

*Wetgever aan zet*

9. Staat appellant voorgoed met lege handen? Dat hangt af van twee wetsontwikkelingen.

10. Ten eerste heeft de Tweede Kamer op 26 januari 2021 de voorgestelde Wet open overheid (Woo) aangenomen. De Woo lijkt op een combinatie van de Wob en de Who, gericht op overheidsinstellingen die niet onder de Wob vallen. Dus niet alleen de Eerste en Tweede Kamer, maar ook instellingen als de Raad van State en de Algemene Rekenkamer. Volgens de Woo<sup>13</sup> moet het aldaar vermelde begrip ‘document’ breed worden opgevat en is dit materieel gelijk aan het Wob-begrip. De Eerste Kamer moet de Woo nog goedkeuren, maar op basis van de huidige tekst zou de broncode van de Direct Debat-app als openbaar document kunnen worden beschouwd.

11. Ten tweede dient de status van computerprogramma's als herbruikbare gegevens c.q. documenten te worden verduidelijkt. Dit kan in het spoor van de Open Data Richtlijn.<sup>14</sup> Deze EU-richtlijn van 2019 overweegt expliciet dat lidstaten de toepassing van de hergebruikregels mogen uitbreiden tot computerprogramma's.<sup>15</sup> De Woo zwijgt over deze richtlijn en noemt enkel de Hergebruikrichtlijn.<sup>16</sup> Om misverstanden te voorkomen, doet de wetgever er goed aan te verduidelijken of computerprogramma's niet alleen binnen (of buiten) de Wet hergebruik van overheidsinformatie vallen, maar ook de Woo.

12. Uiterlijk op 17 juli 2021 dient de Open Data Richtlijn geïmplementeerd te zijn in de wet. Daarmee is haast geboden om de onduidelijkheid weg te nemen, alleen al ter voorkoming dat iemand – net als appellant – drie jaar moet procederen voor een antwoord.

*J.B.A. Gerritsen*

<sup>13</sup> [https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20210202/brief\\_van\\_de\\_initiatiefnemers\\_over\\_2](https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20210202/brief_van_de_initiatiefnemers_over_2).

<sup>14</sup> Open Data Richtlijn 2019/1024/EU.

<sup>15</sup> Overweging 30 Open Data Richtlijn.

<sup>16</sup> De Woo noemt enkel de Hergebruikrichtlijn. Zie het voorgestelde artikel 2.4 lid 3 Woo. De auteur heeft de stand van de Woo laatstelijk gecontroleerd op 1 juni 2021.

**Computerrecht 2021/161****RECHTBANK DEN HAAG**

17 maart 2021, C/09/579872 / HA ZA 19-954

(Mrs. E.F. Brinkman)

m.nt. J.J. Vermeij<sup>1</sup>

(Art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn; art. 9 Uniemerkenverordening; art. 14 en art. 15 E-commercerichtlijn; art. 6:196c BW)

ECLI:NL:RBDHA:2021:2422

**Anders dan de voorzieningenrechter oordeelde, komt Facebook wel een beroep toe op de vrijwaringsbepaling. Facebook is niet aansprakelijk voor de nepadvertenties voor Tommy Hilfiger kleding die op haar socialemediaplatforms verschijnen. De rechtbank Den Haag oordeelt dat Facebook enkel moet filteren op identieke inbreukmakende advertenties en dat het platform identificerende gegevens van (toekomstige) inbreukmakers aan PVH moet verstrekken.**

Uitspraak in de zaak van:

PVH Europe B.V. (“PVH Europe”)

Tommy Hilfiger Licensing B.V. (“TH Licensing BV”)

Tommy Hilfiger Europe B.V. (“TH Europe”)

Tommy Hilfiger Licensing LLC (“TH Licensing LLC”)

Tommy Hilfiger U.S.A. INC (“TH USA”)

(tezamen “PVH”)

tegen

Facebook Incorporated (“Facebook Inc”)

Facebook Ireland Limited (“Facebook Ireland”)

Facebook Netherlands B.V. (“Facebook NL”)

(tezamen “Facebook”)

(...)

## 2 De feiten

(...)

2.8.1. Om advertenties te kunnen plaatsen op Facebook en Instagram is een Facebook-account vereist. Dit kan iedereen aanmaken door de voor- en achternaam, het mobiele telefoonnummer of e-mailadres, de geboortedatum en het geslacht op te geven.

2.8.2. Het e-mailadres en/of het mobiele nummer die worden opgegeven, worden door Facebook geverifieerd op juistheid. (...)

(...)

2.8.4. Voor het zakelijke account dient de gebruiker de bedrijfsnaam, het bedrijfsadres en BTW nummer op te geven. Voor het privé account hoeft een gebruiker geen aanvullende gegevens te verstrekken. Voor het advertentieac-

<sup>1</sup> Jesse Vermeij is legal counsel bij SOLV Advocaten in Amsterdam.

count gelden aparte advertentievoorwaarden waar de gebruiker mee akkoord moet gaan.

2.8.5. Facebook biedt verschillende opties om het advertentieproces te vereenvoudigen. Facebook geeft bijvoorbeeld suggesties voor het publiek dat met een advertentie kan worden bereikt. Ook biedt Facebook haar gebruikers de mogelijkheid om voor “automatische plaatsing” te kiezen. In dat geval bepaalt Facebook zelf waar de advertenties geplaatst worden voor een optimaal bereik.

2.8.6. Voordat de advertentie wordt geplaatst, dient de gebruiker de betaalmethode op te geven. (...)

2.8.7. Als een adverteerder eenmaal een advertentie heeft aangemaakt, controleert Facebook of de advertentie voldoet aan haar advertentiebeleid (productie EP 1.f.4). Zonder voorafgaande controle wordt een advertentie niet geplaatst. Met dit beleid hebben de adverteerders ingestemd. In het Advertentiebeleid van Facebook is onder meer opgenomen dat advertenties geen inhoud mogen bevatten die inbreuk maakt op de rechten van derden, waaronder auteurs-, merken- en privacy-rechten. Ook mogen advertenties niet misleidend en onjuist zijn (hoofdstuk 4.10 Advertentiebeleid). Het controleproces is in hoofdstuk 2 van het Advertentiebeleid uiteengezet:

## “2 *Het controleproces voor advertenties*

(...)

### *Wat we overwegen*

We kijken bij het controleproces voor advertenties naar de afbeeldingen, tekst, doelgroep en positionering van je advertentie, en naar de inhoud van de landingspagina van je advertentie. Je advertentie wordt mogelijk afgekeurd als de inhoud van de landingspagina niet volledig werkt, niet overeenkomt met het product dat of de dienst die in je advertentie wordt gepromoot, of niet volledig voldoet aan onze advertentierichtlijnen.”

(...)

2.11. PVH heeft Facebook gewezen op honderden advertenties waarin inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten van PVH. Op verzoek heeft Facebook aan PVH zogenoemde ‘Identifiers’ verstrekt (‘Ad Account ID, Page ID en UID of Admin’). Naar aanleiding van meldingen van PVH heeft Facebook de inbreukmakende advertenties verwijderd.

(...)

2.13. Van oordeel dat Facebook onvoldoende maatregelen heeft genomen om inbreuken op de rechten van PVH te voorkomen en daardoor onrechtmatig handelt, heeft de voorzieningenrechter te Amsterdam bij vonnis in kort geding van 21 december 2018 Facebook bevolen de nodige maatregelen te nemen. Die maatregelen bestonden uit het weren van advertenties met bepaalde kenmerken. Tommy Hilfiger dient in de advertentie voor te komen alsmede (cumulatief) (i) een lage prijs of grote kortingen, (ii) een combinatie van 3 of 4 afbeeldingen, (iii) de website waarnaar de advertentie doorklikt is anders dan de web-

site die in de advertentie wordt genoemd, (iv) de omschrijving is in gebrekkig Engels of irrelevant voor de aangeboden artikelen, (v) vermelding van gratis bezorging en (vi) adverteerders zijn Facebook ‘community’-pagina’s die kort voor het plaatsen van de advertentie zijn aangemaakt. Voorts werd Facebook bevolen identificerende gegevens (naam, adres, emailadres, telefoonnummer, betaalgegevens) van de geblokkeerde en door haar te blokkeren advertentie-accounts aan PVH te geven, alsmede de overeenkomsten met die adverteerders te beëindigen en de toegang tot het platform te ontzeggen. (...)

## 3 **Het geschil**

3.1 PVH vordert na twee eiswijzigingen: (...)

I. Te verklaren voor recht:

- a. primair: dat gedaagden inbreuk maken op de auteursrechten en/of de Uniemerk- en/of Beneluxmerkrechten van PVH, door advertenties en/of promotie-accounts op haar platforms te (laten) plaatsen en beschikbaar te maken die, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen, de beschermde kleding en/of beeld- en marketing materialen van PVH, alsmede de Unie- en/of Benelux beeld- en woordmerken van PVH bevatten, zoals nader gespecificeerd in productie EP10, EP19 en EP39;
- b. subsidiair: dat gedaagden onrechtmatig handelen jegens PVH, door onvoldoende maatregelen te treffen om te voorkomen dat (opnieuw) advertenties en promotie-accounts op haar platforms verschijnen die, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen, de beschermde kleding en/of beeld- en marketing materialen van PVH, alsmede de Unie- en/of Benelux beeld- en woordmerken van PVH bevatten, zoals nader gespecificeerd in productie 10, 19 en 39;

(...)

IV. Gedaagden te bevelen, binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis, de inbreuken op de auteursrechten en/of de Unie- en/of Beneluxmerkrechten van PVH, in het bijzonder door het (laten) plaatsen van advertenties en/of promotie-accounts op haar platforms die, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen, de beschermde kleding en/of beeld- en advertentiematerialen en de Unie- en/of Benelux woord- en beeldmerken “Tommy Hilfiger” van PVH bevatten, en/of ieder (ander) onrechtmatig handelen jegens PVH zoals in deze dagvaarding omschreven, te staken en gestaakt te houden. Het bevel heeft betrekking op nieuwe inbreuken van dezelfde aard op dezelfde rechten, dat wil zeggen:

- a. inbreuken op de auteursrechten en/of de Unie- en/of Beneluxmerkrechten van PVH;

- b. die identiek zijn of overeenstemmen met de advertenties en promotie-accounts zoals nader gespecificeerd in productie EP10, EP19 en EP39.
- V. Gedaagden te gebieden om, binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis:
- (...)
- b. de overeenkomsten met de adverteerders en gebruikers die inbreukmakende advertenties hebben geplaatst en/of inbreukmakende promotie-accounts hebben aangemaakt, zoals nader omschreven in deze dagvaarding en gespecificeerd in productie EP10, EP19 en EP39, te beëindigen en de toegang tot het platform in de toekomst voor deze adverteerders en gebruikers te ontzeggen, in het bijzonder door aanvullende verificatiemaatregelen te nemen om te controleren wie gebruik maakt van haar platforms, de identificerende gegevens te controleren op juistheid en door voorkoming van gebruik van dezelfde identificerende gegevens, waaronder de naam, het adres en de woonplaats, het e-mailadres, het telefoonnummer, de IP-adressen en de betaalgegevens waarmee de betreffende accounts en advertenties zijn aangemaakt alsmede het gebruik van overige identificerende gegevens, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen maatregel, met een gelijktijdige schriftelijke bevestiging daarvan aan de raadsman van PVH.

(...)

3.2. PVH stelt daartoe (kort weergegeven) het volgende.

- 3.2.1. Sinds mei 2017 wordt PVH voortdurend geconfronteerd met advertenties op Facebook en Instagram voor producten die inbreuk maken op de IE-rechten van PVH. De advertenties leiden naar websites waarop namaakproducten van Tommy Hilfiger worden aangeboden en waar consumenten worden opgelicht. De inbreukmakende advertenties op Facebook en Instagram bevatten vrijwel altijd beeldmateriaal (bewerkte foto's) dat identiek is aan het beeldmateriaal dat PVH zelf op haar website en in haar advertenties gebruikt en waarop producten van PVH staan afgebeeld. Ook bevatten de advertenties de woord- en beeldmerken van PVH, waaronder de bekende Tommy Hilfiger vlag. De inbreukmakende advertenties die PVH heeft geconstateerd, hebben een aantal kenmerken met elkaar gemeen. Dat doet vermoeden dat er een beperkt aantal actoren achter de inbreukmakende advertenties zit. PVH heeft Facebook hierop gewezen. Het betreft onder meer de volgende gemeenschappelijke kenmerken:
- Lage prijs of grote kortingen;
  - Combinatie van meerdere afbeeldingen;
  - De website waar in de advertentie naar wordt gelinkt is en andere dan degene die in de advertentie wordt genoemd;
  - De omschrijving is in gebrekkig Engels of compleet irrelevant;
  - Vermelding van gratis bezorging;

- f. Adverteerders zijn vaak afkomstig van Facebook "community" pages die vlak voor het plaatsen van de advertentie zijn aangemaakt.

(...)

3.2.3. Gelet op deze (evidente) inbreuken, baseert PVH haar uiteenlopende vorderingen op de volgende grondslagen:

- Facebook pleegt zelfstandig auteurs- en merkinbreuk op de rechten van PVH;
- Facebook NL pleegt wanprestatie jegens Tommy Hilfiger Europe B.V.;
- Facebook handelt onrechtmatig jegens PVH door derden in de gelegenheid te stellen inbreuk te plegen op de IE-rechten van PVH en de identificerende gegevens niet af te geven;
- Facebook handelt onrechtmatig jegens PVH omdat zij door PVH herhaaldelijk in kennis is gesteld van de IE-inbreuken en te weinig doet om deze, na melding, te beëindigen;
- Facebook moet als tussenpersoon meer maatregelen nemen om inbreuken op de IE-rechten van PVH te beëindigen en voorkomen.

(...)

#### 4 De beoordeling

(...)

##### (i) *Zelfstandige inbreuk door Facebook*

###### (a) *Auteursrechtinbreuk*

(...)

4.16. De bovenstaande factoren afwegend, is de rechtbank van oordeel dat Facebook de in de advertentie opgenomen inhoud niet meedeelt aan het publiek. Het is de adverteerder die de inhoud aan derden meedeelt met inschakeling van de diensten van Facebook. Weliswaar heeft Facebook een winstoogmerk bij de advertentiedienst en op zich is haar interventie onontbeerlijk, maar door PVH is onvoldoende onderbouwd dat Facebook voordat zij erop door PVH is gewezen al wetenschap van de inbreuk zou hebben. Integendeel, zij hanteert juist een preventieve screening om de inbreukmakers en malafide spelers zoveel mogelijk al tevoren eruit te halen (zie nader r.o. 4.40 e.v.). Voorts zet zij terstond na erop gewezen te zijn de betreffende advertentie offline (het NTD-beleid, zie hierover uitgebreider r.o. 4.24.10). Haar rol is ook niet centraal te noemen. PVH heeft niet (onderbouwd) gesteld dat Facebook zou suggereren dat de advertentie met illegale content van haar afkomstig zou zijn. (...)

(...)

- (iii) **Onrechtmatig handelen door derden in de gelegenheid te stellen inbreuk te plegen op de IE-rechten van PVH en de identificerende gegevens niet af te geven**

*Beroep op hosting vrijstelling*

(...)

4.24.5. In dit geval bevestigen de relevante omstandigheden dat Facebook in het kader van haar advertentiedienst als een neutrale tussenpersoon optreedt en dus in aanmerking komt voor de vrijstelling van aansprakelijkheid. De rechtbank licht dat oordeel (dat anders luidt dan in het in 2.13 bedoelde kort geding) als volgt toe.

(...)

4.24.7. Het feit dat Facebook een preventieve screening uitvoert ten aanzien van de advertenties die op haar platformen worden geplaatst, maakt niet dat Facebook een zodanig actieve rol speelt bij het plaatsen van die advertenties dat zij daarmee kennis van en controle over de inhoud van die advertenties heeft en daarom geen beroep meer kan doen op de vrijstellingsbepaling. Facebook heeft er terecht (en onvoldoende door PVH bestreden) op gewezen dat zij bij die screening niet overgaat tot het wijzigen van de inhoud van een advertentie, noch dat zij redactionele controle uitvoert. Evenmin stelt Facebook bijvoorbeeld verbeteringen voor die ervoor zouden moeten zorgen dat een advertentie door de preventieve screening komt. Bovendien zou het ten nadele van Facebook meewegen dat zij preventieve screening uitvoert tot het ongerijmde gevolg leiden dat een hostingprovider zou worden aangemoedigd om geen screening uit te voeren teneinde aansprakelijkheid te ontlopen, terwijl daarmee het probleem van inbreuk enkel zou verergeren. Dat kan geen juiste uitkomst zijn. De rechtbank verwijst in dit verband met instemming naar het oordeel van het Hof Leeuwarden in de Marktplaats/Stokke-zaak.<sup>30</sup>

4.24.8. (...) De zonder twijfel ingenieuze systemen van Facebook om voor een advertentie het publiek te kunnen "micro-targeten" zoals PVH dat noemt, maken naar het oordeel van de rechtbank niet dat zij de inhoud van de advertentie zou bepalen, daarbij een actieve rol zou spelen of deze zou optimaliseren. In het onderhavige geval kan de adverteerder 'Tommy Hilfiger' als trefwoord aanwijzen. Facebook heeft er terecht op gewezen dat het enkele gebruik van dat trefwoord zeker niet hoeft te betekenen dat het onrechtmatige of inbreukmakende advertenties betreffen. Het kan immers een legitieme (parallel)importeur betreffen, een online kledingwinkel die Tommy Hilfiger producten verkoopt, of bijvoorbeeld een fanpage. (...) Het is niet Facebook maar de adverteerder die bepaalt wat het trefwoord is en zo op wie er gericht moet worden. Ook het Hof van Justitie heeft overwogen dat het toepassen van een (door de gebruiker/adverteerder) gekozen trefwoord en de overeenkomst vast te stellen met een door een in-

ternetgebruiker ingevoerde zoekterm, niet maakt dat de hosting provider geen beroep meer op artikel 14 REH kan doen.<sup>33</sup>

(...)

- (b) **OD door de identificerende gegevens niet af te geven**  
(...)

4.29.8. Met PVH is de rechtbank van oordeel dat een juiste afweging van de betrokken grondrechten/belangen zoals hiervoor aangeduid, ertoe leidt dat de schending van de rechten van PVH opweegt tegen de privacybelangen van de inbreukmakers. (...)

(...)

4.30. Het voorgaande ligt anders voor accounts waarvan Facebook heeft vastgesteld dat deze gecompromitteerd zijn. Aangenomen mag worden dat de betreffende gebruikers niet op de hoogte waren van de illegale praktijken. Afgifte van de identificerende gegevens die betrekking hebben op de natuurlijke persoon wiens account gecompromitteerd is, dient daarmee geen redelijk doel en dient daarom te worden uitgezonderd. (...)

(...)

- (v) **Facebook moet als tussenpersoon meer maatregelen nemen om inbreuken op de IE-rechten van PVH te beëindigen en voorkomen**

4.36. Hiervoor is reeds overwogen dat Facebook genoeg doet om de inbreuk na melding te beëindigen. Het verwijt van PVH spitst zich dan ook toe op maatregelen die Facebook zou moeten nemen om inbreuk te voorkomen, gericht op de toekomst derhalve. De rechtbank overweegt als volgt.

(...)

4.44. Het in het kort geding aan Facebook opgelegde filter bevatte de volgende (cumulatieve) voorwaarden (zie r.o. 2.13:

- lage prijs of grote kortingen;
- combinatie van 3 of 4 afbeeldingen;
- de website waarnaar de advertentie doorklikt is anders dan de website die in de advertentie wordt genoemd;
- de omschrijving is in gebrekkig Engels of compleet irrelevant;
- vermelding van gratis bezorging;
- adverteerders zijn vaak Facebook 'community' pagina's die vlak voor het plaatsen van de advertentie zijn aangemaakt;
- bevat het woordmerk Tommy Hilfiger.

4.45. Facebook voert naar het oordeel van de rechtbank terecht aan dat op de nauwkeurigheid van dat filter het nodige is af te dingen. Belangrijker echter is dat Facebook onvoldoende betwist heeft gesteld dat een belangrijk deel van deze criteria niet geschikt is voor geautomatiseerde controle ("slecht Engels", "irrelevante beschrijvingen" en "hoge kortingen of lage prijzen"). PVH kan in de

<sup>30</sup> Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (Stokke/Marktplaats), r.o. 5.5.

<sup>33</sup> HvJ 23 maart 2010, zaken C-236/08 en C-238/08 (Google France), r.o. 117.

betwisting hiervan niet volstaan met de opmerking dat Facebook “kampioen micro-targeting” is en dat Facebook “de techniek die zij inzet om de juiste personen te bereiken met advertenties, politieke boodschappen of filmpjes over katten slechts in [hoeft] te zetten om inbreukmakers te weren. Wat zij doet om haar content aan de juiste man de brengen, kan zij ook doen om de verkeerde content van de verkeerde persoon te blokkeren.”. Dat is onvoldoende concreet om aan te kunnen nemen dat het door haar beoogde filter toch geheel geautomatiseerd zou kunnen verlopen. De suggestie is kennelijk dat Facebook te weinig geld en mankracht zou steken in de opsporing van IE-inbreuk. Niet alleen gaat die suggestie voorbij aan het evenzeer grote belang voor Facebook om nepadvertenties op haar platformen en daarmee reputatieschade te voorkomen, zij is niet goed te rijmen met de onbetwiste stelling van Facebook dat 270 personen bij haar aan IE-kwesties werken. PVH heeft niet onderbouwd gesteld dat dit aantal veel te laag zou zijn.

4.46. Gegeven de omstandigheid dat het in kort geding opgelegde filter niet geautomatiseerd kan plaatsvinden is het als een volgens artikel 15 REH verboden filterverplichting te kwalificeren. Er moet immers dan immers door Facebook in de terminologie van het Hof van Justitie actief (autonoom<sup>56</sup>) worden gezocht naar inbreuk. Bovendien is een dergelijk filter in de afweging van grondrechten niet te verantwoorden. (...)

(...)

4.48. PVH heeft er in dit verband nog op gewezen dat andere platformen (zoals eBay en Amazon) meer doen om inbreuk te voorkomen. eBay hanteert het zogenoemde *Verified Rights Owner* (VeRO) programma. Rechthebbenden krijgen van eBay onder voorwaarden toegang tot de achterkant van de site en kunnen zelfstandig inbreukmakende advertenties verwijderen en automatische filters bouwen. Amazon heeft onlangs *Project Zero* geïntroduceerd: een ambitieus programma om namaak op haar platform te reduceren tot nul, aldus nog altijd PVH.

4.49. Het eerste wat daarover is op te merken is dat het één ding is dat andere platformen andere en mogelijk betere maatregelen treffen dan Facebook. Het is echter iets anders of Facebook dan ook tot die maatregelen gedwongen kan worden omdat zij, als zij dit niet zou doen, onrechtmatig handelt jegens rechthebbenden zoals PVH respectievelijk als tussenpersoon te kort schiet in haar verplichtingen. Zoals ook al ter comparitie is aangegeven, is de toets bij de rechter inherent beperkt. Het kan niet zo zijn dat enkel omdat een platform mogelijk voorop loopt in de bestrijding, alle andere platformen diezelfde maatregelen moeten nemen om met dwangsommen afgedwongen vorderingen te voorkomen of zelfs, als het aan PVH ligt, schadeplichtig te worden.

*Aanvullende verificatiemaatregelen (vordering V.b, 2e deel)*

4.52. (...) PVH heeft haar vordering onderbouwd met verwijzing naar de zaak *McFadden*.<sup>59</sup> Het is juist dat in die zaak werd overwogen dat een maatregel waar gebruikers hun identiteit moeten opgeven een effectieve maatregel kan zijn (r.o. 96) (...)

Naar het oordeel van de rechtbank wijst Facebook er evenwel terecht op dat in die zaak niet wordt gespecificeerd welke identificerende gegevens dan precies zouden moeten worden verzameld noch hoe die gegevens zouden dienen te worden geverifieerd. Bovendien dient bij Facebook al een identiteit te worden opgegeven en het opgegeven emailadres of telefoonnummer wordt geverifieerd.

(...)

## 5 De beslissing

De rechtbank

(...)

### *In de hoofdzaak*

5.4. (...) te staken en gestaakt te houden de diensten als tussenpersoon voor de inbreuken op de auteursrechten en/of de Uniemerkenrechten van PVH in Nederland en/of Beneluxmerkenrechten van PVH in de Benelux, door het laten plaatsen van advertenties en/of promotie-accounts op haar platforms die, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen, de beschermde kleding en/of beeld- en advertentiematerialen en de Unie- en/of Benelux woord- en beeldmerken “Tommy Hilfiger” van PVH bevatten, en die identiek zijn aan de advertenties en promotie-accounts zoals nader gespecificeerd in productie EP10, EP19 en EP39;

5.5. gebiedt Facebook Inc en Facebook Ireland om, binnen twee weken na betekening van dit vonnis:

- a. te verstrekken al hetgeen hen bekend is omtrent de herkomst en de distributiekanaal van de inbreukmakende advertenties en of promotie-accounts en alle daarop betrekkinge gegevens te verstrekken, in het bijzonder de beschikbare gegevens van de adverteerders en/of makers van de advertenties en/of de promotie-accounts zoals nader gespecificeerd in productie EP10, EP19 en EP39, meer in het bijzonder de naam, het adres en de woonplaats, het e-mailadres en het telefoonnummer waarmee de betreffende advertenties en accounts zijn aangemaakt; de datum van registratie; de datum, tijd en IP-adressen gebruikt voor het in- en uitloggen en voor het aanmaken van de advertentie en de betaalmethode en de betaalgegevens van elk account, alsmede het webadres (de URL) van de websites waarnaar de advertenties gebruikers doorverwijzen (uitgezonderd zijn de gegevens die betrekking hebben op degenen wier accounts gecompomitteerd zijn);

(...)

46 HvJ 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Eva Glawischnig/Facebook*), r.o. 46.

59 HvJ 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).



## Noot

1. Wat is de rol van Facebook bij het controleren en beschikbaar stellen van advertenties op haar platform? De rechtbank Den Haag komt tot een wezenlijk andere conclusie dan de voorzieningenrechter Amsterdam.<sup>2</sup>
2. Facebook screent doorgaans binnen 24 uur de afbeeldingen, tekst, doelgroep en positionering van alle advertenties, alsmede de inhoud van de landingspagina van de advertenties. Als de inhoud van de landingspagina niet volledig werkt, niet overeenkomt met het product of de dienst in de advertentie, of niet volledig voldoet aan de advertentierichtlijnen, keurt Facebook de advertentie af. Dit proces vindt automatisch plaats via systemen die zoeken naar trefwoorden, afbeeldingen en andere signalen die duiden op een overtreding van het advertentiebeleid. De uitkomst van een screening betekent in sommige situaties dat een medewerker de advertentie beoordeelt. Daarbij wordt niet gecontroleerd op IE-inbreuken. Bij voldoende zekerheid van een overtreding van het advertentiebeleid wordt de advertentie geweigerd.
3. In de bodemprocedure stelt PVH primair dat Facebook inbreuk maakt op haar auteurs- en merkenrechten door het (laten) plaatsen en beschikbaar maken van inbreukmakende advertenties en promotie-accounts. Deze bevatten beschermde kleding, beeld- en marketingmateriaal en woord- en beeldmerken van PVH. Auteurs- en merkinbreuk acht de rechtbank evident. Minder evident acht de rechtbank dat Facebook zelfstandig inbreuk maakt.
4. De arresten *Filmspeler*<sup>3</sup> en *The Pirate Bay*<sup>4</sup> in ogeschouw genomen, overweegt de rechtbank dat Facebook geen auteursrechtelijke mededeling aan het publiek doet. Deze mededeling doet de adverteerder zelf met inschakeling van Facebook. Facebook vertolkt hierin geen centrale rol. Het feit dat Facebook een winst oogmerk heeft en de advertenties preventief screent, impliceert geen daadwerkelijke kennis van de inbreuk. Integendeel, de rechtbank overweegt dat Facebook de advertentie had afgekeurd indien het had geweten van de inbreuk. Om dezelfde redenen oordeelt de rechtbank dat Facebook de merken van PVH niet zelf gebruikt.
5. Vervolgens is de vraag of Facebook wel indirect aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen. Daarvoor dient de rechtbank eerst te beoordelen of Facebook een beroep toekomt op de vrijwaringsbepaling.<sup>5</sup> Voor een geldig beroep hierop (i) mag Facebook niet daadwerkelijk kennis hebben van de inbreuk en (ii) moet zij, zodra zij hiervan kennis heeft, prompt handelen om de informatie te verwijderen of de toegang te blokkeren.

6. In het kort geding in onderhavige zaak<sup>6</sup> en in de zaak *De Mol/Facebook*<sup>7</sup> werd nog verondersteld dat Facebook als advertentieplatform geen beroep toekwam op de vrijwaringsbepaling. Facebook kwalificeerde niet als “neutrale tussenpersoon”. Door controle op de advertenties, zoals vastgelegd in haar advertentiebeleid, zou zij mede de inhoud daarvan bepalen en in zoverre “een actieve rol” spelen.<sup>8</sup>

7. De rechtbank Den Haag verwerpt bovenstaande en overweegt dat preventieve screening niet maakt dat Facebook een zodanig actieve rol speelt dat zij daarmee kennis heeft van en controle heeft over de inhoud van die advertenties. Facebook heeft er volgens de rechtbank terecht op gewezen dat zij niet de inhoud van de advertentie wijzigt noch redactionele controle uitvoert. Omdat Facebook dus geen daadwerkelijke kennis heeft van de onrechtmatigheid en prompt handelt na kennisgeving hiervan, komt haar een beroep toe op de vrijwaringsbepaling.

8. Opties om het advertentieproces te vereenvoudigen, zoals het doen van publieksuggesties, het automatisch plaatsen van advertenties voor optimaal bereik en de keuze uit trefwoorden, doet hier volgens de rechtbank evenmin aan af. Facebook bepaalt noch optimaliseert de inhoud. Over het aanbieden van trefwoorden merkt de rechtbank op dat de adverteerder uiteindelijk zelf het trefwoord kiest en dat het gebruik daarvan geen daadwerkelijke kennis bij Facebook impliceert van het onrechtmatige karakter van een advertentie. Er zijn immers ook legitieme redenen voor het gebruik van het trefwoord “Tommy Hilfiger”.

9. Moet Facebook dan meer doen om inbreuk in de toekomst te voorkomen? Nee, oordeelt de rechtbank. Naast het screeningproces en haar advertentiebeleid neemt Facebook voldoende andere maatregelen om onrechtmatige content te weren. Facebook kan inbreukmakende adverteerders een *banhammer*<sup>9</sup> opleggen, zij analyseert eigenschappen van advertenties om te voorkomen dat geblokkeerde gebruikers via een ander advertentieaccount weer toegang krijgen, en Facebook beschikt over een *Notice-and-Takedown* beleid. Verder is onvoldoende betwist dat Facebook 99% van de inbreukmakende advertenties van PVH prompt verwijdert.

10. Ook het in kort geding opgelegde filter houdt geen stand. Op een aantal filtercriteria, zoals “slecht Engels”, “irrelevante beschrijvingen” en “hoge kortingen of lage prijzen” kan Facebook niet geautomatiseerd filteren, althans PVH heeft die stelling onvoldoende betwist. Opmerken dat Facebook “kampioen micro-targeting” is en

2 Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9362 (*PVH/Facebook*) en vgl. ook Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook*).

3 HvJ EU 26 april 2017, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 (*Filmspeler*).

4 HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15; ECLI:EU:C:2017:456 (*Stichting Brein/Ziggo en XS4All*).

5 Zoals neergelegd in artikel 14 E-commercerichtlijn/artikel 6:196c BW.

6 Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9362 (*PVH/Facebook*).

7 Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook*).

8 Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9362 (*PVH/Facebook*), r.o. 4.10 en Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*De Mol/Facebook*), r.o. 4.15.

9 Bij een Banhammer wordt de toegang van het account tot de advertentiedienst geblokkeerd.

dat Facebook dezelfde technieken om content bij de juiste doelgroep te krijgen, ook kan inzetten om “verkeerde content van de verkeerde persoon te blokkeren”, is onvoldoende. Een ander oordeel zou er volgens de rechtbank toe leiden dat Facebook actief de inhoud van de advertenties moet controleren. De in kort geding opgelegde filterverplichting is zodoende in strijd met het algemene filterverbod.<sup>10</sup> In het arrest *Glawischnig/Facebook* overwoog het Hof overigens dat een filter zich kan uitstrekken tot “inhoudelijk overeenstemmende informatie”, mits de filtercriteria daarvoor nauwkeurig zijn vastgesteld.<sup>11</sup> De rechtbank beperkt de filterverplichting desalniettemin tot uitsluitend identieke (inbreukmakende) advertenties.

11. Tevergeefs verwijst PVH nog naar andere platformen, zoals Amazon en eBay, die volgens haar meer doen tegen inbreuk. Dat andere platforms meer doen zegt volgens de rechtbank niks over het onrechtmatig handelen van Facebook of de verplichtingen die zij geacht wordt te nemen. Facebook hoeft niet het braafste jongentje van de klas te zijn.

12. Verder wijst de rechtbank de vordering af om Facebook aanvullende verificatiemaatregelen op te leggen ter uitsluiting van inbreukmakende adverteerders. De rechtbank is het met PVH eens dat uit het arrest *McFadden*<sup>12</sup> volgt dat het opgeven van de identiteit door gebruikers een effectieve maatregel kan zijn. In die zaak specificeert het Hof echter niet welke identificerende gegevens nodig zijn voor verificatie en op welke manier dit moet plaatsvinden. Het opgeven van de identiteit en verificatie van e-mailadres of telefoonnummer acht de rechtbank voldoende.

13. Een schrale troost voor PVH is dat Facebook wel identificerende gegevens van inbreukmakers moet afstaan, ook voor toekomstige meldingen, tenzij Facebook binnen twee weken na de melding aangeeft dat zij hiertoe niet gehouden is, of omdat de betrokkene daartegen bezwaar maakt. Facebook hoeft bijvoorbeeld geen accountgegevens te verstrekken van gebruikers wiens account gecompromitteerd is.

J.J. Vermeij

<sup>10</sup> Artikel 15 E-Commercerichtlijn.

<sup>11</sup> HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Eva Glawischnig/Facebook*).

<sup>12</sup> HvJ EU, 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).

## Internationaal

### Computerrecht 2021/162

#### OVERSIGHT BOARD (FACEBOOK)

5 mei 2021, 2021-001-FB-FBR

m.nt. C. Vander Maelen<sup>1</sup>

(Art. 19 IVBPR, Human Rights Committee General Comment No. 34; UN Guiding Principles on Business and Human Rights)

**Uitsluiting van een politiek figuur op een social mediasite. Het risico op geweld rechtvaardigde de beslissing van Facebook om het profiel van toenmalig president Donald Trump te blokkeren en te schorsen. De onbepaalde duur van deze schorsing is echter niet gebaseerd op duidelijke criteria. Facebook moet een definitieve beslissing omtrent de account van Trump nemen. Facebook heeft het vermoeden op dat meningsuitingen van politici inherent tot het openbaar belang bijdragen.**

#### Uitspraak:

In this case, Facebook asked the Board to answer two questions:

Considering Facebook’s values, specifically its commitment to voice and safety, did it correctly decide on January 7, 2021, to prohibit Donald J. Trump’s access to posting content on Facebook and Instagram for an indefinite amount of time?

In addition to the board’s determination on whether to uphold or overturn the indefinite suspension, Facebook welcomes observations or recommendations from the board about suspensions when the user is a political leader.

[...]

#### 2. Case description

[...]

On the morning of January 6, 2021, Mr. Trump attended a rally near the White House and gave a speech. He continued to make unfounded claims that he won the election and suggested that Vice President Mike Pence should overturn President-elect Joe Biden’s victory, a power Mr. Pence did not have. He also stated, ‘we will stop the steal,’ and ‘we’re going to the Capitol.’

Many of those attending the rally then marched to the U.S. Capitol Building, where they joined other protestors already gathered. Many of the protestors attacked Capitol

<sup>1</sup> Carl Vander Maelen. Academisch assistent en doctorandus aan de Universiteit Gent, Faculteit Recht en Criminologie, onderzoeksgroep Recht en Technologie.