“*Aan Proximedia moet worden toegegeven dat de termen ‘oplichters’, ‘boevenbende’ en/of ‘bandieten’ zware termen zijn die een ernstige beschuldiging inhouden (…). Daaruit blijkt dat de desbetreffende termen zijn gehanteerd door mensen die zich ernstig gedupeerd voelen, in het vuur van de discussie. Onder die omstandigheden moet het bezigen van dergelijke termen anders worden beoordeeld dan bijvoorbeeld in een journalistiek artikel, een juridische context of een consumentenonderzoek. De gehanteerde termen moeten in dit geval niet al te letterlijk worden genomen. Voorshands kan het gebruik van die termen in een context als de onderhavige niet als onrechtmatig worden aangemerkt.*”[[67]](#footnote-67)

In 1 van de 11 uitspraken werd deze stap niet door de rechter expliciet benoemd.

* + 1. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte

Aangaande de topic ‘het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte’ kan worden gesteld dat in 5 van de 11 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het slachtoffer een reëel belang had bij afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader.

In 2 uitspraken was doorslaggevend dat de gewraakte uitlatingen nog publiekelijk toegankelijk waren en nog niet waren verwijderd van het internet. In 1 uitspraak was de gewraakte uitlating weliswaar verwijderd, maar had de (mogelijke) dader aangekondigd dat hij de uitlating opnieuw op het internet zou gaan plaatsen. In 1 andere uitspraak was het argument van de rechter dat door de naam van website waarop de gewraakte uitlating is gedaan, namelijk op www.internetoplichting.nl, met zich meebrengt dat het alleen al genoemd worden op deze website tot grote reputatieschade kan leiden. Tot slot werd in 1 uitspraak door de rechter aangevoerd dat de tussenpersoon het enige aanknopingspunt is om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader is te achterhalen. Dit argument zijn we ook een aantal keer bij het intellectueel eigendomsrecht tegengekomen.

Opvallend is dat in 1 van 11 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het slachtoffer géén reëel belang bij afgifte had. Zoals onderstaand citaat weergeeft, vond de rechter het van belang dat de gewraakte uitlating slechts één keer was geuit en er geen vrees was voor herhaling.

“*Verder neemt de rechtbank in aanmerking dat niet in geschil is dat de uitlatingen slechts één keer zijn gedaan en zeer spoedig van de website zijn verwijderd, en in die zin een slechts incidenteel karakter hebben gehad. Er is geen concrete aanleiding gesteld of gebleken voor vrees dat de uitlatingen worden herhaald, zodat slechts een gering reëel en concreet belang bestaat bij verkrijging van de persoonsgegevens.*”[[68]](#footnote-68)

In 5 van de 11 uitspraken werd deze stap niet door de rechter expliciet benoemd.

* + 1. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden

Wat betreft de topic ‘er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden’ kan worden gesteld dat in slechts 4 van de 11 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestond om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Er zijn een aantal omstandigheden die volgens de rechter dat aannemelijk maakten:

1. Het slachtoffer had per e-mail getracht om in contact te komen met de (mogelijke) dader, maar op de e-mails van het slachtoffer werd niet gereageerd
2. Het slachtoffer had van andere tussenpersonen informatie gekregen, maar dit leidde uiteindelijk tot niets
3. Het slachtoffer had van de gewraakte uitlating melding gemaakt bij de tussenpersoon, maar die wilde enkel in een gerechtelijke procedure overgaan tot afgifte

Net als bij het intellectueel eigendomsrecht lopen de omstandigheden die aannemelijk maken of er wel of geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat uiteen en zijn deze tamelijk casuïstiek. Wat wel opvalt, is dat we in deze categorie ook weer zien dat de rechter het van belang vond dat het slachtoffer getracht heeft om in contact te komen met de (mogelijke) dader. Als we deze categorie vanuit een breder perspectief bekijken, kunnen we dus wel spreken van een spreekwoordelijke rode draad. Ook opvallend is dat in deze categorie wederom het doen van aangifte bij de politie als doorslaggevende omstandigheid wordt benoemd. Hier is dus ook sprake van een spreekwoordelijke rode draad.

In 7 van de 11 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Het belang van het slachtoffer prevaleert

Met betrekking tot de topic ‘het belang van het slachtoffer prevaleert’ kan worden gesteld dat in 6 van de 11 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het belang van het slachtoffer bij afgifte prevaleert. In 4 uitspraken was doorslaggevend dat het slachtoffer schade lijdt en afgifte noodzakelijk was om tegen de (mogelijke) dader te kunnen optreden. Dit argument zijn we ook een aantal keren tegengekomen bij het intellectueel eigendomsrecht. In 1 uitspraak werd door de rechter ingegaan op het recht op privacy. De rechter was van oordeel dat het recht op privacy niet zover gaat dat men vrijuit onrechtmatige uitlatingen op het internet mag plaatsen. Tot slot was in 1 andere uitspraak doorslaggevend dat de gewraakte uitlating zodanig ernstig was dat het een zwaarwegend belang opleverde. In deze zaak ging het om het verspreiden van vertrouwelijke informatie met betrekking tot de onderneming van het slachtoffer.

In 1 van de 11 uitspraken werd door de rechter geoordeeld dat het belang van het slachtoffer niet prevaleerde. De gewraakte uitlating betrof een vermeende onterechte declaratie van € 3.000 aan een vereniging van eigenaren. Zoals onderstaand citaat weergeeft, is een dergelijke beschuldiging niet ernstig genoeg:

“*Een dergelijke beschuldiging is naar het oordeel van de rechtbank niet een zodanig ernstige en specifieke beschuldiging dat er een overduidelijk belang is om 'de onderste steen boven te krijgen' en/of om op de beschuldiging met (gerechtelijke) maatregelen te reageren.*”[[69]](#footnote-69)

In 4 van de 11 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Bijzondere gevallen

Er is 1 noemenswaardige zaak waarbij de vordering van het slachtoffer niet op grond van de vierstappentoets, maar op grond van een andere reden was afgewezen. In deze zaak werd de vierstappentoets wel genoemd, maar kwam de rechter niet aan de beoordeling daarvan toe. De partijen die in deze tegenover elkaar stonden waren een bouwbedrijf en internetprovider Ziggo.[[70]](#footnote-70) Het bouwbedrijf stelde het slachtoffer te zijn van een lastercampagne doordat er reviews met onwaarheden werden geplaatst op het internet. Deze stelling had zij echter onvoldoende aannemelijk gemaakt. De inhoud van de gewraakte reviews waren niet overgelegd en kon het bouwbedrijf ook niet reproduceren. De rechter kon hierdoor niet vaststellen of zij onrechtmatig jegens het bouwbedrijf waren. De vordering werd dus door het gebrek aan bewijs afgewezen.

* 1. **Persoonlijke levenssfeer**

De persoonlijke levenssfeer is de laatste en ook kleinste categorie. In deze categorie zijn immers slechts 3 uitspraken gevonden, waarvan 2 betrekking hebben op de zaak van Chantal uit Werkendam tegen Facebook en ROC West-Brabant, zoals reeds omschreven in paragraaf 1.1. Gezien het aantal uitspraken is het dus lastig om te kunnen spreken van een spreekwoordelijke rode draad. Een chronologisch overzicht van de geanalyseerde uitspraken is in bijlage 4 van dit rapport opgenomen.[[71]](#footnote-71)

* + 1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk

Voor wat betreft de topic ‘de informatie is onrechtmatig en schadelijk’ kan worden gesteld dat in 2 van de 3 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen jegens het slachtoffer en dat hij hierdoor schade leed. In beide uitspraken werd door de rechter benoemd dat het slachtoffer minderjarig was. Ook werd benoemd dat door de tussenpersoon niet was betwist dat het openbaar maken van het gewraakte beeldmateriaal jegens het slachtoffer onrechtmatig was. Helaas ging de rechter in beide zaken niet verder in op de onrechtmatigheid van het gewraakte beeldmateriaal.

In 1 van de 3 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte

Ten aanzien van de topic ‘het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte’ kan worden gesteld dat in alle 3 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het slachtoffer een reëel belang had bij afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader.

In 1 uitspraak was het argument van de rechter dat de tussenpersoon voor het slachtoffer het enige aanknopingspunt is om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Dit argument zijn wij al een aantal keren tegengekomen bij de twee andere categorieën. Het argument van de rechter in de 2 andere uitspraken sluit hierop aan. De rechter voerde aan dat het slachtoffer recht heeft op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en, indien daarop inbreuk wordt gemaakt, hij het recht heeft om de dientengevolge schade op de (mogelijke) dader te verhalen.

* + 1. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden

Aangaande de topic ‘er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden’ kan worden gesteld dat in 1 van de 3 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestond om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Helaas werd dit in deze uitspraak niet door de rechter beargumenteerd. De rechter gaf enkel aan dat de stelling van het slachtoffer niet door de tussenpersoon was betwist.

In 1 van 3 de uitspraken werd door de rechter geoordeeld dat er wél een minder ingrijpende mogelijkheid bestond om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. De argumenten van de rechter waren dat er nog een strafrechtelijk onderzoek liep naar de (mogelijke) dader en een mogelijk getuigenverhoor door het slachtoffer onbenut gelaten was. Dit geeft wederom aan hoe belangrijk het is dat het in rechte betrekken van de tussenpersoon écht het laatste redmiddel moet zijn om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen.

In 1 van de 3 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* + 1. Het belang van het slachtoffer prevaleert

Betreffende de topic ‘het belang van het slachtoffer prevaleert’ kan worden gesteld dat in 1 van de 3 uitspraken door de rechter werd geoordeeld dat het belang van het slachtoffer bij afgifte prevaleerde. Doorslaggevend was dat het slachtoffer simpelweg moet kunnen optreden tegen onrechtmatig handelen. Zoals onderstaand citaat weergeeft, zou het slachtoffer anders ‘vogelvrij’ zijn voor dit soort acties:

“*Een dergelijke afweging leidt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat het belang van eiseres in dit geval het zwaarste behoort te wegen, aangezien de minderjarige anders ‘vogelvrij’ zou zijn voor dit soort acties van anonieme personen.*”[[72]](#footnote-72)

Opvallend is dat in 1 van de 3 uitspraken werd door de rechter werd geoordeeld dat het belang van het slachtoffer niet prevaleerde. Deze uitspraak betreft de zaak van Chantal uit Werkendam tegen ROC West-Brabant.[[73]](#footnote-73) In deze zaak was het recht op privacy van niet één persoon, maar duizenden mensen in het geding. Voor afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) was namelijk een onderzoek vereist naar de inloggegevens van de duizenden leerlingen en medewerkers van ROC West-Brabant. De omstandigheid dat Chantal en de onderzoekdeskundigen bereid waren een verregaande geheimhouding overeen te komen deed daar niet aan af.

In 1 van de 3 uitspraken werd deze stap door de rechter niet expliciet benoemd.

* 1. **Conclusie**

In totaal zijn er 30 uitspraken geanalyseerd aan de hand van een viertal topics, welke zijn gebaseerd op de vierstappentoets van het Lycos/Pessers-arrest. De meeste uitspraken betreft een kortgedingprocedure. In een kleine meerderheid van de uitspraken werd de rechtsplicht tot afgifte door de rechter proportioneel en subsidiair beoordeeld. In het navolgende worden per stap de belangrijkste punten uiteengezet.

* + 1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk

Uit de analyse blijkt dat de eerste stap de basisvoorwaarde is voor de rechtsplicht tot afgifte. Deze stap moet dus altijd slagen. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht slaagde deze stap bijna altijd, indien zonder toestemming van de rechthebbende het beschermde werk of goed via het internet ter beschikking werd gesteld. Inbreuk moet echter wel doelbewust zijn gefaciliteerd en aangemoedigd. Ten aanzien van smaad en laster slaagde deze stap in iets minder dan de helft van de uitspraken. Doorslaggevend was de feitelijke juistheid en onderbouwing van de gewraakte uitlating. Echter, indien de uitlating midden in een verhitte discussie wordt gedaan, moet deze minder letterlijk worden genomen. Ten aanzien van de persoonlijke levenssfeer speelt bij de openbaarmaking van pornografisch beeldmateriaal de minderjarigheid van het slachtoffer een belangrijke rol.

* + 1. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte

Opmerkelijk is dat de tweede stap niet in alle uitspraken door de rechter werd benoemd, maar desondanks de rechtsplicht uiteindelijk wel proportioneel en subsidiair werd beoordeeld. Dit heeft te maken met het feit dat deze stap in het verlengde ligt van de eerste. Uit de analyse blijkt namelijk dat het reële belang van het slachtoffer met name voortvloeit uit het feit dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd en dat hij moet kunnen vaststellen wie de (mogelijke) dader is zodat hij hem in rechte kan betrekken. De tussenpersoon is doorgaans het enige aanknopingspunt om de identiteit van de (mogelijke) dader te achterhalen. Ten aanzien van smaad en laster is aanvullend van belang of de gewraakte uitlating een incidenteel karakter heeft en inmiddels van het internet verwijderd is. In dat geval heeft het slachtoffer géén reëel belang bij afgifte.

* + 1. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden

Uit de analyse kan worden geconcludeerd dat deze stap voornamelijk ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht en de persoonlijke levenssfeer een struikelblok is. Het in rechte betrekken van de tussenpersoon moet écht het laatste redmiddel zijn om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Voor het slachtoffer is ieder geval van belang dat hij van de onrechtmatige daad melding maakt bij de tussenpersoon, zelfstandig tracht in contact te komen met de (mogelijke) dader, andere partijen die mogelijk ook over de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) beschikken contacteert, aangifte bij de politie doet en, indien mogelijk, op basis van een naam en geboortedatum een deurwaarder inschakelt om zodoende via hem de identiteit van de (mogelijke) dader te achterhalen. Deze stap vereist dus de nodige, en ten opzichte van de andere stappen, de meeste inzet van het slachtoffer, welke hij in een gerechtelijke procedure ook zal moeten kunnen aantonen.

* + 1. Het belang van het slachtoffer prevaleert

De vierde en ook laatste stap is de belangenafweging die de rechter moet maken. Met name is doorslaggevend dat het slachtoffer schade lijdt en afgifte noodzakelijk is om tegen de (mogelijke) dader te kunnen optreden. De schade zal dus moeten worden aangetoond. Wanneer de tussenpersoon daarentegen een bank is, zal deze stap niet snel slagen. Banken nemen zowel in het juridisch als financieel verkeer in bijzondere positie in. Daarnaast zal de belangenafweging eerder in het voordeel van de tussenpersoon vallen wanneer het recht op privacy van niet een paar, maar van een groot aantal personen door afgifte zal worden geschaad. In dat geval prevaleert het algemene belang boven het individuele belang. Waar precies de grens ligt, is op dit moment nog onduidelijk.

1. **Conclusies** 
   1. **Inleiding**

In dit hoofdstuk komen de conclusies aan bod. De conclusies zijn getrokken op basis van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek. Ter beantwoording van de centrale vraag, zijn in voorgaande hoofdstukken de daartoe geformuleerde deelvragen reeds beantwoord. Ten overvloede, de centrale vraag luidt als volgt:

*Welk advies kan Haagrecht Advocaten op basis van wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek haar cliënten geven ten aanzien van zaken waarbij cliënt het slachtoffer is van een anonieme onrechtmatige daad via het internet, en de tussenpersoon weigert de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te verstrekken?*

* 1. **Wet- en regelgeving**

Uit wetsanalyse en literatuuronderzoek blijkt dat zowel de huidige als toekomstige wet- en regelgeving niet voorziet in een specifieke regeling op basis waarvan tussenpersonen tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader kunnen worden veroordeeld.

Wanneer het slachtoffer de tussenpersoon verzoekt tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader, wordt de tussenpersoon opgezadeld met de lastige en tijdrovende taak om een belangenafweging te maken en deze te verdedigen zonder voldoende kennis van feiten. Daarnaast heeft de tussenpersoon doorgaans een contractuele relatie met de (mogelijke) dader, en heeft hij daardoor geen commercieel belang bij afgifte, integendeel. Het recht op privacy van de (mogelijke) dader is dan ook een veelgenoemde drogreden voor weigering. Door de weigering van de tussenpersoon is het slachtoffer genoodzaakt om een gerechtelijke procedure te starten teneinde de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader in rechte af te dwingen.

De toekomstige wet- en regelgeving, namelijk de AVG, lijkt het voor het slachtoffer alleen maar moeilijker te maken om deze gegevens op te eisen. De (mogelijke) dader krijgt namelijk het recht van bezwaar tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens, dus ook tegen de afgifte daarvan. Het is echter onduidelijk hoe de bezwaarprocedure eruitziet omdat deze in de AVG niet nader is uitgewerkt. Dit zal uit de praktijk moeten blijken. De AVG zal juristen de komende jaren in ieder geval nog flink bezighouden. De AVG is tamelijk onduidelijk en laat namelijk op belangrijke punten ruimte voor de nationale wetgevers. In het licht van de AVG, zal het slachtoffer ook in de toekomst genoodzaakt blijven om een gerechtelijke procedure te starten om anonimiteit van de (mogelijke) dader te doorbreken.

In een gerechtelijke procedure zal de rechter de vraag of de rechtsplicht proportioneel en subsidiair is, moeten beoordelen aan de hand van de in het Lycos/Pessers-arrest geformuleerde toetsingskader. Dit toetsingskader betreft een vierstappentoets waarin bepaalde omstandigheden zijn genoemd die leiden tot de rechtsplicht tot afgifte van de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader voor de tussenpersoon die hierover beschikt.

* 1. **Rechtspraktijk**

Daar zowel de huidige als toekomstige wet- en regelgeving voor het slachtoffer geen soelaas biedt, luidt het advies aan Haagrecht Advocaten haar cliënten te adviseren om de tussenpersoon in rechte te betrekken om zodoende de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader in een gerechtelijke procedure af te dwingen. Dit advies vindt ondersteuning in de resultaten van het jurisprudentieonderzoek.

Voor het jurisprudentieonderzoek zijn in totaal 30 relevante uitspraken geanalyseerd. De meeste uitspraken betreft een kortgedingprocedure. De rechtsplicht tot afgifte is in 18 van 30 uitspraken door de rechter proportioneel en subsidiair beoordeeld, en in 12 van de 30 uitspraken niet. Een kleine meerderheid dus. Ten aanzien van het soort tussenpersoon zijn er geen verschillen in de beoordeling geconstateerd. Bij de analyse van de uitspraken zijn een viertal topics gebruikt. De topics zijn gebaseerd op de vierstappentoets van het Lycos/Pessers-arrest. Elke topic omvat een kernachtige omschrijving van de betreffende stap. In het navolgende zal per stap een toelichting worden gegeven op de belangrijkste aandachtspunten waarmee Haagrecht Advocaten in zowel lopende als toekomstige zaken rekening mee moet houden.

* + 1. De informatie is onrechtmatig en schadelijk

De eerste stap is de basisvoorwaarde voor de rechtsplicht. Deze stap moet dus altijd slagen. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht slaagt deze stap bijna altijd. Simpelweg vanwege het feit dat zonder toestemming van de rechthebbende het beschermde werk en/of goed via het internet ter beschikking wordt gesteld. Daarentegen moet inbreuk door de (mogelijke) dader wel doelbewust gefaciliteerd en aangemoedigd worden. Hierop moet Haagrecht Advocaten dus goed op letten. Voor de categorie smaad en laster is deze stap de belangrijkste. De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van de gewraakte uitlating op basis van de feitelijke juistheid en onderbouwing. Indien de uitlating midden in een verhitte discussie wordt gedaan, zal deze minder letterlijk moeten worden genomen. Bij de inschatting op de kans van slagen, moet Haagrecht Advocaten hiermee dus rekening houden. Aangaande de persoonlijke levenssfeer is bij de openbaarmaking van pornografisch beeldmateriaal de minderjarigheid van het slachtoffer van belang.

* + 1. Het slachtoffer heeft een reëel belang bij afgifte

De tweede stap wordt niet in alle uitspraken benoemd, maar desondanks kan rechtsplicht wel proportioneel en subsidiair worden beoordeeld. Deze stap ligt namelijk in het verlengde van de eerste stap. Het reële belang van het slachtoffer vloeit voort uit het feit dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld en dat hij moet kunnen vaststellen wie de (mogelijke) dader is zodat hij hem in rechte kan betrekken. Wat betreft smaad en laster is aanvullend van belang dat de gewraakte uitlating niet slechts één keer is gedaan en/of inmiddels van het internet is verwijderd. Haagrecht Advocaten moet dus bekijken of de gewraakte uitlating een incidenteel karakter heeft. In dat geval heeft het slachtoffer géén reëel belang bij afgifte en wordt de rechtsplicht niet proportioneel en subsidiair beoordeeld.

* + 1. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden

De derde stap vraagt ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht en de persoonlijke levenssfeer de meeste aandacht. Het slachtoffer moet namelijk kunnen aantonen dat het in rechte betrekken van de tussenpersoon het laatste redmiddel is om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. Voor het slachtoffer is ieder geval van belang dat hij van de onrechtmatige daad melding maakt bij de tussenpersoon, zelfstandig tracht in contact te komen met de (mogelijke) dader, andere partijen die mogelijk ook over de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) beschikken contacteert, aangifte bij de politie doet en, indien mogelijk, op basis van een naam en geboortedatum een deurwaarder inschakelt om zodoende via hem de identiteit van de (mogelijke) dader te achterhalen. Haagrecht Advocaten zal met haar cliënten dus moeten nagaan of deze stappen zijn doorlopen alvorens een gerechtelijke procedure wordt gestart.

* + 1. Het belang van het slachtoffer prevaleert

De vierde en ook laatste stap is de belangenafweging die de rechter moet maken. Dat het slachtoffer schade lijdt en afgifte noodzakelijk is om tegen de (mogelijke) dader te kunnen optreden, legt in veel gevallen al voldoende gewicht in de schaal. Haagrecht Advocaten zal samen met haar cliënten dus de nodige bewijzen moeten vergaren om de schade te kunnen aantonen. Wanneer de tussenpersoon een bank is, wordt het een lastiger. Banken nemen zowel in het juridisch als financieel verkeer in bijzondere positie in. De rechtsplicht zal derhalve ten aanzien van banken niet snel worden opgelegd. Ook dient te worden gekeken naar het aantal personen waarvan het recht op privacy in het geding is. Ingeval het recht op privacy van niet een paar, maar van een groot aantal personen door afgifte zullen worden geschaad, zal de rechtsplicht niet snel proportioneel en subsidiair worden beoordeeld. Waar precies de grens ligt, is op dit moment nog onduidelijk. Er is dus nog sprake van een groot spreekwoordelijk grijs gebied.

1. **Aanbevelingen** 
   1. **Inleiding**

In dit hoofdstuk komen de aanbevelingen aan opdrachtgever Haagrecht Advocaten aan bod. De aanbevelingen zijn tot stand gekomen op basis van de conclusies van dit onderzoek.

* 1. **Aanbeveling 1**

Uit het jurisprudentieonderzoek komt naar voren dat ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht en de persoonlijke levenssfeer de derde stap van de vierstappentoets het grootste struikelblok is. De derde stap betreft de vraag of er een minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader te achterhalen. In de jurisprudentie zijn hiervoor een aantal aanknopingspunten gevonden. Wat mij persoonlijk is opgevallen, is dat in 1 uitspraak door het slachtoffer een Amerikaans onderzoeksbureau werd ingeschakeld om zodoende de identiteit van de (mogelijke) dader te achterhalen. Deze aanpak werd door de rechter echter afgekeurd omdat naar Nederlandse maatstaven persoonsgegevens in Amerika onvoldoende beschermd worden. Mijn aanbeveling aan Haagrecht Advocaten is om te kijken naar de mogelijkheden tot samenwerking met ICT-onderzoeksbureaus die wel naar Nederlandse maatstaven van de bescherming van persoonsgegevens opereren. Via hen kunnen namelijk ook de NAW-gegevens en het IP-adres van de (mogelijke) dader worden getraceerd. Indien dit goed uitpakt, scheelt dat een kostbare en tijdrovende gerechtelijke procedure met de tussenpersoon.

* 1. **Aanbeveling 2**

De tweede aanbeveling geldt ten aanzien van smaad en laster. In deze categorie is de eerste stap van de vierstappentoets het grootste struikelblok. Het slachtoffer moet namelijk kunnen onderbouwen dat de gewraakte uitlating onrechtmatig is. De grens tussen meningen en feiten is vaak lastig aan te geven. Bepalen of er sprake is van smaad en laster kan alleen door middel van een afweging van alle gegeven omstandigheden. Op basis van de resultaten van dit rapport is het lastig om hierover een goede aanbeveling te doen. Er zijn te weinig aanknopingspunten. Mijn aanbeveling aan Haagrecht Advocaten is dan ook om hierover een apart onderzoek te laten verrichten. Dit zou een mooie aanvulling zijn op dit onderzoeksrapport.

**Bronnenlijst**

**Literatuur**

1. **Alkema & Gielen 2014**

A.C.M. Alkema & Ch. Gielen, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer, 2014.

1. **Chavannes, *NJB* 2007/1529**

R.D. Chavannes, ‘Effectief procederen tegen anonieme internetgebruikers’, *NJB* 2007/1529, afl. 29.

1. **Chavannes, Verhulst & Strijbos, *NJB* 2016/1822**

R.D Chavannes, D. Verhulst & A. Strijbos, ‘Kroniek technologie en recht 2015-2016’ *NJB* 2016/1822, afl. 35.

1. **Berkvens, Den Dekker, Van der Linden-Smith & Prins 2014**

J.M.A. Berkvens, D.F.P. den Dekker, M. van der Linden-Smith & J.E.J. Prins, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2014.

1. **Van der Eijk & Koelman 2014**

B.D.P. van der Eijk & K.J. Koelman, *Intellectuele eigendom en ICT*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

1. **Gellaerts & Jobse 2016**

S.L. Gellaerts & C.M. Jobse, *Inleiding ICT en recht*, Deventer: Kluwer 2016.

1. **Hugenholtz/Heemskerk 2015**

W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015.

1. **Kingma, *P&I* 2012**

S.H. Kingma, ‘De botsing tussen IE-en privacyrechten’, *P&I* 2012, afl. 4, pag. 171-177.

1. **Van der Kooij 2014**

P.A.C.E. van der Kooij, *Intellectuele eigendom*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

1. **Van Perzië 2008**

M. van Perzië, *ICT en Recht*, Deventer: Kluwer 2008.

1. **Tjong Tjin Tai & Boesten, *NJB* 2016/496**

E. Tjong Tjin Tai & S. Boesten, ‘Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto’s en andere zelfbesturende objecten’, *NJB* 2016/496, afl. 10, pag. 656-664.

1. **Verheugt 2013**

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

1. **De Vey Mestdagh & Dijkstra 2008**

C.N.J. de Vey Mestdagh & J.J. Dijkstra, *ICT-recht voor praktijk*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2008.

**Online**

1. **Algemene verordening gegevensbescherming 2017**

www.autoriteitpersoonsgegevens.nl, (zoekterm: Algemene verordening gegevensbescherming). AP 2017.

1. **Beginnershandleiding Usenet**

www.usenetvergelijker.nl (zoekterm: Beginnershandleiding Usenet). Usenetvergelijker 2017.

1. **From garage tot the Googleplex 2017**

www.google.nl (zoekterm: From garage tot the Googleplex). Google 2017.

1. **Mobiel online vooral met de smartphone 2013**

www.cbs.nl (zoekterm: Mobiel online vooral met de smartphone), CBS 2013.

1. **Privacy: de Algemene Verordening Gegevensbescherming 2017**

www.europadecentraal.nl (zoekterm: Privacy: de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Europa decentraal 2017.

1. **Twintig jaar internet in Europa 2008**

www.cwi.nl, (zoekterm: Twintig jaar internet in Europa). CWI 2008.

1. **Wat is BREIN 2017**

www.stichtingbrein.nl (zoekterm: Wat is Brein). BREIN 2017.

**Wet- en regelgeving**

1. Algemene Verordening Gegevensbescherming
2. Auteurswet
3. Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom
4. Burgerlijk Wetboek
5. Databeschermingsrichtlijn
6. Grondwet
7. Wet bescherming persoonsgegevens
8. Wetboek van Strafrecht

**Parlementaire stukken**

1. Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, pag. 80.
2. Kamerstukken II, 2005/06, 30 392, nr. 6, pag. 2-3

**Jurisprudentie[[74]](#footnote-74)**

1. Hof van Justitie 29 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:54
2. Hof van Justitie 19 april 2012, ECLI:EU:C:2012:219
3. Hoge Raad 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019

1. www.cwi.nl, zoek op: ‘Twintig jaar internet in Europa’. [↑](#footnote-ref-1)
2. www.cbs.nl, zoek op: ‘Mobiel online vooral met de smartphone’. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tjong Tjin Tai & Boesten, *NJB* 2016/496, pag. 656-664. [↑](#footnote-ref-4)
5. Rb. Amsterdam 25 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3984. [↑](#footnote-ref-5)
6. Rb. Zeeland-West-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5832. [↑](#footnote-ref-6)
7. Rb. Amsterdam 29 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:987. [↑](#footnote-ref-7)
8. Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8974. [↑](#footnote-ref-8)
9. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 261. [↑](#footnote-ref-9)
10. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 262. [↑](#footnote-ref-10)
11. Gellaerts & Jobse, 2016, pag. 224. [↑](#footnote-ref-11)
12. Bijlage 1: Jurisprudentieoverzicht. [↑](#footnote-ref-12)
13. Verheugt, 2013, pag. 195. [↑](#footnote-ref-13)
14. Van der Kooij, 2014, pag. 11. [↑](#footnote-ref-14)
15. Van der Kooij, 2014, pag. 20. [↑](#footnote-ref-15)
16. Alkema, 2014, pag. 541 (auteursrecht) en Gielen, 2014, pag. 332 (merkenrecht). [↑](#footnote-ref-16)
17. Dijkstra, 2008, pag. 136. [↑](#footnote-ref-17)
18. Rb. Amsterdam 29 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:987. [↑](#footnote-ref-18)
19. Van Perzië, 2008, pag. 86. [↑](#footnote-ref-19)
20. Van Perzië, 2008, pag. 87. [↑](#footnote-ref-20)
21. Van der Eijk & Koelman, 2014, pag. 185. [↑](#footnote-ref-21)
22. Van der Eijk & Koelman, 2014, pag. 189. [↑](#footnote-ref-22)
23. Dijkstra, 2008, pag. 136. [↑](#footnote-ref-23)
24. Gellaerts & Jobse, 2016, pag. 203. [↑](#footnote-ref-24)
25. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 272. [↑](#footnote-ref-25)
26. Chavannes, *NJB* 2007/1529, afl. 29. [↑](#footnote-ref-26)
27. Hugenholtz/Heemskerk, 2015, pag. 98. [↑](#footnote-ref-27)
28. Van Perzië, 2008, pag. 86. [↑](#footnote-ref-28)
29. Berkvens & Prins, 2014, pag. 179. [↑](#footnote-ref-29)
30. De Vey Mestdagh, 2008, pag. 23. [↑](#footnote-ref-30)
31. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 269. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, pag. 80. [↑](#footnote-ref-33)
34. Chavannes, *NJB* 2007/1529, afl. 29. [↑](#footnote-ref-34)
35. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 269. [↑](#footnote-ref-35)
36. Van der Kooij, 2014, pag. 25. [↑](#footnote-ref-36)
37. Alkema, 2014, pag. 541. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 6, pag. 2-3. [↑](#footnote-ref-38)
39. Van der Kooij, 2014, pag. 89. [↑](#footnote-ref-39)
40. Gielen, 2014, pag. 332 [↑](#footnote-ref-40)
41. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019. [↑](#footnote-ref-41)
42. Den Dekker & Van der Linden-Smith, 2014, pag. 270. [↑](#footnote-ref-42)
43. HvJ 29 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:54. [↑](#footnote-ref-43)
44. HvJ 19 april 2012, ECLI:EU:C:2012:219. [↑](#footnote-ref-44)
45. Kingma, *P&I 2012*, afl. 4, pag. 171-177. [↑](#footnote-ref-45)
46. Rb. Limburg 24 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9210. [↑](#footnote-ref-46)
47. Berkvens & Prins, 2014, pag. 179. [↑](#footnote-ref-47)
48. www.google.nl, zoek op: ‘From garage tot the Googleplex’. [↑](#footnote-ref-48)
49. www.europadecentraal.nl, zoek op: ‘Privacy: de Algemene Verordening Gegevensbescherming’. [↑](#footnote-ref-49)
50. Verordening (EU) 2016/679, overweging 8, pag. 2 [↑](#footnote-ref-50)
51. Verordening (EU) 2016/679, overweging 6-7, pag. 2. [↑](#footnote-ref-51)
52. Chavannes, Verhulst & Strijbos, *NJB* 2016/1822, afl. 35. [↑](#footnote-ref-52)
53. www.autoriteitpersoonsgegevens.nl, zoek op: ‘Algemene verordening gegevensbescherming’. [↑](#footnote-ref-53)
54. Bijlage 1: Jurisprudentieoverzicht. [↑](#footnote-ref-54)
55. Bijlage 2: Intellectueel eigendomsrecht. [↑](#footnote-ref-55)
56. www.stichtingbrein.nl, zoek op: ‘Wat is Brein’. [↑](#footnote-ref-56)
57. Rb. Oost-Brabant 12 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6846. [↑](#footnote-ref-57)
58. www.usenetvergelijker.nl, zoek op: 'Beginnershandleiding Usenet'. [↑](#footnote-ref-58)
59. Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8974, r.o. 4.15. [↑](#footnote-ref-59)
60. Hof Amsterdam 14 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP7309. [↑](#footnote-ref-60)
61. Rb. Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0350, r.o. 4.6. [↑](#footnote-ref-61)
62. Rb. Utrecht 12 juli 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT9073. [↑](#footnote-ref-62)
63. Rb. Arnhem 03 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC9312, r.o. 2.12. [↑](#footnote-ref-63)
64. Bijlage 3: Smaad en laster. [↑](#footnote-ref-64)
65. Rb. Amsterdam 29 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:987. [↑](#footnote-ref-65)
66. Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5505, r.o. 4.2. [↑](#footnote-ref-66)
67. Rb. Amsterdam 10 september 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7440, r.o. 4.7. [↑](#footnote-ref-67)
68. Rb. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7505, r.o. 3.7.2. [↑](#footnote-ref-68)
69. Rb. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7505, r.o. 3.7.2. [↑](#footnote-ref-69)
70. Rb. Midden-Nederland, 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:348. [↑](#footnote-ref-70)
71. Bijlage 4: Persoonlijke levenssfeer. [↑](#footnote-ref-71)
72. Rb. Noord-Holland 5 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5535, r.o. 4.7. [↑](#footnote-ref-72)
73. Rb. Zeeland-West-Brabant 21 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5832. [↑](#footnote-ref-73)
74. Een overzicht van de 30 geanalyseerde uitspraken van het jurisprudentieonderzoek zijn opgenomen in bijlage 1 van dit onderzoeksrapport. [↑](#footnote-ref-74)