



Commentaar op Lycos/Pessers

Verschenen in *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)* 2006-1, p. 1-3.

J.J.C. Kabel

Niet onmiskenbare onrechtmatigheid en gewone onrechtmatigheid

"HAVE YOU EVER BEEN RIPPED OFF BY PESSERS@HOME.NL ON E-BAY, JOIN OUR QUEST FOR JUSTICE!! HOW DOES HE WORK? YOU BUY A SMALL LOT. WHICH HE SHIPS DIRECTLY. SO HE GAINS YOUR TRUST. YOU FEEL CONFIDENT TO BUY A MORE EXPENSIVE LOT. THAT'S WHEN HE STRIKES. HE WILL KEEP YOUR MONEY AND NO STAMPS FOR YOU. THAT'S NOT ALL. ACCORDING TO SOME OF HIS VICTIMS HE ALSO SENDS FAKES. HAVE YOU BEEN RIPPED OFF AND YOU WANT ALSO TO PUBLISH YOUR STORY? MAIL YOUR STORY TO => STOPTHEFRAUD@HOTMAIL.COM (...)."

Het Hof gaat ervan uit dat deze mededeling, hoewel een ernstige beschuldiging, niet onmiskenbaar onrechtmatig is. Het valt immers niet te beoordelen, of de beschuldiging steun vindt in de feiten en in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de afzender publiekelijk vermeende misstanden aan de kaak stelt. De President ([Vzr Rb. Haarlem 11 september 2003](#), Computerrecht 2003-6, p. 363 e.v.) oordeelde nog dat bij gebrek aan tegenspraak door de provider (Lycos) niet aannemelijk is geworden dat de beschuldigingen juist waren. Wanneer het Hof de mededeling wel als onrechtmatig had bestempeld, waren we van een hoop heisa af geweest. Aan die feitelijke overweging, valt niets meer te doen, maar had het gekund? Ik laat het punt van anonimiteit nu even buiten beschouwing.

Bovenstaande mededeling is gedaan in de commerciële sfeer. Zij is bijna identiek aan de mededelingen die in de zaak Markt intern worden gedaan ([EHRM 20 november 1989](#), NJ 1991, 738); ik citeer:

"Habe beim Cosmetic Club Schönheits-Set bestellt und bezahlt, aber wegen Nichtgefallen zuruck gesandt (...). Bis heute keinen Pfenning wiedergesehen. (...)". Haben Sie ähnliche Erfahrungen mit dem Cosmetic Club gesammelt? Oder sind ihr ähnlichen Fälle bekannt?"

Het staat vanwege de anonimiteit van de afzender niet vast of het gaat om een afzender die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en concurreert met Pessers, dan wel om een niet-commerciële afzender. Aannemelijk is echter dat het om een consument gaat. In het eerste geval is de mededeling zonder meer onrechtmatig, indien zij onjuist is; zelfs als zij juist is, zou zij nog als onrechtmatig kunnen worden beoordeeld. In het tweede geval kan deze mededeling ook als onrechtmatig worden beschouwd, gelet op de Nederlandse rechtspraak m.b.t. de vrijheid van niet-concurrenten om afbrekende opmerkingen te maken over een commercieel aanbod. Ik geef enkele voorbeelden.

Een ontevreden koper klaagt over een gebrek aan de lattenbodem van zijn bed in een door hem aangeschafte caravan. De verkoper verzoekt de caravan voor onderzoek naar Heerhugowaard te brengen. De koper wenst dat de verkoper e.e.a. ter plekke (Joure, Fr.) herstelt. De verkoper weigert dat. De koper plaatst nu een advertentie in het Noordhollands Dagblad:

“OPROEP aan alle bezitters van KNAUSS caravans, b.j. 95, 96, 97. Betreft fabrieksfout types (...) (meer types dan dat van koper, toev. K.). Verzoeken deze te controleren op constructiefout aan de lattenbodem van de zgn. lits jumeaux en bel (nummer koper, toev. K.).”

Omdat de koper de verkoper niet in staat heeft gesteld om de klacht te onderzoeken, wordt de advertentie vooralsnog onjuist geacht en geoordeeld dat de adverteerder de naam en de producten van Knauss in diskrediet heeft gebracht zonder dat hij zijn idee dat sprake was van een constructiefout op feiten kon baseren (Pres. Rb. Leeuwarden 10 november 1997, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1998, 3, p. 244-246). De laatste overweging is in dit geval uiteraard zonder meer van toepassing; het gebrek aan wederhoor leidt er in dit geval toe, dat de kritische mededeling over een product of dienst als onjuist en daarom als onrechtmatig wordt beschouwd. En wat mogelijke schade als gevolg van onjuiste mededelingen betreft: in ENRA/ TROS verbod de President een tv-uitzending over het afslankmiddel Limiet 65, omdat de schade voor ENRA onevenredig zou zijn, indien zou blijken dat van onjuiste feiten of veronderstellingen zou zijn uitgegaan (Pres. Rb. Amsterdam 29 september 1995, zie Mediaforum 1996-1, p. 14; zie verder over dit soort gevallen: Hof Amsterdam 14 december 1995, Mediaforum 1996-2, B24-B26); Pres. Rb. Utrecht 27 april 1995, Mediaforum 1995-7/8, B94-B96; Pres. Rb. Groningen 6 oktober 1994, KG 1994, 461).

Een verbod van deze mededeling zou m.i. ook de toets van artikel 10 EHRM kunnen doorstaan. In de Markt intern zaak was de afzender uitgever van een blad dat belangen van de branche behartigde; die situatie verschilt van deze situatie, waarin – naar wij aannemen – het alleen maar om een consument gaat. Maar in Hertel/Zwitserland accepteert het Hof dat een juiste mededeling over producten of diensten die relevant is voor het publieke debat en afkomstig is van een niet-commerciële afzender, zelfs wanneer die juist is, verboden mag worden, indien die mededeling daadwerkelijk geschikt is om de verkoop van een product nadelig te beïnvloeden ([EHRM 25 augustus 1998](#), NJ 1999, 712). Dat lijkt me hier toch ook wel het geval. De vrijheid om misstanden bij de levering van producten en diensten aan de orde te stellen, is door het Hof in Barthold/Duitsland uitdrukkelijk erkend, maar dan als een afgeleide van de functie van de georganiseerde pers en in een context waarin vaststond dat de misstand juist was weergegeven ([EHRM 25 maart 1985](#), NJ 1987, 900). Ik merk terzijde op dat het Amsterdamse Hof in de Lycos zaak die vrijheid ook toekent aan de weblogger. Maar dan moet het natuurlijk wel om misstanden gaan.

De verhouding tussen anonimiteit en misstand

Het gaat hier niet om politieke uitingen. Voor die uitingen geldt de regel dat anonimiteit een groot goed kan zijn. "Anonymity is a shield from the tyranny of the majority", zoals het Amerikaanse Supreme Court in McIntyre/Ohio zegt (514 U.S. 334 (1995)). Het gaat ook niet om een mening. De uitingen betreffen feitelijke, objectief controleerbare beweringen, die betrekking hebben op een oneerlijke handelspraktijk. Anonimiteit voor gewone adverteerders, vooral op internet, is uit den boze (zie art. 3:15e lid 1 BW t.a.v. elektronische commerciële communicatie). Het betreft hier geen adverteerder. In hoeverre is het gerechtvaardigd dat zo iemand publiekelijk vermeende misstanden op commercieel terrein anoniem aan de kaak stelt? Daartoe moet m.i. vaststaan dat het om een misstand gaat. In het reclamerecht geldt de regel dat een incidentele misstand, die één consument betreft, geen aanleiding kan zijn om een reclameboodschap wegens misleiding te veroordelen. 'Misstand' verwijst naar een maatschappelijk probleem. Van Dale meldt terzake: "de misstand van onvoldoende bemanning op schepen, c.q. de misstanden in onze maatschappij." Het staat in dit geval niet vast of het om zo'n misstand gaat; het bestaan van reacties op de oproep van de afzender om andere gevallen te melden, had kunnen worden onderzocht – immers de anonieme website was openbaar en meldingen over slechte ervaringen van anderen hadden gezien kunnen worden. Daarover valt echter niets te lezen in de uitspraken en commentaren. Dat

maakt m.i. aannemelijk, dat het in dit geval om een incidentele misstand ging – als het al om een misstand ging en niet om iets anders, bijvoorbeeld een afrekening in de privé-sfeer. Het gaat dus om een anonieme, feitelijk verifieerbare, beschuldiging van oplichting, die kennelijk maar door één negatieve en weersproken ervaring wordt gestaafd. Zulks bevestigt al mijn eerdere opvatting dat de onrechtmatigheid onmiskenbaar is. Wanneer dat zo is, is een beroep door de afzender op het recht om anoniem te communiceren, niet aan de orde. Dat verband tussen de ernst van de misstand en de anonimiteit wordt ook door het Hof erkend, waar het overweegt dat de misstand niet van dien aard is dat waarborging van de anonimiteit noodzakelijk zou zijn om die misstand vrijelijk aan de orde te kunnen stellen (zie r.o. 5.3.5. van het arrest van de HR).

Informatieplichten van de provider m.b.t. identificerende gegevens

Dan de andere kant van de zaak. Het mag dan wel zo zijn, althans in mijn opinie, dat het onrechtmatig is om bovengenoemde mededelingen anoniem te doen, daarmee is nog niet gezegd dat degene die kennis heeft van de persoonsgegevens van de anonus ook onrechtmatig handelt, indien hij weigert die gegevens aan benadeelde mee te delen. Bestaat er een civielrechtelijke verplichting tot het verstrekken van NAW-gegevens door een tussenpersoon aan iemand die meent door een anonieme openbare publicatie onrechtmatig bejegend te zijn? Over die vraag is de meeste heisa ontstaan. De informatievrijheid op internet zou door een bevestigende beantwoording onherstelbaar worden aangetast (zie recentelijk nog Frank Kuitenbrouwer, 'Anonimiteit op internet', NRC-Handelsblad 13 december 2005, p. 6). Het was inderdaad wat gemakkelijker geweest, wanneer het Hof er op grond van het bovenstaande van was uitgegaan, dat er sprake was van een onrechtmatige daad. Nu moest antwoord worden gegeven op de vraag of die informatieplicht ook kon worden aangenomen, wanneer de onrechtmatigheid van de publicatie niet onmiskenbaar vaststond, maar wel duidelijk was dat het om een ernstige beschuldiging ging. Het door het Hof gegeven bevestigende antwoord is bij de Hoge Raad in stand gebleven.

Niettemin blijft het principe uit deze uitspraak zonneklaar: niemand kan verplicht worden, enkel omdat men kennis heeft van gegevens die voor de beoordeling van onrechtmatigheid van belang kunnen zijn, die gegevens aan benadeelde mee te delen (zie r.o. 5.2.2 van het arrest en conclusie AG, nr. 41). Onder omstandigheden kan dat anders zijn. President, Hof en AG hebben het alledrie gezocht in enerzijds de ernst van de beschuldigingen en de dreigende schade voor Pessers, anderzijds in de positie van de provider. Doorslaggevend in deze situatie is of het verkrijgen van de noodzakelijke adresgegevens niet op een minder ingrijpende wijze kan worden verkregen. Wanneer de tussenpersoon de enige is die de informatie kan leveren en nakoming van die informatieplicht geen ernstige risico's of onevenredige belasting oplevert, handelt de tussenpersoon, in een geval als dit, onzorgvuldig, indien voldoende aannemelijk is dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde potentieel schadelijk is. De Hoge Raad maakt duidelijk, dat in dit geval geen algemene regel is geformuleerd, maar het oordeel van het Hof is toegesneden op het onderhavige geval. De overige overwegingen met betrekking tot bijvoorbeeld de betekenis van artikel 14 van de Richtlijn elektronische handel en artikel 8 van de Wet bescherming persoonsgegevens, voegen eigenlijk niets toe aan die belangenafweging. Het had net zo goed zonder gekund en dat geeft op dit terrein van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aanleiding tot ernstige twijfels over het nut van bijzondere wettelijke regelingen terzake. Regelingen die zijn toegesneden op dit probleem kennen wij overigens wel op het gebied van intellectuele eigendomsrechten.

Versand met informatieplichten t.a.v. identificerende gegevens in het intellectuele eigendomsrecht

In een volgend nummer van IER zal, zo is het plan, worden ingegaan op de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 betreffende de handhaving

van intellectuele eigendomsrechten, PbEG 2004 L 195/16). De Richtlijn regelt in artikel 8 een soortgelijke problematiek als boven aan de orde gesteld. Het bijbehorende implementatie artikel is artikel 1019f BRv. (zie TK 2005-2006, 30392, nr. 2, van 12 december 2005). Artikel 1019f BRv voorziet in de mogelijkheid van een gebod voor gedaagde om informatie te verstrekken over de identiteit van afnemers van inbreukmakende producten en over hoeveelheden, dit om hen apart te dagvaarden of om de naleving van andere maatregelen zoals de recall te kunnen controleren. De inbreukmaker fungeert hier dus als tussenpersoon, op wie een informatieplicht kan worden opgelegd, en het verschil met bovenomschreven situatie is wel duidelijk: de 'tussenpersoon' heeft inbreuk gepleegd en dus zelf onrechtmatig gehandeld. In het artikel is bovendien een verschoningsrecht opgelegd voor de afnemer van het verstrekken van informatie die bewijs zou vormen van deelname aan een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht. Wanneer deze constructie zou worden toegepast op de Lycos affaire, zou Lycos zelf eerst onrechtmatig moeten hebben gehandeld, voordat hem een plicht kan worden opgelegd om de identiteit van de websitehouder bekend te maken. Die constructie is door Lycos gebruikt om te ontkomen aan de informatieplicht, maar door Hof en Hoge Raad verworpen (zie r.o. 5.2.1). Het vereist ook wel enige hersengymnastiek om de inbreukmaker gelijk te stellen met de provider. Niettemin: de door de Hoge Raad gevolgde constructie om op basis van een belangenafweging ook bij een niet onmiskenbaar onrechtmatige daad een informatieplicht op te leggen, betekent misschien – ik kan dat nog niet goed overzien - dat er ook in het intellectuele eigendomsrecht, ondanks de beperkingen van de *lex specialis* van artikel 1019f BRv., ruimere mogelijkheden bestaan voor het opleggen van informatieplichten.
