

Een noticetakedownverzoek van justitie: wie durft te weigeren?

L. Dancet*

Begin dit jaar heeft de Nationale Recherche aan een Amerikaanse website het verzoek gericht om de inhoud van een Engelstalig en haatzaaiend magazine van haar site te verwijderen. Een notice-takedownverzoek dus. Bovendien geen vrijblijvend verzoek om het magazine van de site te halen, maar een verzoek dat afsloot met de bewoordingen 'In case you might not respond positively to this request, we will under the force of circumstances take down your website.'

Een dreigend notice-takedownverzoek dus. Toch hebben zowel de Amerikaanse website-eigenaar als de Nederlandse hoster geweigerd om op het notice-takedownverzoek in te gaan. De centrale vraag in dit artikel is: mogen opsporingsambtenaren een notice-takedownverzoek doen?

Op 7 april 2011 kopte Webwereld.nl 'Recherche wil site met Al-Qaida uit de lucht'.¹ De site die de Nationale Recherche dreigde plat te leggen, betrof de Amerikaanse site publicintelligence.net en de geïllustreerde glossy betrof een tijdschrift met de naam 'Inspire'. Dit laatste is een Engelstalig tijdschrift dat beweerdelijk zou worden uitgegeven door 'Al Quada in the Arabian Peninsula' en dat volgens Wikipedia als doel heeft open source Jihad aan te moedigen.² Op haar homepage zegt de geïllustreerde site (vrij vertaald): 'publieke informatie beschikbaar te stellen en te verdedigen, die vaak het voorwerp is van censuur door onder andere de Amerikaanse regering'.³ Het is dus mogelijk dat de website zich bedient van een server in Nederland om zich te beschermen tegen Amerikaanse censuur. De Nationale Recherche verwijst in haar brief expliciet naar het feit dat de server in Nederland staat om een notice-takedownverzoek te doen 'according to Dutch Law'.

Het verzoek van de Recherche stuitte echter op hardnekkig verzet. Zowel de Amerikaanse website als de Nederlandse hoster weigerden de tekst van of de toegang tot het magazine 'Inspire' te verwijderen. De Amerikaanse site verwees naar het mensenrecht om in alle vrijheid informatie uit te wisselen, zeggende:

'We understand the need for governments and law enforcement bodies to fight against the so-called 'violent radicalization' of their citizens. However, the threat of radicalization and extremist ideologies should never be construed as being so great that it requires the dissolution of our common values. The right to share information freely is a human right.'⁴

Met andere woorden: de Amerikaanse websitehouder begrijpt de afschuw die verscheidene autoriteiten tonen voor de oproep van het magazine Inspire?om over te gaan tot Ji-

had, maar is van oordeel dat de angst voor opruiende artikelen het recht op informatievrijheid niet mag schenden. Verder argumenteert publicintelligence.net op haar site dat het ook voor overheden nuttig is dat opruiende teksten beschikbaar zijn voor een beter begrip en ontmaskering van de vermeende Engelssprekende Jihadisten.⁵

De weigering van de Amerikaanse site-eigenaar en van de Nederlandse hoster om de doorgifte van de webinhoud te staken, was riskant. De Nationale Recherche had immers gedreigd om de site plat te leggen indien haar eis niet werd ingewilligd.

Hoedanigheid van de verzoeker

In casu kan de vraag worden gesteld of een verzoek uitgaande van een overheidsdienst (in dat geval de Nationale Recherche) meer gewicht dient te krijgen dan een verzoek uitgaande van een particulier.

In een vonnis van 14 mei 2008 kwam de voorzieningenrechter van de Rechtbank te Haarlem tot een tegenovergesteld oordeel.⁶ In deze zaak deed de Belastingdienst (of eigenlijk: de Staatssecretaris van Financiën) aan de hostingprovider IS InterNed Services per brief het verzoek de doorgifte van de website van één van haar gebruikers te staken. Die gebruiker had online uitingen gedaan die...

'...de eer en goede naam van de Belastingdienst en in het bijzonder een bij naam genoemde belastingadviseur hadden geschaad'.

De voorzieningenrechter bleek niet onder de indruk van het argument dat de brief uitging van een gezaghebbende overheid en oordeelde daarentegen dat de internetprovider het noticetakedown-verzoek mocht afwijzen.

In deze zaak had de hostingprovider geweigerd in te gaan op het verzoek tot verwijdering. De Belastingdienst had de auteur van de smadelijke uitlating en diens hostingprovi-

* Louise Dancet is juridisch adviseur bij ICTRecht.

1. <http://webwereld.nl/nieuws/106277/recherche-wil-site-met-al-qaida-blad-uit-de-lucht.html>.
2. http://en.wikipedia.org/wiki/Inspire_%28magazine%29.
3. <http://publicintelligence.net/about/>.
4. <http://publicintelligence.net/dutch-police-threaten-to-shut-down-public-intelligence/>.
5. <http://publicintelligence.net/dutch-police-threaten-to-shut-down-public-intelligence/>.
6. V.zr. Rb Haarlem 14 mei 2008, L/JN BD1446 <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ijn=BD1446>.

der daarop gedagvaard. Via de rechtbank vorderde de Belastingdienst verwijdering van alle berichten binnen 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis. Voor de rechtbank betoogde de hostingprovider een website slechts uit de lucht te halen wanneer het gebruik door een klant leidt tot een evident onrechtmatige situatie. De hostingprovider stelde in dit geval geen kennis te hebben van de discussie tussen haar klant en de Belastingdienst, en dus niet te kunnen inschatten of de uitlatingen onrechtmatig waren, laat staan of ze evident onrechtmatig waren.

Bij de beoordeling van de weigering om in te gaan op het notice-takedownverzoek van de Belastingdienst oordeelde de voorzieningenrechter:

‘Het feit dat het de Staat der Nederlanden was die deze uitlatingen in voormelde brief als onrechtmatig kenschetste, maakt niet dat IS InterNed Services wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de uitlatingen een onrechtmatig karakter hadden’.

De voorzieningenrechter oordeelde vervolgens dat de internetprovider het notice- and takedownverzoek mocht afwijzen.

Verzoek of vordering?

Een andere vraag die kan worden gesteld, is of een overheidsdienst het platleggen van een website misschien beter kan vorderen dan verzoeken. Er zijn wettelijke regels over het weghalen van informatie. De vraag is dus: is een verzoek tot verwijdering nog wel te verdedigen indien dat verzoek uitgaat van een opsporingsambtenaar?

De Hoge Raad oordeelde in haar arrest van 21 december 2010⁷ over een beroep op bewijsuitsluiting van videobeelden, gemaakt in een vestiging van de supermarktketen Dirk Van Den Broeck. De afgifte van de videobeelden was door een opsporingsambtenaar verzocht en vervolgens vrijwillig verstrekt door een medewerker van de supermarkt. In casuatie wierp de raadsman van de verdachte op dat de videobeelden conform art. 126nd lid 1 van het Wetboek van Strafvordering hadden moeten worden gevorderd door de officier van justitie (hierna: ovj) en niet gevraagd door een agent. De eenvoudige vraag tot afgifte door een verbalisant zou volgens de raadsman van de verdachte de verzuiming van een vormvoorschrift inhouden en daardoor leiden tot bewijsuitsluiting van de videobeelden.⁸

De raadsman verwees naar de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord bij art. 126nd om te stellen dat een vrijwillige verstrekking van de gegevens niet de bedoeling is geweest van de wetgever. Uit deze parlementaire geschiedenis blijkt inderdaad dat de verantwoordelijkheid met betrekking tot het vergaren van gegevens bij de opsporingsinstantie hoort te liggen en niet bij de derde die vrijwillig meewerkt aan de verstrekking van gegevens. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer valt daarover te lezen:

‘Van een burger kan geen uitgebreide kennis worden verwacht van het juiste beoordelingskader, binnen welk hij een verzoek van de opsporingsambtenaar of de officier van justitie moet wegen’.⁹

De Hoge Raad kwam tot het besluit dat de afgifte van de videobeelden had moeten gevorderd door de ovj en niet gevraagd door een opsporingsambtenaar. Echter was de Hoge Raad niet van oordeel dat de schending van het vormvoorschrift tot bewijsuitsluiting diende te leiden.

Gelet op het standpunt van de Hoge Raad dat afgifte van videobeelden had moeten worden gevorderd en niet gevraagd, zou je kunnen zeggen dat ook een noticetakedown-verzoek moet worden gevorderd en niet gevraagd. Wel dient rekening te worden gehouden met de aard van deze specifieke zaak, die een afweging betrof tussen de zorgvuldige omgang met persoonsgegevens (videobeelden in dit geval) enerzijds en de noodzaak van werkbare opsporingspraktijk anderzijds. Het in deze bijdrage besproken notice-takedownverzoek van de website `Inspire?` raakt (wellicht) niet aan het grondrecht op privacy. Dat wil echter niet zeggen dat het arrest van de Hoge Raad geen relevantie heeft in het kader van een noticetakedown-verzoek door een opsporingsambtenaar. Het door het Amerikaanse tijdschrift ingeroepen recht op vrije meningsuiting en vrije verspreiding van informatie is immers ook een grondrecht.

Bovendien zijn de specifieke overwegingen met betrekking tot de afgifte van videobeelden, wel aan de orde bij een noticetakedown-verzoek waarbij de melder de niet-doorgifte van een website én de afgifte van de persoonsgegevens van de melder wenst. In dat geval raakt het onderscheid dat dient te worden gemaakt tussen een verzoek of een vordering uitgaande van een overheidsinstantie wel aan het grondrecht op privacy. Een noticetakedown-verzoek, inclusief afgifte van persoonsgegevens, zal dus wel steeds moeten worden gevorderd en kan niet eenvoudigweg worden gevraagd.

De Gedragscode Notice-And-Take-Down

Hoewel een verzoek tot afgifte van persoonsgegevens in een spanningsveld staat met het recht op vrije meningsuiting geeft de Nederlandse Gedragscode Notice-And-Take-Down (versie 1.04 van 9 oktober 2008) richtlijnen waarbij verwijdering van onrechtmatig online materiaal kan worden gevraagd en waarin zulk verzoek ook moet worden gehonoreerd.¹⁰

Specifiek voor tussenpersonen die in Nederland een online openbare telecommunicatiedienst leveren, voorziet de Gedragscode Notice-And-Take-Down in een procedure die dient gevolgd bij ontvangst van meldingen over onrechtmatige en strafbare inhoud die online staat. Bij strafbare inhoud kan worden gedacht aan inhoud die een inbreuk maakt op iemands intellectuele rechten, racistische of discriminerende uitlatingen of strafbare beelden zoals kinderporno. Melding van zulke inhoud zal in bijna alle gevallen als doel hebben de strafbare inhoud te laten verwijderen.

De juridische vraag die men zich in de Nederlandse context dient te stellen, is of een noticetakedown-verzoek kan worden gedaan door de Dienst Nationale Recherche of enig andere opsporingsambtenaar.

De woordvoerder van de Nederlandse hostingprovider die weigerde de site van haar Amerikaanse klant plat te leggen,

7. HR 21 december 2010, L/JN BL7688 <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BL7688>.
8. Vgl. G-J. Zwenne & L. Mommers, ‘Zijn foto’s en beeldopnamen ‘rasgegevens’ in de zin van art. 126nd Sv en art. 18 Wbp?’, *Privacy & informatie* 2010/5, p. 237-247.
9. Overw. 3.3.
10. http://www.nederlandtegenterrorisme.nl/fileadmin/user_upload/Bedrijven/PDF_s/Gedragscode_Notice_and_Take_Down_tcm91-293746.pdf.

verklaarde aan Webwereld dat pas te doen 'als er een gerechtelijk bevel aan te pas komt'.¹¹

De Gedragscode Notice-And-Take-Down specificceert in haar toelichting bij de definitie van 'een melder' van strafbare website inhoud (art. 2) dat diegene zowel een burger als een overheidsinstantie kan zijn. Ter beantwoording van de vraag of een overheidsinstantie ook een opsporingsinstantie kan zijn, licht de gedragscode (toelichting bij art. 4a¹²) toe dat meldingen van controle- of opsporingsdiensten op twee manieren kunnen worden gedaan. Enerzijds door een 'formele, dwingende melding' door een officier van justitie en die verifieerbaar afkomstig moet zijn van deze. Anderzijds door een 'gewone' melding die een opsporingsinstantie kan doen zoals elke particulier dat kan doen.

Over een 'gewone' melding benadrukt de Gedragscode in art. 4 a dat

'[het] van belang [is] dat de opsporings- of inspectiedienst duidelijk maakt dat in deze situatie geen sprake is van een formeel bevel.'

De opsporingsdienst moet met andere woorden aangeven dat het *slechts een verzoek* betreft dat geen enkele dwingende kracht heeft.

Indien we die laatste bepaling naast de eerder besproken brief van de Nationale Recherche leggen, is duidelijk dat de recherche haar boekje te buiten is gegaan. De brief wekte immers de indruk dat het verzoek in die mate dwingend was, dat bij gebrek aan vrijwillige verwijdering van de inhoud van of toegang tot het onlinemagazine 'Inspire' de site van publicintelligence.net zou worden platgelegd. De recherche bediende zich dus van een dreigend notice-takedownverzoek, dat niet werd gedaan overeenkomstig de Notice-And-Take-Down Gedragscode.

Het antwoord op de centrale vraag van deze bijdrage of opsporingsambtenaren een notice-takedownverzoek mogen indienen, is dan ook genuanceerd. Uit de rechtspraak, parlementaire geschiedenis en de Nederlandse Gedragscode Notice-And-Take-Down blijkt dat de hoedanigheid van de melder een grote rol speelt. Een opsporingsinstantie kan verwijdering van online-inhoud zowel vragen als vorderen, maar in beide gevallen dient dat op correcte wijze te worden gedaan. Een verzoek mag uitgaan van een opsporingsambtenaar, maar mag in geen geval de schijn hebben van een bevel of anderszins een dreigend karakter hebben. Een formele vordering, die wel dreigend mag zijn, dient uit te gaan van de officier van justitie en is dus uitgesloten voor een opsporingsambtenaar. De brief van de Nationale Recherche, aanleiding van deze bijdrage, was geen vriendelijk verzoek. Dat mocht dus met recht en reden worden genegeerd door de website-houder en de hosting provider.

11. <http://webwereld.nl/nieuws/106277/recherche-wil-site-met-al-qaida-blad-uit-de-lucht.html>.

12. http://www.nederlandtegenterrorisme.nl/fileadmin/user_upload/Bedrijven/PDF_s/Gedragscode_Notice_and_Take_Down_tcm91-293746.pdf.