

arrest

IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.330.157/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/729349 / KG ZA 23-92

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 11 juni 2024

in de zaak van

HAMMY MEDIA LTD,
gevestigd te Limassol, Cyprus,
appellante,
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. V.F. den Hollander te Amsterdam,

tegen

STICHTING OFFLIMITS
(voorheen genaamd: Stichting Expertisebureau Online Kindermisbruik),
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
tevens incidenteel appellante,
advocaat: mr. O.M.B.J. Volgenant te Amsterdam.

Partijen worden hierna Hammy Media en Offlimits genoemd.

1. De zaak in het kort

Hammy Media exploiteert de pornowebsite xhamster.com. Leden van Hammy Media kunnen op deze website pornografisch beeldmateriaal uploaden. Offlimits heeft als doel het voorkomen en bestrijden van online grensoverschrijdend gedrag. In een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW vordert Offlimits in kort geding dat Hammy Media wordt verboden beeldmateriaal openbaar te maken dat (i) heimelijk is gefilmd en personen herkenbaar toont die ontkleed zijn te zien op plekken waar zij zich onbespied wanen; of (ii) niet professioneel is gemaakt en personen herkenbaar toont die in de privésfeer seksuele handelingen verrichten. Offlimits vordert een wereldwijd verbod voor personen die in Nederland wonen en een verbod voor Nederland voor personen die niet in Nederland wonen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen, deels in gewijzigde vorm, toegewezen. In hoger beroep vordert Hammy Media dat de vorderingen alsnog worden afwezen en vordert Offlimits dat de vorderingen alsnog volledig worden toegewezen.

2. Het geding in hoger beroep

Hammy Media is bij dagvaarding van 9 mei 2023 in hoger beroep gekomen van een vonnis van 12 april 2023 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam, onder

bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Offlimits als eiseres en Hammy Media als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel;

Partijen hebben de zaak tijdens de mondelinge behandeling van 28 maart 2024 laten toelichten door hun hierboven genoemde advocaten, aan de hand van overgelegde spreekantekeningen. Bij die gelegenheid heeft Hammy Media twee nadere producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Hammy Media heeft in het principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – de vorderingen van Offlimits alsnog zal afwijzen, met veroordeling van Offlimits in de proceskosten in beide instanties met nakosten. Offlimits heeft in het principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Hammy Media in de proceskosten in hoger beroep.

Offlimits heeft in het incidenteel hoger beroep geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis voor zover haar vorderingen niet volledig zijn toegewezen en – uitvoerbaar bij voorraad – tot het alsnog volledig toewijzen daarvan, met veroordeling van Hammy Media in de proceskosten. Hammy Media heeft in het incidenteel hoger beroep geconcludeerd tot afwijzing daarvan.

Hammy Media heeft in hoger beroep bewijs aangeboden van haar stellingen.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in 2.1 – 2.9 van het bestreden vonnis de feiten opgesomd die zij tot uitgangspunt heeft genomen. In hoger beroep is niet in geschil dat de feiten juist zijn weergegeven, zodat ook het hof van deze feiten uitgaat. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten komen de feiten neer op het volgende.

3.1. Offlimits heeft blijkens haar, zowel op 15 december 2022 als op 7 juni 2023 gewijzigde, statuten het volgende doel:

De stichting heeft als doel het voorkomen en bestrijden van online grensoverschrijdend gedrag en misbruik in het algemeen en het voorkomen en bestrijden van online seksueel (kinder)misbruik en seksuele (kinder)uitbuiting in het bijzonder, en voorts al hetgeen met één en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de meest ruime zin van het woord.

3.2. Hammy Media exploiteert de pornowebsite (*adult website*) xhamster.com. Van die website maakt het subdomein nl.xhamster.com onderdeel uit (deze website inclusief subdomeinen hierna: xhamster.com). Leden (*verified members*) van Hammy Media kunnen beeldmateriaal uploaden op de website. In de *Terms and Condition* die Hammy Media vanaf oktober 2021 hanteert, staat onder meer dat leden die beeldmateriaal uploaden, moeten beschikken over de schriftelijke toestemming van alle personen die in beeld komen om het

beeldmateriaal te gebruiken en te publiceren. Deze eis van schriftelijke toestemming was niet opgenomen in de *Terms and Condition* die Hammy Media voor oktober 2021 hanteerde.

3.3. Op 6 december 2022 heeft de raadsman van Offlimits, mede namens de Stichting Stop Online Shaming (hierna: SOS Online) aan Hammy Media een brief gezonden, met daarbij gevoegd een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 16 februari 2022 (ECLI:NL:RBAMS:2022:557, hierna: het vagina.nl-vonnis). In de brief staat dat uit het vagina.nl-vonnis volgt dat het de exploitant van een pornowebsite niet is toegestaan beeldmateriaal te publiceren:

- (1) dat heimelijk is gefilmd en dat personen herkenbaar toont die (geheel of gedeeltelijk) ontkleed zijn te zien op plekken waar zij zich onbespied wanen; en
- (2) dat niet professioneel is gemaakt en personen herkenbaar toont die in de privésfeer seksuele handelingen verrichten,

voor zover de exploitant niet beschikt over de toestemming van de getoonde personen om dit beeldmateriaal openbaar te maken. Het hof duidt het sub 1 en 2 bedoelde beeldmateriaal hierna ook wel aan als: pornografisch beeldmateriaal.

Verder staat in deze brief dat Offlimits en SOS Online hebben geconstateerd dat op xhamster.com beeldmateriaal wordt getoond dat mogelijk in strijd is met de inhoud van het vonnis van 16 februari 2022. In een bijlage bij de brief zijn zes voorbeelden opgenomen van dergelijk beeldmateriaal. Hammy Media is in de brief gesommeerd de online publicatie van dit beeldmateriaal te staken en van de personen die herkenbaar worden getoond in het desbetreffende beeldmateriaal, bewijsmateriaal te verstrekken waaruit hun toestemming tot openbaarmaking blijkt. Tot slot staat in de brief dat Hammy Media wordt uitgenodigd voor een overleg in de zin van artikel 3:305a lid 3 sub c BW.

3.4. Bij brief van 23 december 2023 heeft Hammy Media kort gezegd geantwoord dat zij een *zero-tolerance* beleid voert ten aanzien van illegale content, dat alle content voor publicatie strikt wordt gecontroleerd ("*strictly moderated*"), dat zij zich in de *Terms and Conditions* en in de *User Agreement* het recht voorbehoudt content te verwijderen die hiermee strijdig is en dat zij een adequaat *Notice & Takedown* beleid voert. Tot slot is in de brief van Hammy Media opgenomen dat zij een aantal van de voorbeelden genoemd in de brief van 6 december 2022 heeft verwijderd.

3.5. Bij brief van 20 januari 2023 heeft de advocaat van Offlimits geconstateerd dat Hammy Media niet heeft voldaan aan de sommaties die zijn opgenomen in de brief van 6 december 2022 en haar voor een laatste keer uitgenodigd voor een overleg. Bij de brief is een conceptdagvaarding gevoegd ten behoeve van een kort geding, waarin alleen Offlimits als eiseres is opgenomen.

3.6. In de periode van 3 tot en met 16 februari 2023 is per e-mail gecorrespondeerd tussen de advocaten van partijen. Bij e-mail van 10 februari 2023 heeft de advocaat van Offlimits op verzoek van Hammy Media vier voorbeelden toegestuurd afkomstig van xhamster.com van beeldmateriaal dat volgens Offlimits niet professioneel is gemaakt en personen herkenbaar toont die in de privésfeer seksuele handelingen verrichten. Hammy Media is verzocht kenbaar te maken hoe zij zich ervan heeft vergewist dat de desbetreffende personen toestemming hebben gegeven voor openbaarmaking. Ook is verzocht om bewijs van die toestemming.

3.7. Op 13 februari 2023 heeft op het kantoor van Offlimits een overleg plaatsgevonden tussen partijen, waarbij de advocaten van beide partijen en de directeur van Offlimits aanwezig waren.

3.8. Bij e-mail van 16 februari 2023 heeft de advocaat van Offlimits het volgende geschreven aan de advocaat van Hammy Media:

“U gaf aan dat Hammy Media in oktober 2021 haar beleid heeft gewijzigd en sindsdien met toestemmingsformulieren werkt. Tijdens de bespreking liet u een voorbeeld zien. Wij bespraken dat wat EOKM [hof: thans Offlimits] betreft dit beleid ook moet worden toegepast op online beeldmateriaal dat vóór oktober 2021 voor het eerst werd gepubliceerd. Die vordering van EOKM past binnen de norm die in de rechtspraak is gesteld.

Met betrekking tot de vier voorbeelden die wij u bij email van 10 februari jl. stuurden (...) gaf u aan dat er bij drie van die video's geen achterliggende toestemmingsformulieren bleken te zijn. Met betrekking tot één video zou er wel een toestemmingsformulier zijn. Tijdens de bespreking hebben wij gevraagd of dat document aan ons kan worden toegezonden. U zou daar na overleg met Hammy Media op terugkomen. Wij vernamen nog niet van u. Kunt u ons voor het einde van de week voorzien van dat document?”

3.9. Als reactie hierop heeft Hammy Media met betrekking tot een van de vier voorbeelden een (geanonimiseerd) ondertekend formulier en een (geanonimiseerde) kopie van een identiteitsbewijs toegezonden van de uploader van de desbetreffende video.

3.10. De voorzieningenrechter heeft het in dit hoger beroep bestreden vonnis op 12 april 2023 gewezen. Het vonnis is op 24 april 2023 aan Hammy Media betekend. Vervolgens hebben (de advocaten van) partijen met elkaar gecorrespondeerd over de nakoming van het verbod dat de voorzieningenrechter in dit vonnis aan Hammy Media heeft opgelegd.

3.11. Offlimits heeft na het kortgedingvonnis van 12 april 2023 in vier berichten bij Hammy Media melding gemaakt van een kleine 1.200 video's die volgens haar onder het verbod vallen. Hammy Media heeft in totaal drie toestemmingsformulieren aan Offlimits gestuurd, die zien op 66 video's. Van de overige video's heeft Hammy Media aan Offlimits geen toestemmingsformulieren gestuurd. Deze video's heeft zij onder protest van haar website verwijderd.

3.12. Bij dagvaarding van 14 augustus 2023 heeft Hammy Media een executiegeschil in kort geding tegen Offlimits aanhangig gemaakt. De voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam heeft in dit geschil op 11 september 2023 vonnis gewezen. Het dictum van dit vonnis luidt onder meer als volgt:

“5.1. bepaalt dat 5.2 van het dictum van het vonnis van 12 april 2023 zo moet worden verstaan dat een schriftelijke melding van Offlimits ten hoogste 150 video's per drie werkdagen kan betreffen en dat Hammy Media na melding steeds drie werkdagen de gelegenheid krijgt om die video's te verwijderen dan wel binnen die termijn de vereiste gegevens over toestemming, woonplaats en plaats van openbaarmaking toont, tot de uitkomst bekend is van het door Hammy Media aanhangig gemaakte hoger tegen het vonnis van 12 april 2023.”

4. Eerste aanleg

4.1. Offlimits heeft in eerste aanleg samengevat gevorderd:

I. Hammy Media met onmiddellijke ingang te verbieden beeldmateriaal dat:

- heimelijk is gefilmd en dat personen herkenbaar toont die (geheel of gedeeltelijk) ontkleed zijn te zien op plekken waar zij zich onbespied wanen; of
- niet professioneel is gemaakt en personen herkenbaar toont die in de privé sfeer seksuele handelingen verrichten,

openbaar te maken en/of te verspreiden

a. wereldwijd voor zover het personen betreft die in Nederland woonachtig zijn; en

b. in Nederland voor zover het personen betreft die niet in Nederland woonachtig zijn, tenzij Hammy Media kan aantonen dat alle personen die in beeld zijn met openbaarmaking van dat beeldmateriaal hebben ingestemd;

II. op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 per keer dat Hammy Media een video publiceert dat dergelijk beeldmateriaal bevat, te vermeerderen met € 500,00 per dag dat de video nog openbaar wordt gemaakt, langer dan 24 uur nadat Hammy Media door Offlimits is gesommeerd de openbaarmaking te staken, telkens met een maximum van € 30.000,00 per video, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie vast te stellen dwangsom;

met veroordeling van Hammy Media in de proceskosten, met nakosten.

4.2. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis de vorderingen grotendeels toegewezen. Over het onder I gevorderde heeft zij geoordeeld dat dit toewijsbaar is, zij het niet met onmiddellijke ingang maar met ingang van drie weken na betekening van het vonnis. Over de onder II gevorderde dwangsom heeft de voorzieningenrechter onder meer het volgende geoordeeld. Het is in eerste instantie aan Offlimits (in het bestreden vonnis aangeduid als EOKM) om aan Hammy Media kenbaar te maken welke filmpjes onder het dictum van het vonnis vallen. Aan Hammy Media dient vervolgens een termijn van drie werkdagen te worden gegund waarbinnen zij ofwel het filmpje vrijwillig kan verwijderen, ofwel aan Offlimits kan aantonen dat zij beschikt over de vereiste toestemming dan wel kan aantonen dat de desbetreffende persoon niet in Nederland woonachtig is en/of het desbetreffende filmpje niet in Nederland openbaar wordt gemaakt. Indien Hammy Media niet binnen drie werkdagen tot verwijdering overgaat, dan wel niet de vereiste gegevens over toestemming, woonplaats en plaats van openbaarmaking kan tonen, verbeurt zij een dwangsom. Het op de dwangsom betrekking hebbende onderdeel 5.2 van het dictum van het bestreden vonnis luidt als volgt:

“bepaalt dat Hammy Media na drie weken na betekening van dit vonnis én drie werkdagen nadat EOKM bij haar schriftelijk melding heeft gemaakt van een video die volgens EOKM valt onder het verbod gegeven in 5.1 van dit vonnis een dwangsom verbeurt van € 10.000,00 per video, te vermeerderen met € 500,00 per dag dat de video nog openbaar wordt gemaakt, telkens met een maximum van € 30.000,00 per video, tenzij Hammy Media de video binnen die termijn van drie werkdagen heeft verwijderd dan wel binnen die termijn van drie werkdagen de vereiste gegevens over toestemming, woonplaats en plaats van openbaarmaking kan tonen”

5. Beoordeling

5.1. Tegen de overwegingen van de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis komt Hammy Media met negen grieven op in het principaal hoger beroep en komt Offlimits met één grief op in het incidenteel hoger beroep.

5.2. Het hof overweegt dat de voorzieningenrechter de vorderingen heeft beoordeeld aan de hand van Nederlands recht. Hiertegen zijn geen grieven aangevoerd, zodat ook het hof daarvan uit zal gaan. Het hof overweegt verder dat de inleidende dagvaarding voldoet aan de eisen van artikel 1018c lid 1 Rv.

In het principaal hoger beroep

Grieven 1 en 3 – bevoegdheid Nederlandse rechter

5.3. De grieven 1 en 3 richten zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van Offlimits, zowel op grond van artikel 7 lid 2 van Vo. (EU) nr. 1215/2012 van 12 december 2012 (Brussel I-bis) als op grond van artikel 79 lid 2 Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Deze grieven falen. Het hof licht dat als volgt toe.

5.4. Voor de vorderingen van Offlimits die zijn gebaseerd op onrechtmatige daad, is de Nederlandse rechter bevoegd tot kennisneming daarvan op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis. Uit deze bepaling volgt dat voor onrechtmatige daadsvorderingen een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan worden opgeroepen voor het gerecht van een (andere) lidstaat, te weten het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Hammy Media heeft niet betwist dat het beeldmateriaal dat zij openbaar maakt in Nederland via internet (gratis) toegankelijk is. Zij heeft ook niet betwist dat haar website xhamster.com beschikt over een Nederlands subdomein (nl.xhamster.com), en dat xhamster.com beeldmateriaal bevat met een Nederlandse titel en waarin Nederlands wordt gesproken. De vorderingen van Offlimits zien enerzijds op personen die in Nederland wonen. Deze personen hebben in Nederland het centrum van hun belangen zodat de Nederlandse rechter bevoegd is ten aanzien van de op die personen gerichte vorderingen (HvJEU 25 oktober 2011, ECLI:2011:EU:C:2011:685). Anderzijds zien de vorderingen van Offlimits op personen die niet in Nederland wonen. Deze vorderingen zijn beperkt tot voor Nederland geldende maatregelen. Voor deze vorderingen is Nederland aan te merken als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Ook voor die vorderingen schept artikel 7 lid 2 Brussel I-bis bevoegdheid voor de Nederlandse rechter.

5.5. Het door Hammy Media aangevoerde ‘country of origin’-principe voor online platforms – op grond waarvan zij meent dat Offlimits zich tot de rechter in Cyprus had moeten wenden – kan aan de bijzondere bevoegdheidsregels van de Verordening Brussel I-bis niet afdoen. Dat geldt ook voor het beroep van Hammy Media op een passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve acties (WAMCA), waarin onder meer wordt vermeld dat “... moet worden voorkomen dat Nederland een aanzuigende werking zal krijgen op collectieve schadevergoedingsacties die elders thuis horen”. Uit de in rov. 5.4 genoemde feiten en omstandigheden blijkt verder in voldoende mate van een nauwe band tussen de Nederlandse rechter en de vorderingen van Offlimits, als bedoeld in punt 16 van de considerans bij de Verordening Brussel I-bis. De website van Hammy Media is mede op

Nederland gericht en het was dan ook redelijkerwijs voor haar voorzienbaar dat zij ten aanzien van deze vorderingen zou worden opgeroepen voor de Nederlandse rechter.

5.6. Voor de vorderingen van Offlimits voor zover die zijn gebaseerd op de AVG, is de Nederlandse rechter bevoegd tot kennisneming daarvan op grond van artikel 79 lid 2 AVG. Volgens deze bepaling kan een procedure tegen een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker (ook) worden ingesteld bij de rechter van de lidstaat waar de betrokkene gewoonlijk verblijft. Een belangenorganisatie als Offlimits kan zich op deze bevoegdheidsgrond beroepen.

5.7. Offlimits heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij in deze procedure (mede) opkomt voor de belangen van in Nederland verblijvende betrokkenen, die getoond worden in beeldmateriaal dat openbaar gemaakt wordt op xhamster.com en van wie Hammy Media persoonsgegevens heeft verwerkt. Offlimits heeft onbetwist gewezen op voorbeelden van beeldmateriaal op xhamster.com waarin Nederlands wordt gesproken en van beeldmateriaal waarvan uit de titel blijkt dat de daarin getoonde personen Nederlands zijn. Offlimits heeft zich verder beroepen op verklaringen van medewerkers van de hulplijn 'Helpwanted', die onderdeel is van de organisatie van Offlimits. Offlimits heeft daarover gesteld dat personen (slachtoffers) die bij Helpwanted om hulp vragen, grotendeels in Nederland woonachtig zijn, wat door Hammy Media niet gemotiveerd is betwist. Ter zitting in hoger beroep heeft Offlimits verder nog het voorbeeld aangehaald van een vrouw uit Weert die duidelijk herkenbaar te zien is in vier video's. Deze zijn openbaar gemaakt op xhamster.com en zijn, tot zij na een melding van Offlimits werden verwijderd, meer dan 700.000 keer bekeken.

5.8. De omstandigheid dat het, zoals Hammy Media heeft gesteld, gaat om beeldmateriaal van voor 2021 kan (al aangenomen dat dit juist is) Hammy Media niet baten. Deze omstandigheid ontnemt niet het onrechtmatige karakter aan een video indien de daarin getoonde personen geen toestemming voor openbaarmaking hebben gegeven. Evenmin betekent deze omstandigheid dat een betrokkene zich niet zou kunnen beroepen op zijn of haar rechten onder de AVG.

Grief 2 – spoedeisend belang en geschikt voor kort geding?

5.9. Met grief 2 betoogt Hammy Media dat Offlimits geen spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen en dat de zaak te complex is voor kort geding.

5.10. Het hof oordeelt dat Offlimits ook in hoger beroep voldoende spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen. Deze zien op een voortdurende, ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de personen voor wie Offlimits opkomt. Deze inbreuk vloeit voort uit beeldmateriaal dat doorlopend op xhamster.com openbaar wordt gemaakt. Dat dit beeldmateriaal mogelijk al jaren op die website is te vinden, maakt dit niet anders. Gelet op de hoeveelheid beeldmateriaal dat via deze website kan worden bekeken, de aard van dat materiaal en het feit dat Hammy Media de eis van schriftelijke toestemming niet stelde voor beeldmateriaal dat voor oktober 2021 op deze website werd geplaatst, is Offlimits' stelling dat personen vaak niet weten dat ze ongewild op een pornosite staan, voldoende aannemelijk. Offlimits voert terecht aan dat de schade voor deze personen doorloopt zolang een video, waarvoor geen toestemming is gegeven, online beschikbaar blijft. Van Offlimits kan dan ook in redelijkheid niet gevergd worden dat zij de uitkomst van een bodemprocedure afwacht.

5.11. Hammy Media betoogt verder tevergeefs dat deze zaak niet geschikt is voor kort geding. Het hof acht de zaak feitelijk en juridisch niet zodanig complex dat daarover niet in kort geding kan worden beslist.

Grief 4 – WAMCA

5.12. Met grief 4 klaagt Hammy Media over (onderdelen van) het oordeel van de voorzieningenrechter dat Offlimits voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW.

5.13. Tussen partijen is niet in geschil dat Offlimits in deze procedure opkomt voor een ideëel doel en daarbij geen financieel belang heeft. Offlimits vordert in deze procedure geen schadevergoeding in geld. Op grond van artikel 3:305a lid 6 BW hoeft Offlimits, om in deze zaak ontvankelijk te zijn, niet te voldoen aan de eisen van artikel 3:305a lid 2 en lid 5 BW.

5.14. Volgens Hammy Media blijkt uit de statutaire doelstelling van Offlimits niet (voldoende) dat Offlimits de belangen behartigt waarvoor zij in deze procedure opkomt. Voor zover Hammy Media hierbij een beroep doet op de versie van de statuten van Offlimits van voor 15 december 2022 gaat het hof daaraan voorbij. De voor deze procedure van belang zijnde statuten zijn die van 15 december 2022 en van 7 juni 2023, waarin exact dezelfde doelstelling is opgenomen. De belangen waarvoor Offlimits in deze procedure opkomt en de vorderingen die zij daartoe heeft ingesteld, passen naar het oordeel van het hof binnen deze statutaire doelstelling. Hammy Media betoogt verder dat Offlimits niet heeft aangetoond dat zij activiteiten ontplooit die passen binnen deze doelstelling. Het hof verwerpt dit betoog. Offlimits heeft onder meer gewezen op de activiteiten van de hulplijn Helpwanted, die onderdeel is van haar organisatie, en daarover het volgende gesteld. Deze hulplijn richt zich (mede) op slachtoffers van online grensoverschrijdend gedrag zoals personen die ongewild optreden in pornografisch beeldmateriaal dat op internet openbaar wordt gemaakt. De hulplijn is erop ingericht om slachtoffers hierover te adviseren en ondersteuning te bieden. De website van Helpwanted bevat onder meer handleidingen die uitleggen hoe een slachtoffer ongewenst beeldmateriaal van een website kan laten verwijderen. Hammy Media heeft dit alles onvoldoende gemotiveerd betwist, en Offlimits heeft dan ook voldoende aannemelijk gemaakt dat zij haar statutaire doelstelling daadwerkelijk behartigt.

5.15. Hammy Media voert verder tevergeefs aan dat de vorderingen van Offlimits geen voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer, als bedoeld in artikel 3:305a lid 3 onder b BW. Offlimits heeft genoegzaam aannemelijk gemaakt dat het merendeel van de personen voor wie zij opkomt zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft en dat de gebeurtenissen waarop haar vorderingen betrekking hebben in Nederland hebben plaatsgevonden. Dit blijkt uit de onbetwist door Offlimits aangevoerde omstandigheden dat het beeldmateriaal dat Hammy Media openbaar maakt in Nederland gratis via internet toegankelijk is, dat de website xhamster.com beschikt over een Nederlands subdomein, dat deze website beeldmateriaal bevat met een Nederlandse titel, beeldmateriaal waarin Nederlands wordt gesproken en beeldmateriaal waarvan uit de titel blijkt dat de getoonde personen Nederlands zijn, en dat slachtoffers die bij Helpwanted om hulp vragen, grotendeels in Nederland woonachtig zijn. Offlimits heeft haar vorderingen zo ingericht dat voor personen die in Nederland wonen een wereldwijd verbod wordt gevraagd, en voor personen die niet in Nederland wonen het verbod beperkt is tot Nederland. Daarmee wordt voorkomen dat in deze procedure vorderingen kunnen worden toegewezen die geen voldoende nauwe band met Nederland hebben.

5.16. Offlimits heeft ten slotte voldoende getracht het gevorderde door het voeren van overleg met Hammy Media te bereiken. Zij heeft Hammy Media zowel bij brief van 6 december 2022 als bij brief van 20 januari 2023 uitgenodigd voor overleg. Dit overleg heeft op 13 februari

2023 ook daadwerkelijk plaatsgevonden. Dat dit overleg niet tot resultaat heeft geleid, betekent niet dat Offlimits zich onvoldoende heeft ingespannen om een procedure te voorkomen. Offlimits heeft hierover onbetwist gesteld dat tijdens dit overleg bleek dat de standpunten van partijen te ver uiteen lagen om de zaak buiten rechte te kunnen oplossen.

5.17. Dit betekent dat grief 4 faalt.

Grief 5 – AVG en artikel 21 Auteurswet (Aw)

5.18. Grief 5 keert zich als eerste tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat Hammy Media geen beroep toekomt op de uitzonderingen opgenomen in artikel 9 lid 2 onder a en e AVG.

5.19. Volgens Hammy Media is er geen wet- of regelgeving die videodeelplatforms verplicht toestemmingsformulieren te verzamelen van in video's afgebeelde personen. Of dergelijke wet- of regelgeving in het algemeen bestaat, doet niet ter zake voor Hammy Media. Zij heeft niet betwist dat zij persoonsgegevens verwerkt van de personen die zijn te zien in het pornografisch beeldmateriaal dat op xhamster.com openbaar wordt gemaakt en dat zij daarvoor de verwerkingsverantwoordelijke is. Het gaat (onder meer) om persoonsgegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag als bedoeld in artikel 9 lid 1 AVG. Dit artikel bepaalt dat de verwerking van deze persoonsgegevens verboden is. Lid 2 van artikel 9 AVG geeft enkele uitzonderingen op deze regel. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van deze uitzonderingen rust op Hammy Media.

5.20. Hammy Media beroept zich op de uitzonderingen onder a) en e) van artikel 9 lid 2 AVG. Uitzondering a) betreft, kort gezegd, de situatie dat de betrokkene (uitdrukkelijke) toestemming heeft gegeven voor de verwerking van persoonsgegevens. Uitzondering e) betreft het geval dat de verwerking betrekking heeft op persoonsgegevens die kennelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt. Hammy Media staft haar beroep op deze uitzonderingen met de stelling dat uit de omstandigheid dat zij geen toestemmingsformulier kan overleggen, nog niet blijkt dat de betrokkene geen toestemming heeft gegeven voor het verwerken van persoonsgegevens c.q. voor het openbaarmaken van beeldmateriaal waarop deze betrokkene is te zien. Volgens Hammy Media mag er niet van worden uitgegaan dat content waarvan toestemmingsformulieren ontbreken, illegale content is. Dit betoog faalt. Op zich is juist, dat de AVG niet voorschrijft op welke wijze de verwerkingsverantwoordelijke moet aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven en dat een toestemmingsformulier hiervoor niet de enige mogelijkheid is. Het aantonen van toestemming kan op iedere daarvoor geëigende wijze geschieden, zolang hieruit maar ondubbelzinnig en voldoende controleerbaar blijkt dat de desbetreffende persoon toestemming heeft gegeven. Dit laat echter onverlet dat het aan Hammy Media is om aan te tonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven (uitzondering a) en/of de persoonsgegevens zelf heeft openbaar gemaakt (uitzondering e). In alle gevallen waarin Hammy Media dit niet kan, is de verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9 lid 1 AVG verboden en gaat het dus om illegale content.

5.21. Hammy Media heeft verder opgeworpen dat niet duidelijk is of de AVG in dezen van toepassing is, kort gezegd omdat de identiteit van de personen voor wie Offlimits zegt op te komen niet kan worden vastgesteld. Volgens Hammy Media is de AVG bijvoorbeeld niet van toepassing op een Argentijns model dat in Argentinië woont. Dit is niet juist. Hammy Media is een in de Europese Unie gevestigde verwerkingsverantwoordelijke. De AVG is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verwerkingsverantwoordelijke in de Europese Unie (artikel 3 lid 1 AVG). Hierbij is niet

relevant wat de nationaliteit of woonplaats is van de persoon van wie persoonsgegevens worden verwerkt.

5.22. Hammy Media heeft geen belang bij beoordeling van grief 5 voor zover die klaagt over toepassing van artikel 21 Auteurswet. In het bestreden vonnis zijn geen vorderingen op deze grondslag toegewezen. Omdat het hof het in het bestreden vonnis opgelegde verbod zal bekrachtigen, komt het niet aan deze grondslag toe.

Grief 6 – hostingexceptie artikel 6:196c lid 4 BW

5.23. Met grief 6 klaagt Hammy Media erover dat de voorzieningenrechter haar beroep op de zogeheten hostingexceptie van artikel 6:196c lid 4 BW niet heeft gehonoreerd.

5.24. Artikel 6:196c lid 4 BW (als implementatie van artikel 14 Richtlijn inzake elektronische handel, 2000/31/EG; met ingang van 16 november 2022 vervangen door artikel 6 Digitaal dienstenverordening 2022/2265/EU) luidt als volgt:

“Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, is niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij:
a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel
b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt.”

5.25. Tussen partijen is niet in geschil dat Hammy Media hostingdiensten verleent als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW. Zij strijden wel over de vraag of Hammy Media een beroep kan doen op de hiervoor genoemde hostingexceptie. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij alleen een beroep toekomt op de hostingexceptie indien zij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht (een neutrale rol speelt), hetgeen inhoudt dat zij geen kennis heeft van of controle heeft over de content die zij opslaat (onder meer HvJEU inzake You Tube & Cyando, ECLI:EU:C:2021:503 punt 106 en overweging 18 van Verordening 2022/2265/EU).

5.26. Hammy Media heeft in hoger beroep een document getiteld *“Flow of the publication of video on the xHamster website”* overgelegd. Uit dit document blijkt onder meer dat nadat een video op het platform is opgeladen (*uploaded*) deze wordt aangeboden aan het, volgens Hammy Media uit 28 personen bestaande, *moderation team* voor beoordeling en goedkeuring (stap 19: *“Once the video is uploaded, it will be sent to the moderation team for review and approval ...*). Het *moderation team* controleert of een video geen verboden inhoud bevat en of alle daarin voorkomende personen toestemming voor openbaarmaking hebben gegeven. Stap 25.2 van het document vermeldt onder meer:

“Moderation team shall approve or reject the uploaded videos. At this stage, the moderation team has to verify that:
- the videos do not have any prohibited content. We have a relevant Reviewer's Guide where all criteria of illegal content are explicitly mentioned.

- the persons in the videos are the persons that the creator has provided documents for. The co-performer and the creator shall appear on the video. In case the video will depict somebody else, the video will be rejected. (...)"

Uit dit alles blijkt dat Hammy Media bij het openbaar maken van beeldmateriaal op xhamster.com geen neutrale rol speelt. Hammy Media heeft kennis van en controle over het beeldmateriaal (*content*) dat zij opslaat en openbaar maakt. Op zich is juist, zoals Hammy Media stelt, dat derden de content creëren en uploaden maar het is Hammy Media (namelijk haar *moderation team*) die de aangeboden content inhoudelijk beoordeelt en vervolgens beslist of deze via xhamster.com openbaar gemaakt wordt. Hammy Media komt daarom geen beroep toe op de hostingexceptie van artikel 6:196c lid 4 BW. De handelingen die Hammy Media in dit kader verricht gaan verder dan louter technische, automatische en passieve handelingen en behelzen duidelijk meer dan het treffen van technische maatregelen om aangeboden beeldmateriaal te controleren op illegale content als bedoeld in punt 109 van het You Tube & Cyando-arrest en artikel 7 van Verordening 2022/2265/EU.

5.27. Hammy Media heeft gewezen op, wat zij noemt, de *Good-Samaritan-paradox*. Zij betoogt in wezen dat zij slechter af is door controle uit te voeren op het aangeboden beeldmateriaal. Vanwege die controle, waarmee zij openbaarmaking van illegale content voorkomt, heeft zij geen beroep op de hostingexceptie terwijl zij dat wel zou hebben als zij niet zou controleren, en illegale content zou openbaar maken, aldus Hammy Media. Dit betoog is niet relevant, al was het maar omdat Hammy Media haar organisatie zo heeft ingericht dat zij het aangeboden beeldmateriaal wel controleert en geen neutrale rol speelt. Voor zover Hammy Media zou menen dat zij zonder controle al het aan haar aangeboden pornografisch beeldmateriaal zonder meer openbaar zou mogen maken, miskent zij dat dit haar niet is toegestaan indien niet alle personen die daarop zijn te zien, hiervoor toestemming hebben gegeven. Daarbij is van betekenis dat Hammy Media zich juist richt op het verwerken en aanbieden van beeldmateriaal met pornografische inhoud.

5.28. Uit dit alles volgt dat grief 6 geen succes heeft.

Grief 7 – dictum

5.29. Met grief 7 formuleert Hammy Media een aantal bezwaren tegen de formulering van het dictum van het bestreden vonnis. Hammy Media heeft die bezwaren herhaald in haar verweer in het incidenteel hoger beroep. Uit de overwegingen van het hof in het incidenteel hoger beroep volgt dat het hof het dictum van het bestreden vonnis gedeeltelijk zal vernietigen en zal herformuleren. Voor zover relevant zal het hof de bezwaren van Hammy Media behandelen bij de bespreking van het incidenteel hoger beroep.

Grief 8 – rechtsregel vagina.nl-vonnis

5.30. Met grief 8 betoogt Hammy Media dat de (rechts)regel van het vagina.nl-vonnis op haar niet van toepassing is. Hammy Media voert hierbij aan dat er relevante verschillen bestaan tussen haar internationaal opererende website en de volgens Hammy Media veelal op Nederland gerichte website van vagina.nl. Zij betoogt verder dat een video waarvan de toestemmingsformulieren ontbreken, niet automatisch onrechtmatig is. Volgens Hammy Media mag de bewijslast niet worden omgekeerd en zal Offlimits moeten aantonen dat een video, vanwege het ontbreken van toestemming, onrechtmatig is.

5.31. Anders dan Hammy Media betoogt, is het openbaar maken van (binnen de vorderingen vallend) pornografisch beeldmateriaal onrechtmatig tenzij de openbaarmaker aantoont dat de daarin getoonde personen toestemming hebben gegeven voor openbaarmaking van de beelden. In zoverre sluit het hof zich aan bij de overwegingen van de rechtbank in het vagina.nl-vonnis. De stelplicht en bewijslast van het geven van toestemming rust op de openbaarmaker, in dit geval Hammy Media. De hiervoor genoemde regel geldt naar Nederlands recht – dat in dezen van toepassing is – voor iedere vorm van openbaarmaking. Hierbij doet niet ter zake of een openbaarmaking, zoals een website, vooral op Nederland is gericht of naast Nederland ook een breder bereik heeft.

5.32. Uit het voorgaande volgt dat grief 8 faalt.

Grief 9 – uitvoerbaar bij voorraad

5.33. Hammy Media bestrijdt de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het bestreden vonnis met grief 9. Ook deze grief faalt. De vorderingen van Offlimits zien op ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van degenen voor wie zij opkomt. Het hof heeft hiervoor al geoordeeld dat Offlimits spoedeisend belang heeft bij deze vorderingen. In dit licht weegt het belang van Offlimits en de personen voor wie zij opkomt bij een onmiddellijke werking van maatregelen die aan deze inbreuken een einde beogen te brengen, zwaarder dan het belang van Hammy Media om zonder druk van dwangsommen de beslissing op een in te stellen rechtsmiddel of bodemprocedure af te wachten.

In het incidenteel hoger beroep

5.34. Met haar incidentele grief keert Offlimits zich tegen onderdeel 5.2 van het dictum van het bestreden vonnis en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen.

5.35. Offlimits licht deze grief kort gezegd als volgt toe. Onderdeel 5.2 introduceert een meldplicht voor Offlimits, waardoor Hammy Media pas een dwangsom kan verbeuren na een melding van Offlimits van een specifieke video. Dit komt neer op een ‘notice and takedown-regeling’. Hierdoor is de last om xhamster.com te schonen van video’s waarin personen voorkomen die geen toestemming hebben gegeven voor openbaarmaking, bij Offlimits neergelegd. Dat is niet de inzet van Offlimits in dit kort geding. Hammy Media voert voor xhamster.com al een notice and takedown-beleid. Het gaat Offlimits erom dat Hammy Media er zelf voor zorgt dat xhamster.com geen beeldmateriaal bevat van personen die geen toestemming hebben gegeven voor openbaarmaking. Uit zowel het vagina.nl-vonnis als de AVG volgt dat Hammy Media hiertoe verplicht is. Daarbij is van belang dat xhamster.com ongeveer een miljoen filmpjes bevat van voor het moment dat Hammy Media haar *Terms and Conditions* wijzigde in oktober 2021 en een toestemmingsvereiste introduceerde. Offlimits heeft niet de capaciteit om al deze video’s te beoordelen en waar nodig daarover te communiceren met Hammy Media, aldus nog steeds Offlimits.

5.36. Het hof acht deze grief gegrond. Uit zowel het vagina.nl-vonnis (waarbij het hof zoals hiervoor overwogen zich op dit punt aansluit) als de AVG volgt dat het Hammy Media niet is toegestaan om (het binnen de vorderingen vallend) pornografisch beeldmateriaal openbaar te maken van personen die daarvoor geen toestemming hebben gegeven. Op Hammy Media rust de rechtsplicht om zich er zelf van te vergewissen dat de vereiste toestemming is gegeven. Zij zal dit moeten kunnen aantonen en in zoverre rust, zoals hiervoor overwogen, de bewijslast op Hammy Media. De omstandigheid dat Hammy Media een (naar eigen zeggen: goed functionerend) notice and takedown-beleid voert, kan haar niet baten. Dit beleid verhindert

namelijk niet dat het reeds op haar website aanwezige pornografisch beeldmateriaal waarvoor de vereiste toestemming ontbreekt toch openbaar wordt gemaakt terwijl dat niet is toegestaan. Het beleid kan alleen bewerkstelligen dat het materiaal – dat überhaupt niet openbaar gemaakt had mogen worden – op enig moment wordt verwijderd. Dat laat onverlet dat Hammy Media gedurende de tijd dat het beeldmateriaal openbaar is gemaakt onrechtmatig heeft gehandeld en nog steeds handelt jegens degenen die daarin worden getoond en geen toestemming hadden gegeven voor openbaarmaking.

5.37. De dwangsomveroordeling in het bestreden vonnis komt, naar Offlimits onbetwist heeft gesteld, neer op een ‘notice and takedown-systeem’. Uit het hiervoor overwogene volgt dat een dergelijk systeem niet aansluit op de op Hammy Media rustende rechtsplicht om zich er zelf van te vergewissen dat de vereiste toestemming is gegeven. Bij deze rechtsplicht past een dwangsomveroordeling die de eigen verantwoordelijkheid van Hammy Media tot uitgangspunt neemt. Dat dit mogelijk betekent dat Hammy Media van een groot aantal video’s zal moeten controleren of de vereiste toestemming is gegeven, doet hieraan niet af. Dit is het gevolg van de eigen keuze van Hammy Media om beeldmateriaal waarvan zij niet heeft gecontroleerd of de vereiste toestemming is gegeven, online te laten staan. Hammy Media heeft bovendien na de sommaties en het wijzen van het bestreden vonnis ruim de tijd gehad om maatregelen te nemen teneinde onrechtmatig beeldmateriaal te verwijderen. Daarom krijgt zij slechts kort de tijd om dat alsnog te doen. Het hof zal Hammy Media een termijn van drie werkdagen (te rekenen vanaf de betekening van dit arrest) gunnen om haar website, voor zover nodig, in overeenstemming te brengen met dit arrest, alvorens zij dwangsommen kan verbeuren.

5.38. Het hof verwerpt het betoog van Hammy Media dat de begrippen ‘heimelijk gefilmd’, ‘zich onbespied wanen’, ‘niet professioneel gemaakt’ en ‘in de privésfeer’ te onbepaald zijn om te worden opgenomen in een met een dwangsom verstrekt verbod. Hammy Media heeft verder aangevoerd dat zij niet registreert wat de woonplaats is van personen die voorkomen in beeldmateriaal dat op xhamster.com toegankelijk is. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, dient Hammy Media al het beeldmateriaal waarin personen voorkomen die geen toestemming hebben tot openbaar making hebben gegeven voor Nederland ontoegankelijk te maken. Zodra Hammy Media over concrete aanwijzingen beschikt dat de desbetreffende personen in Nederland wonen (bijvoorbeeld: de personen spreken Nederlands, de titel verwijst naar een in Nederland wonend persoon of in het beeldmateriaal zijn Nederlandse omgevingsbeelden herkenbaar), dient zij het beeldmateriaal wereldwijd ontoegankelijk te maken. Op Hammy Media rust een zorgplicht dit zelf actief te onderzoeken. Ter zitting is gebleken dat Hammy Media hiertoe in staat is.

5.39. Het hof ziet wel aanleiding te bepalen dat boven een bedrag van € 500.000,- geen dwangsom meer verbeurd wordt. Dit bedrag geeft naar oordeel van het hof Hammy Media een voldoende prikkel tot nakoming.

5.40. Dit alles leidt tot het volgende. De incidentele grief slaagt. Om te voorkomen dat de titel voor eventueel in het verleden verbeurde dwangsommen komt te vervallen, zal het hof onderdeel 5.2 van het dictum van het bestreden vonnis voor het verleden in stand laten en alleen vernietigen voor de periode vanaf de datum van dit arrest, een ander op de wijze zoals hierna vermeld in het dictum. Het hof zal onderdeel 5.2 wel (ook) voor het verleden vernietigen voor zover daarin geen bedrag is bepaald waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt. Het hof zal de te verbeuren dwangsom maximeren tot € 500.000,-, Ter vermijding van misverstand: dit bedrag geldt voor het totaal aan dwangsommen te verbeuren bedrag, uit welke hoofde dan ook.

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

5.41. Het hof verwerpt het bewijsaanbod van Hammy Media. Een kort geding leent zich in beginsel niet voor bewijslevering. Hammy Media heeft bovendien geen bewijs aangeboden van voldoende concrete stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel in deze zaak kunnen leiden.

5.42. De grieven in het principaal hoger beroep treffen geen doel, met dien verstande dat de dwangsommen worden gemaximeerd. De incidentele grief slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal gedeeltelijk worden vernietigd op de wijze als hierna vermeld en voor het overige worden bekrachtigd. Hammy Media is in het principaal en in het incidenteel hoger beroep in het ongelijk gesteld en zal daarom worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep. Het hof stelt deze kosten als volgt vast:

- griffierecht	€ 783,-
- salaris advocaat	€ 3.642,- (tarief II, 3 punten)
Totaal	€ 4.425,-

6. Beslissing

Het hof:

vernietigt onderdeel 5.2 van het vonnis waarvan beroep voor zover daarin geen bedrag is bepaald waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt, en vernietigt onderdeel 5.2 van het vonnis waarvan beroep voor het overige met ingang van de datum van dit arrest;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Hammy Media tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,- voor iedere keer dat Hammy Media na drie werkdagen, te rekenen vanaf de betekening van dit arrest, een video openbaar maakt die valt onder het in onderdeel 5.1 van het vonnis waarvan beroep opgelegde verbod, te vermeerderen met een bedrag van € 500,- per dag voor iedere dag of gedeelte daarvan dat de betreffende video nog openbaar gemaakt wordt langer dan vierentwintig uur nadat Hammy Media door Offlimits is gesommeerd de openbaarmaking te staken, telkens met een maximum van € 30.000,- per video;

bepaalt dat boven een bedrag van € 500.000,- geen dwangsom verbeurd wordt;

veroordeelt Hammy Media in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Offlimits vastgesteld op € 4.425,-;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, K.A.J. Bisschop en A.W.G. Artz en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 11 juni 2024.

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: *Mr. O.M.B.S. Volgengat*
DE GRIFFIER

Mr. J.C.W. Rang