

Computerrecht 2020/8

Rechtbank Amsterdam 11 november 2019, nr. C/13/665397 / KG ZA 19-455 MDvH/MB
(Mr. R.A. Dudok van Heel)
m.nt. mr. D.M. Linders & mr. drs. H.F. Lankhorst¹

(Art. 14 Richtlijn inzake elektronische handel; art. 6:196c BW)

ECLI:NL:RBAMS:2019:8415

Facebook is verplicht om nu en in de toekomst nepadvertenties te weren waarin John de Mol Bitcoins en andere cryptovaluta aanprijst. Facebook kan geen beroep doen op de vrijwaringsbepaling.

Uitspraak

John De Mol (“De Mol”)

tegen

Facebook Ireland Ltd. en Facebook Netherlands B.V. (“Facebook”)

2 De feiten

(...)

2.7. Sinds oktober 2018 tot, in elk geval, de tweede helft van maart 2019 zijn advertenties verschenen op Facebook en Instagram waarbij bekende Nederlanders, onder wie De Mol, in verband worden gebracht met Bitcoin en Bitcoin investeringen. In de advertenties waarin De Mol wordt opgevoerd als succesvolle Bitcoin investeerder worden zijn foto en zijn naam gebruikt. De Mol heeft daarvoor geen toestemming gegeven. Gebruikers die op de advertenties ingaan en bedragen betalen, ontvangen in ruil daarvoor geen Bitcoins en zijn hun geld kwijt.

(...)

3.1. De Mol vordert, na wijzigingen van eis, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I. Facebook Ireland en Facebook Netherlands ieder afzonderlijk te gebieden om binnen vijf dagen na betekening van het te wijzen vonnis ieder onrechtmatig handelen jegens De Mol zoals in de dagvaarding omschreven – dat wil zeggen: toestaan dat op haar fora Facebook en Instagram advertenties waarin de naam De Mol of het portret van De Mol in de advertentie en/of de website waarnaar de advertentie doorklikt in verband wordt gebracht met Bitcoin of andere cryptovaluta – te staken en gestaakt te houden;

(...)

4 De beoordeling

(...)

4.11. Uit de inhoud van de nepadvertenties, als omschreven onder 2.7, volgt reeds het onrechtmatige karakter, niet alleen jegens degenen die door erop in te gaan (financieel) worden gedupeerd, maar ook jegens De Mol. Het zonder zijn toestemming gebruiken van zijn naam en portret ter ondersteuning van oprichtingspraktijken is een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer, zijn eer en goede naam, en levert als zodanig reputatieschade op.

(...)

Het bieden van een platform voor dergelijke advertenties, althans het niet prompt verwijderen daarvan en/of het niet treffen van in redelijkheid te verlangen maatregelen om de verschijning ervan te voorkomen, komt in strijd met de in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid en kan daarom in beginsel ook op zichzelf als onrechtmatig handelen jegens De Mol worden aangemerkt waardoor deze reputatieschade wordt veroorzaakt.

1 *Safe Harbour? (“hoeft niet”)*

4.12. Met De Mol is de voorzieningenrechter van oordeel dat Facebook geen beroep kan doen op de ‘vrijwaringsbepaling’ van artikel 14 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG) (hierna: de Richtlijn), geïmplementeerd in artikel 6:196c BW, die kort gezegd inhoudt dat een ‘neutrale’ tussenpersoon/hostingdienst niet aansprakelijk is voor de op haar platforms opgeslagen informatie. Daartoe wordt het volgende overwogen.

(...)

4.14. Op zichzelf kan, ook in het licht van de nieuwe ontwikkelingen, Facebook worden aangemerkt als een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ als bedoeld in de Richtlijn, die zich in beginsel op de vrijwaringsbepaling kan beroepen. De vrijwaringsbepaling op grond waarvan de dienstverlener niet aansprakelijk is voor schadelijke inhoud op haar platform, geldt echter alleen op voorwaarde dat de dienstverlener (i) niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie of (ii) zodra hij daarvan kennis heeft of besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

In de jurisprudentie is die norm aldus ingevuld dat alleen een beroep op de vrijwaringsbepaling kan worden gedaan als de dienstverlener geen actieve bemoeienis heeft met de inhoud van wat er op/via haar platform wordt geplaatst. Partijen twisten met name over de vraag of Facebook aan die voorwaarde voldoet. Vooralsnog wordt geoordeeld dat aan die voorwaarde, zeker in het geval van de nepadvertenties dat thans voorligt, waarin het gaat om Facebook als exploitant van advertentieruimte, en niet zozeer om Facebook als neutraal communicatieplatform, niet is voldaan.

4.15. Het faciliteren van advertenties en het genereren van inkomsten daaruit is het primaire verdienmodel van Facebook. Zij bepaalt daarvoor niet alleen de tarieven, maar is ook actief in het bepalen welke advertenties op haar platform verschijnen en welke niet. Facebook is in deze rol niet

¹ Mr. D.M. (Douwe) Linders en mr. drs. H.F. (Harmke) Lankhorst zijn beiden advocaat bij SOLV Advocaten te Amsterdam.

neutraal, zij bepaalt immers door controle op de advertenties, vastgelegd in het hiervoor onder 2.3 aangehaalde Advertentiebeleid, mede de inhoud daarvan en speelt daarin een actieve rol. Dat dit beleid wordt uitgevoerd door middel van een grotendeels geautomatiseerd proces, doet daaraan niet af. Facebook hanteert een uitgebreid en zeer gedetailleerd eigen beleid bij het weren van advertenties, dat niet is beperkt tot content die mogelijk strijd oplevert met rechten van anderen en/of strafbaar is. Facebook verdient aan haar advertentieplatform en bepaalt aan de hand van haar Advertentiebeleid de voorwaarden tot toetreding. Deze actieve rol van Facebook als advertentieplatform staat een beroep op de vrijwaringsbepaling in de weg. Facebook is gehouden om te waken voor eventuele inbreuken op rechten van derden en om deze zo mogelijk te voorkomen. Voor zover zij daarin tekort schiet, kan zij worden aangesproken op de voet van onrechtmatige daad, aangezien het niet, of onvoldoende treffen van dergelijke maatregelen in strijd kan komen met de door Facebook in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid. Haar verweer dat zij dit alles vrijwillig doet (als, in haar woorden, ‘Good Samaritan’) en niet mag worden gestraft voor haar proactieve optreden, wordt dan ook verworpen.

(...)

2 Algemeen filtergebod (“mag niet”)

4.17. (...) Uitgangspunt is dus enerzijds dat een algemeen filtergebod niet is toegestaan, en dat aan de internetdienstverlener geen excessieve verplichtingen mogen worden opgelegd. Anderzijds bestaat wel ruimte voor het opleggen van een voldoende specifiek gebod om – óók preventief – op te treden tegen handelen dat op basis van artikel 6:162 BW onrechtmatig moet worden geacht.

Ook in het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 oktober 2019 (ECLI:EU:C:2019:821 (*Eva Glawischnig-Piesczek /Facebook*)) wordt bevestigd dat (met name artikel 15 lid 1 van de Richtlijn) niet eraan in de weg staat dat een rechterlijke instantie van een lidstaat een internetdienstverlener gelast, binnen de grenzen van het relevante internationale recht, om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

(...)

4.18. De Mol heeft zijn vordering onder I na wijziging inmiddels beperkt tot het treffen van maatregelen (achteraf en preventief) met betrekking tot: *“advertenties waarin de naam of het portret van De Mol in de advertentie en/of de website waarnaar de advertentie doorklikt in verband wordt gebracht met Bitcoin of andere cryptovaluta”*.

Met het aanbrengen van deze beperking zijn de gevraagde maatregelen zo specifiek en toegespitst op het onderhavige geval, dat deze niet zijn aan te merken als ‘toezichtverplichtingen van algemene aard’ waar het verbod uit de Richtlijn op ziet. Het daarop gerichte verweer van Facebook faalt dus.

(...)

3 Technisch onmogelijk? (“kan niet”)

(...)

4.22. De stelling van Facebook dat haar screeningsproces niet te allen tijde alle overtredingen van het advertentiebeleid kan opsporen, laat staan voorkomen, kan niet bij voorbaat als onjuist worden bestempeld. De door haar aangehaalde publicaties in de pers wijzen ook in die richting. Dit hoeft echter aan toewijzing van de vordering onder I niet in de weg te staan. De Mol heeft in dit verband terecht aangevoerd dat voor het opleggen van een maatregel niet is vereist dat 100% effectiviteit op voorhand vaststaat. Bovendien is geen vereiste dat een rechterlijk bevel exact preciseert welke maatregelen de tussenpersoon moet nemen. Het gebod kan een bevel inhouden tot het staken van (het bieden van toegang tot) onrechtmatige uitingen. Het is uiteindelijk, indien nodig, aan de tussenpersoon om aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen om inbreuken via zijn platformen te verhinderen of ernstig te ontmoedigen (vgl. HvJEU, 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel/ Constantin Film Verleih GmbH en Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH)).

4.23. Facebook heeft, zoals hiervoor overwogen, erop gewezen dat zij al tal van maatregelen treft. Zo hanteert zij een zogenoemd ‘ad review’ systeem, waarbij schending van het advertentiebeleid (ook handmatig) wordt gecheckt; worden advertenties na rapportage door gebruikers reactief beoordeeld; worden ‘bad actors’ gebannen, door middel van (a) ‘ban hammers’, dat wil zeggen dat een adverteerder geen toegang meer heeft tot het platform, en (b) het ‘Sparse model’, waarmee eigenschappen van advertenties om advertentie-accounts die mogelijk zijn geassocieerd met reeds geïdentificeerde ‘bad actors’ worden gedetecteerd; en is zij actief om haar opsporings- en banmethoden uit te breiden. Aldus worden volgens Facebook wekelijks miljoenen advertenties op haar platform geweigerd of verwijderd.

4.24. Op zichzelf is het te waarderen dat Facebook de door haar genoemde maatregelen neemt. Deze maatregelen zijn echter klaarblijkelijk vooralsnog niet afdoende. De nep-advertenties met De Mol en andere bekende Nederlanders zijn er immers doorheen geglipt en doen dat nog steeds, in ieder geval waar het advertenties met andere bekende Nederlanders dan De Mol betreft. Gelet op de verantwoordelijkheid van Facebook voor haar eigen advertentieplatform en de impact van de onrechtmatige advertenties, mag op dit gebied, op grond van de door haar in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid, het nodige van Facebook worden verwacht, ook als het gaat om maatregelen die technisch ingewikkeld zijn en (extra) inspanningen, inzet van mankracht en geld kosten. Gelet op de door De Mol vermelde verklaringen van een medewerker van Facebook zelf – waarin deze onder meer meedeelt dat de controle “limited” is en “not designed to detect all policy violations” – kan worden aangenomen dat meer maatregelen kunnen worden getroffen dan thans gebeurt.

4.25. Bovendien heeft het er alle schijn van dat, als het erop aankomt, Facebook wel in staat is om aanvullende

maatregelen te treffen. Opvallend is in dit verband dat (alleen) de nepadvertenties met De Mol sinds de aankondiging van dit kort geding nauwelijks meer lijken voor te komen. Nu Facebook niet bereid is geweest om toezeggingen aan De Mol te doen zich in elk geval tot het uiterste te zullen inspannen om de nepadvertenties met zijn naam en/of portret te voorkomen, is de vordering onder I, op grond van het hiervoor overwogene, in beginsel toewijsbaar.

Vordering I

4.26. De Mol heeft de vordering onder I aldus nader gepreciseerd dat hij thans (slechts) vordert dat Facebook alle redelijke maatregelen treft om alle advertenties te filteren met de naam De Mol en/of zijn portret waarin wordt gerefereerd aan Bitcoin of andere cryptovaluta.

(...)

Het risico dat daarmee ook berichten zouden worden tegengehouden die niet vallen onder de nepadvertenties als bedoeld onder 2.7 is, anders dan Facebook betoogt, verwaarloosbaar. De Mol heeft verklaard hoe dan ook niks te maken te (willen) hebben met cryptovaluta. De kans dat er een bericht in de vorm van een advertentie zou kunnen verschijnen over een congres waar De Mol spreekt en waar (door een ander) ook over Bitcoin of andere cryptocurrency wordt gesproken – dat Facebook noemt als voorbeeld van een ongewenst neveneffect van een mogelijke veroordeling – is dan ook vooral theoretisch.

(...)

4.27. Facebook heeft verder nog gewezen op het probleem van ‘cloaking’, wat het tegengaan van nepadvertenties zou bemoeilijken, zo niet onmogelijk maken. Cloaking betekent letterlijk: ‘in een mantel hullen’. Cloak is het Engelse woord voor ‘dekmantel’. Het begrip wordt gebruikt voor pagina’s die aan zoekmachines een andere inhoud voorschotelen dan die welke de bezoekers te zien krijgen. Volgens Facebook is dat bij de nepadvertenties ook vaak het geval: de advertentie/website die oproept geld te investeren in Bitcoins (de ‘landing page’) zit in de regel ‘achter’ de advertentie die in eerste instantie zichtbaar is.

(...)

4.28. Ook hier heeft Facebook mogelijk een punt. Dit is echter onvoldoende om de vordering af te wijzen. Facebook zal alles moeten doen wat in haar vermogen ligt om de advertenties te weren en te voorkomen dat deze weer opduiken. Als Facebook dat doet en aannemelijk maakt dat te hebben gedaan, zal zij niet zonder meer een dwangsom verbeuren. Immers, indien in dat geval toch (weer) een advertentie opduikt op haar platform, die vanwege technische vernuftigheden niet op voorhand kon worden opgespoord – wat Facebook dan óók aannemelijk moet maken – en zij die advertentie, na kennisneming, prompt verwijderd, heeft zij voldoende aan een op te leggen veroordeling voldaan en verbeurt zij geen dwangsom.

(...)

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt Facebook om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis ieder onrechtmatig handelen jegens De Mol zoals in de dagvaarding omschreven, dat wil zeggen: toestaan dat op haar fora Facebook en Instagram advertenties waarin de naam of het portret van De Mol in de advertentie en/of de website waarnaar de advertentie doorklikt in verband wordt gebracht met Bitcoin of andere cryptovaluta, te staken en gestaakt te houden,

(...)

Noot

1. Het “hoeft niet”, “mag niet” en “kan niet”. Dat zijn de verweren die Facebook aanvoert in John de Mol’s zaak om nepadvertenties tegen te gaan waarin hij zogenaamd bitcoins aanprijst op Facebook en Instagram. Tevergeefs. De voorzieningenrechter Amsterdam verplicht Facebook om de nepadvertenties te weren.

2. Safe Harbour: “Hoeft niet”. Op grond van de vrijwaringsbepaling voor hosting providers in de E-commerce Richtlijn zijn hosting providers in beginsel niet aansprakelijk voor onrechtmatige informatie die derden op hun platforms opslaan.² De vrijwaringsbepaling geldt echter uitsluitend indien de activiteit van het platform een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft. De vrijwaring geldt niet wanneer een platform een actieve rol heeft.³

3. In onderhavige zaak oordeelt de voorzieningenrechter dat Facebook geen beroep kan doen op de vrijwaringsbepaling.⁴ Het faciliteren van advertenties en het genereren van inkomsten daaruit is het primaire verdienmodel van Facebook. Facebook hanteert een uitgebreid en gedetailleerd advertentiebeleid op basis waarvan advertenties vóór plaatsing worden gecontroleerd. Facebook bepaalt daarmee welke advertenties wel of niet op haar platform verschijnen.⁵ Facebook als *advertentieplatform* is volgens de voorzieningenrechter dus geen neutrale dienstverlener en kan daarom geen beroep doen op de vrijwaringsbepaling. Het oordeel van voorzieningenrechter Dudok van Heel komt daarmee overeen met het vonnis van haar Amsterdamse collega Bakels in de zaak *Tommy Hilfiger/Facebook*.⁶ In die zaak ging het om Facebook advertenties die inbreuk maakten op de merkrechten van Tommy Hilfiger.

2 Artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG (Richtlijn inzake elektronische handel), geïmplementeerd in artikel 6:196c BW.

3 HvJ EU 23 maart, zaken C-236/08 t/m C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google France en Google*), HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay*), en HvJ EU 7 augustus 2018, zaak C-521/17, ECLI:EU:C:2018:639 (*SNB-REACT/Mehta*).

4 R.o. 4.12.

5 R.o. 4.15.

6 Rb. Amsterdam (vzr.) 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9362 (*Tommy Hilfiger/Facebook*), r.o. 4.10.

4. Voorgaande betekent in deze zaak dat Facebook de nepadvertenties moet gaan weren, maar het betekent ook dat Facebook aansprakelijk kan zijn voor de schade die met de onrechtmatige bitcoinadvertenties is veroorzaakt. Gedupeerden kunnen dus proberen hun schade op Facebook te verhalen, na inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade (1 januari 2020)⁷ via een collectieve claim. De door gedupeerden gemelde schade bedraagt inmiddels ten minste € 1,7 miljoen.⁸

5. De vraag of Facebook als *communicatieplatform* wel een beroep kan doen op de vrijwaringsbepaling is niet aan de orde en blijft onbeantwoord. Ook het Hof van Justitie heeft deze vraag niet beantwoord in het recente arrest *Glawischnig-Piesczek/Facebook*.⁹

6. Algemeen filterverbod: “Mag niet”. Maar ook indien geen beroep op de vrijwaringsbepaling kan worden gedaan, is het opleggen van een algemeen filtergebod nog altijd niet toegestaan.¹⁰ Ook mag de rechter Facebook geen excessieve verplichtingen opleggen.

7. In het arrest *Glawischnig-Piesczek/Facebook* verduidelijkt het Hof van Justitie welke maatregelen Facebook kunnen worden opgelegd in het geval van onrechtmatige informatie. De rechter kan Facebook onder andere bevelen om informatie die inhoudelijk overeenstemt met de onrechtmatige informatie van haar platform te verwijderen en verwijderd te houden. Het bevel moet dan beperkt zijn tot informatie waarmee een boodschap wordt overgebracht waarvan de inhoud “in wezen ongewijzigd blijft” ten opzichte van de onrechtmatige inhoud. Het bevel moet specifieke gegevens bevatten zodat Facebook dergelijke informatie kan identificeren, zoals de naam van de persoon op wie de inbreuk betrekking heeft, de omstandigheden waarin de inbreuk is vastgesteld en een inhoud die overeenstemt met de onrechtmatige inhoud. Facebook mag echter niet verplicht worden om die inhoud autonoom te beoordelen.

8. In situaties waarin de vaststelling dat bepaalde informatie “overeenstemt met de onrechtmatige informatie” moeilijk is, of waarin de vrijheid van meningsuiting een belangrijke rol speelt, zullen rechters hopelijk terughoudend omspringen met de criteria uit *Glawischnig-Piesczek/Facebook*. In de onderhavige zaak levert toepassing van de criteria echter geen problemen op. De Mol heeft zijn vordering beperkt tot “advertenties waarin de naam of het portret van De Mol in de advertentie en/of de website waarnaar de advertentie doorklikt in verband wordt gebracht met Bitcoin of andere cryptovaluta”. De door De Mol gevraagde maatregelen zijn zo specifiek en toegespitst op de zaak dat deze geen algemeen filtergebod inhouden, aldus de voorzieningenrechter.¹¹ Het risico dat ook berichten worden tegenge-

houden die niet vallen onder de nepadvertenties is volgens de voorzieningenrechter verwaarloosbaar.¹²

9. De manier waarop *Glawischnig-Piesczek/Facebook* in deze uitspraak is toegepast lijkt ons correct. De Mol wil hoe dan ook niks te maken hebben met cryptovaluta. De kans dat er rechtmatige advertenties over De Mol en cryptovaluta zouden worden geplaatst is dan ook nihil. Het gebod strekt zich ook niet uit tot Facebook posts. In die posts is het wel mogelijk dat De Mol in verband wordt gebracht met cryptovaluta. Zo kunnen er op Facebook rechtmatige nieuwsberichten verschijnen over de procedure tussen De Mol en Facebook.

10. Technisch onmogelijk: “Kan niet”. Vervolgens dient te worden bekeken hoe ver dan de maatregelen moeten gaan die Facebook in dit geval moet nemen. Volgens de voorzieningenrechter: “alles wat in haar vermogen ligt om de advertenties te weren en te voorkomen dat deze weer opduiken”.¹³

11. Volgens Facebook doet zij echter al alles wat van haar kan worden gevergd en is zij actief om haar opsporings- en banmethoden uit te breiden.¹⁴ Dat “*waardeert*” de voorzieningenrechter, maar kennelijk zijn de maatregelen niet voldoende. De nepadvertenties glippen er nog steeds doorheen. Van Facebook mag het nodige worden verwacht, ook als het gaat om maatregelen die technisch ingewikkeld zijn en (extra) inspanningen, inzet van mankracht en geld kosten.¹⁵ Bovendien lijkt Facebook wel in staat te zijn aanvullende maatregelen te treffen. Sinds de aankondiging van het kort geding lijken (alleen) de nepadvertenties met De Mol nauwelijks meer voor te komen.¹⁶

12. De voorzieningenrechter maakt niet precies duidelijk welke maatregelen Facebook moet nemen. Het ligt op de weg van Facebook om methodes te hanteren waarmee zij aan het vonnis kan voldoen.¹⁷ Mochten er dan toch nepadvertenties doorheen glippen, dan moet Facebook die advertenties na kennisneming prompt verwijderen en aantonen dat zij er wel alles aan heeft gedaan om de advertenties te weren. Dan verbeurt Facebook geen dwangsommen.

Mr. D.M. Linders & mr. drs. H.F. Lankhorst

7 Besluit van 20 november 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en het besluit register collectieve acties, *Stb.* 2019, 447.

8 R.o. 2.8.

9 HvJ EU 3 oktober 2019, zaak C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig-Piesczek/Facebook*).

10 Artikel 15 Richtlijn inzake elektronische handel.

11 R.o. 4.18.

12 R.o. 4.19 en 4.26.

13 R.o. 4.28.

14 R.o. 4.23.

15 R.o. 4.24.

16 R.o. 4.25.

17 R.o. 4.32.