

Hype of echt link?

De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines

REMY CHAVANNES Hyperlinks zijn hét wezenskenmerk van internet en worden door de meeste internetgebruikers als grondrecht gekoesterd. Uit het vonnis in de zaak *Deutsche Bahn/Indymedia* blijkt echter dat een hyperlink naar onrechtmatige informatie al snel onrechtmatig wordt geacht. Een vervelend voorbeeld van het juristenadagium 'easy cases make bad law' of een terechte streep door de rekening van het 'op internet kan alles'-denken?

Mr. R.D. Chavannes

is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

E-mail:

Remy.Chavannes@stibbe.nl

Deze bijdrage is afgesloten op 13 januari 2003.

Voor een antwoord op die vraag wordt eerst de Indymedia-uitspraak besproken. Die vormt vervolgens aanleiding om het verschijnsel van de hyperlinkaansprakelijkheid meer in abstracto te analyseren. Daarbij gaat het niet alleen om de aansprakelijkheid van de website-eigenaar die de hyperlink aanbrengt, maar ook om die van zijn internetprovider en van zoekmachines. Het artikel eindigt met het formuleren van een aantal algemene criteria voor hyperlinkaansprakelijkheid.

Hyperlinkaansprakelijkheid in de Indymedia-zaak

De casus | Geconfronteerd met een website met artikelen uit het links-anarchistische Duitse tijdschrift *Radikal*, waarin onder meer viel te lezen hoe de kerntransporten over de Duitse spoorwegen te saboteren, kwam *Deutsche Bahn* (de Duitse spoorwegen, DB) na jaren winterslaap in het voorjaar van 2002 radicaal in actie. Internetprovider XS4ALL, op wiens servers de pagina's stonden, werd op korte termijn gedagvaard en moest van de Amsterdamse voorzieningenrechter twee specifieke artikelen onmiddellijk blokkeren en bovendien de naam van de abonnee prijsgeven.¹ Vervolgens werd ook 'onafhankelijk lokaal en mondiaal vrij communicatiekanaal' Indymedia gedagvaard, want op haar website hadden bezoekers hyperlinks aangebracht naar andere sites waarop de *Radikal*-artikelen te lezen waren. Ook deze hyperlinks moesten op last van dezelfde Amsterdamse voorzieningenrechter worden verwijderd.² Bij de zoekmachines Google, Yahoo en Altavista hoefde het niet zo ver te komen: zij verwijderden vrijwillig alle verwijzingen naar de artikelen.³

Het vonnis | De kernoverweging van de uitspraak van 20 juni 2002 is rechtsoverweging 8. De voorzieningenrechter past op Indymedia dezelfde regels toe als hij eerder op XS4ALL deed, omdat ook Indymedia gebruikers in staat stelt om informatie op internet te plaatsen. Het een lezer van je website toestaan een hyperlink naar onrechtmatige informatie aan te brengen is juridisch gezien dus niet anders dan het zelf hosten van die onrechtmatige informatie. Als Indymedia weet dat bepaalde, evident onrechtmatige informatie bereikbaar is via een hyperlink vanaf haar site dan dient zij die hyperlink te verwijderen. Doorslaggevend is, aldus de voorzieningenrechter, dat Indymedia het technisch mogelijk maakt en laat de informatie te bereiken. Het is volgens hem *niet* van belang of Indymedia de informatie wel of niet tot de hare maakt, noch of de hyperlinks direct of juist *indirect* tot de onrechtmatige informatie voeren. Zelfs niet relevant is het feit dat, als Indymedia de hyperlinks verwijdert, de onrechtmatige informatie *zelf* natuurlijk gewoon beschikbaar blijft. In het dictum beveelt de voorzieningenrechter Indymedia vervolgens om onmiddellijk de hyperlinks, die staan op enige onder de controle van Indymedia staande website, te verwijderen en verwijderd te houden, voorzover deze hyperlinks direct of indirect leiden tot de twee *Radikal*-artikelen, ongeacht of deze hyperlinks zijn opgenomen in berichten van bezoekers.

Analyse | Naar mijn idee gaan er in dit vonnis meerdere dingen fout. Allereerst de vergelijking tussen Indymedia en de internetprovider. Die is te kort door de bocht want die slaat de hoofdvraag over, namelijk of de *gebruiker* van de site van Indymedia onrechtmatig handelt door de hyperlink te plaatsen. Met



andere woorden: of de hyperlink moet worden aangemerkt als evident onrechtmatige informatie. Daarvoor is mijns inziens juist *wel* relevant of de hyperlinks direct of indirect zijn en of de plaatser ervan zich de inhoud eigen heeft gemaakt. Pas als de hyperlinker *zelf* onrechtmatig is en de evidente onrechtmatigheid van de *hyperlink* – dus niet: van de informatie waarnaar de link verwijst – voor Indymedia kenbaar is, zou toepassing van de ISP-criteria voor de hand liggen.

Ook het toegepaste onrechtmatigheids criterium is naar mijn oordeel onnodig absoluut. Indymedia is aansprakelijk louter omdat zij het technisch mogelijk maakt en laat de informatie te bereiken. Als dát echter het criterium is, zijn ook alle accessproviders die de *Radikal*-artikelen niet censureren aansprakelijk, alsmede de browserproducenten die er niet op filteren. Ook zij maken het immers technisch mogelijk om de informatie te bereiken. Handelen zij na kennisgeving door DB onrechtmatig door de informatie bereikbaar te laten? Het verschil tussen Indymedia en accessprovider of browserproducent is natuurlijk dat de pagina van Indymedia de gebruiker *meedeelt* waar de informatie beschikbaar is en binnen één klik bereikbaar maakt. Maar of die informatie door middel van HTML-codes is geformatteerd tot hyperlink of door de gebruiker eerst handmatig naar de adresbalk van zijn browser gekopieerd moet worden, kan mijns inziens geen doorslaggevend verschil zijn. In die zin is een krant die in een

artikel de URL geeft van de *Radikal*-artikelen evenzeer (of: evenmin) aansprakelijk als Indymedia die hyperlinks op haar site heeft. Aan de orde is dus niet wie wat *technisch mogelijk maakt* maar of die *loutere mededeling van de vindplaats* van onrechtmatige informatie, onder de gegeven omstandigheden een zelfstandige onrechtmatige daad vormt. Daarover hebben partijen de rechter vermoedelijk onvoldoende voorgelicht.

Het meest problematische aan het Indymedia-vonnis is misschien wel de in potentie ongelimiteerde reikwijdte van het dictum. Ook hyperlinks die *indirect* leiden naar de verboden artikelen zijn verboden op straffe van dwangsommen. Een hyperlink naar Google zal daarmee in beginsel ook onrechtmatig zijn, want via Google zijn de artikelen (nog steeds) probleemloos op te vragen. Op zich moet het dictum natuurlijk naar redelijkheid worden uitgelegd en zal een hyperlink naar www.google.com niet snel executie van dwangsommen rechtvaardigen. Maar evenmin maakt het dictum duidelijk wat Indymedia nou wel en niet mag doen. Het dictum lijkt zelfs te impliceren dat Indymedia doorlopend moet controleren of berichten van bezoekers geen hyperlinks bevatten die (indirect) bij de verboden artikelen uitkomen. Als het gebod zou zijn beperkt tot hyperlinks naar de specifieke vindplaats op de site van XS4ALL zou dat misschien te doen zijn. Het dictum ziet echter op de twee met titel aangeduide artikelen, ongeacht op welke server zij staan. Dat betekent dat Indymedia alle hyperlinks op haar site doorlopend moet aanklikken om te kijken of die niet toevallig bij de artikelen uitkomen. Let wel: direct of indirect. Eigenlijk moet zij dus ook alle hyperlinks aanklikken op de pagina's waarnaar de hyperlinks op haar site verwijzen. Hoe ver zij dat moet doen voordat een redelijke definitie van 'indirect' is uitgeput, is niet duidelijk. Evenmin is duidelijk of alleen hyperlinks naar de volledige *Radikal*-artikelen verboden zijn of dat bijvoorbeeld een hyperlink naar een citaat eruit, of naar een imitatieartikel onder dezelfde kop, ook verboden is op straffe van dwangsommen. Wel is duidelijk dat dit praktisch ondoenlijk is. Moet het dan echt op een executiegeschil aankomen om duidelijkheid te verkrijgen?

Overigens behandelt de voorzieningenrechter Indymedia enerzijds als 'gewone' internetprovider maar anderzijds legt hij een verdergaande verplichting op dan hij bij XS4ALL deed en dan krachtens de toepasselijke Europese regelgeving, de Richtlijn Elektronische handel,⁴ überhaupt aan internetproviders mag worden opgelegd. Artikel 15 van de richtlijn – waarop burgers in Nederland zich sinds 17 januari 2002, bij gebrek aan tijdige implementatie, vermoedelijk rechtstreeks kunnen beroepen – bepaalt juist dat de lidstaten aan dienstverleners die als tussenpersoon optreden, geen algemene verplichting op mogen leggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of

omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Het dictum in deze zaak komt echter wel neer op zo'n verplichting.

Voor de ontwikkeling van eenduidige criteria voor 'hyperlinkaansprakelijkheid' was *Radikal* de verkeerde casus en wel om twee redenen: enerzijds de aard en ernst van de inbreuk, anderzijds de bijzondere rol van gedaagde Indymedia. Volgens de voorzieningenrechter was de gewraakte informatie apert onrechtmatig en voor dat oordeel is veel te zeggen. Bij een sabotagehandleiding die potentieel ernstige schade aan mensen en zaken kan veroorzaken is dat ook makkelijker *a priori* vast te stellen dan bij bijvoorbeeld auteursrechtinbreuk. Een verbod lag dus voor de hand. Nadat hij aldus had geoordeeld in de zaak tegen XS4ALL, kon de voorzieningenrechter moeilijk toestaan dat diezelfde informatie via Indymedia alsnog toegankelijk bleef. Wellicht dat niet alle, op zich onrechtmatige informatie een dermate draconisch rechterlijk ingrijpen zou rechtvaardigen. Anderzijds wordt de casus gecompliceerd door het feit dat niet Indymedia zelf de hyperlinks aanbracht, maar dat dat door haar gebruikers werd gedaan. Als de plaatser van de hyperlinks gedaagde was geweest, had de zaak zich kunnen concentreren op de (on)rechtmatigheid daarvan; die hoofdvraag wordt nu, zoals gezegd, overgeslagen.

Eigenlijk biedt het *Indymedia*-vonnis dus alleen criteria voor de vraag of een intermediair op internet, *gegeven* de onrechtmatigheid van bepaalde informatie elders en *gegeven* de onrechtmatigheid van een door een eigen klant daarnaar aangemaakte hyperlink, *zelf* onrechtmatig handelt door die niet op eerste sommatie te verwijderen. Als zodanig is het vonnis (niet meer dan) een bijzondere toepassing van de inmiddels redelijk vaststaande regels over aansprakelijkheid voor internetproviders, zoals de Haagse rechtbank die in 1999 formuleerde in de zaak *Scientology/XS4ALL*⁵ en die via de Richtlijn Elektronische handel binnenkort in het Burgerlijk Wetboek zullen worden geïntroduceerd. Over de toelaatbaarheid van hyperlinks op zich zegt het allemaal nog niet zo veel.

Het juridisch kader voor hyperlinkaansprakelijkheid | Voor een breed toepasbaar juridisch kader voor de analyse van hyperlinkaansprakelijkheid moeten wij dus elders zijn. Ik behandel de Richtlijn Elektronische handel, het Nederlandse gemeene recht en, ter vergelijking, enkele voorbeelden uit Europa en de VS.

Eerst is echter wellicht nuttig de diverse partijen te benoemen die in aanmerking komen voor (mede-)aansprakelijkheid. Uitgaande van de situatie dat de informatie op een bepaald internetadres 'A' onrechtmatig is, zijn dat er naar mijn idee ten minste drie:

I de *informatieaanbieder* die op zijn website een hyperlink naar adres A aanbrengt;

II de *internetaanbieder* die de website van de informatieaanbieder fysiek op zijn servers heeft staan (hosting provider);

III de beheerder van de *zoekmachine* via wiens dienst adres A is te vinden.⁶

Europees recht | In de Indymedia-zaak overweegt de voorzieningenrechter:

'De nog door Indymedia gelegde link met de Europese richtlijn voor elektronische handel betreft een geheel ander maatschappelijk onderwerp – namelijk e-commerce – en is al daarom niet geschikt om hier een rol te spelen.'

Hoewel ik zou zeggen dat wij ons hier midden in het onderwerp van de e-commerce bevinden, is die overweging uiteindelijk toch juist: de Richtlijn Elektronische handel reguleert hyperlinks en zoekmachines inderdaad niet, en wel bewust niet. Dat blijkt uit artikel 21, een slotbepaling die de Commissie verplicht om uiterlijk 17 juni 2003, en daarna tweemaal, verslag te doen over de toepassing van de richtlijn en de noodzaak om hem aan te passen. Lid 2 bepaalt:

'Wanneer wordt nagegaan of de richtlijn aangepast moet worden, moet in dat verslag met name worden onderzocht of er voorstellen moeten worden gedaan ten aanzien van de aansprakelijkheid van aanbieders van superkoppelingen en zoekinstrumenten, de procedures voor kennisgeving en verwijdering, alsmede de aansprakelijkstelling na verwijdering van inhoud. [...]'⁷

Over *die* onderwerpen zegt de richtlijn nu dus nog niets. Hij omvat géén harmonisatie van het recht met betrekking tot zoekmachines en hyperlinks: op dat punt blijft het nationale recht van de lidstaten gelden. Zij kunnen de richtlijn analoog toepassen, iets anders regelen of juist niets regelen.

De Aanpassingswet elektronische handel | Het voorstel voor de Aanpassingswet elektronische handel introduceert een nieuw artikel 6:196c BW dat de vrijwaringen van de richtlijn implementeert. Artikel 6:196c lid 4 BW implementeert artikel 14 van de richtlijn en beschermt de hosting provider tegen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van het onrechtmatige karakter van van een ander afkomstige informatie. De Memorie van Toelichting merkt daarbij expliciet op: '*met inbegrip van hyperlinks of interactieve verwijzingen*'.⁸ In antwoord op een opmerking hierover van de Raad van State geeft de minister de volgende, nogal elliptische toelichting:

'In de memorie van toelichting is reeds aangegeven dat ook hyperlinks of interactieve verwijzingen gegevens zijn die als zodanig moeten worden opgeslagen en die mitsdien onder de term "hosting" kunnen vallen. De gegevens waarnaar wordt verwezen, vallen daar evenwel niet onder. Die gegevens liggen elders, bij een andere internetprovider, opgeslagen. De Raad van State

merkt terecht op dat het mogelijk is op zodanige wijze naar elders opgeslagen gegevens te verwijzen, dat de gegevens niet vallen te onderscheiden van de bij de eigen internetprovider opgeslagen gegevens. De informatie-provider, die verantwoordelijk is voor de inhoud van de aangeboden gegevens, kan zich door de hiervoor beschreven manier van verwijzen, ook wel “framing” genaamd, ten opzichte van afnemers als het ware vereenzelvigen met de van elders afkomstige gegevens. Hij kan daarvoor in voorkomend geval ook in rechte ter verantwoording worden geroepen. De internetprovider kan in dit verband niet civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad, indien hij niet op de hoogte is van de hyperlink naar de gewraakte gegevens en, in het geval van een vordering tot schadevergoeding, daarvan ook niet op de hoogte behoorde te zijn.⁹

Het antwoord ziet alleen maar op de hyperlinkaansprakelijkheid van internetproviders maar zegt wederom niets over de voorvraag, namelijk die van de aansprakelijkheid van de website-aanbieder. De aansprakelijkheid van de ISP kan slechts een daarvan afgeleide aansprakelijkheid zijn. De minister zegt bovendien alleen iets over *framing*, een vorm van hyperlinken waarmee de informatie waarnaar wordt gelinkt, als het ware geïntegreerd in de eigen pagina wordt weergegeven, omringd door eigen informatie. Kenmerkend voor een framed hyperlink is dat de URL van de

Aansprakelijkheid van de *Framer*

pagina die wordt geframed niet zichtbaar is in de adresbalk van de browser, zodat de indruk kan ontstaan dat de geframede pagina eigenlijk onderdeel is van de eigen pagina. Wat de minister zegt, is dat de *framer*, naar derden toe, medeverantwoordelijk kan worden voor de aldus weergegeven informatie. Maar dat zegt niets over de aansprakelijkheid van de *framer* jegens degene wiens informatie hij zich aldus toe-eigent. En als men over aansprakelijkheid voor *framed* hyperlinks al niets durft te zeggen, valt er op basis van het nu voorliggende wetsvoorstel al helemaal niets te zeggen over het ‘gewone’ hyperlinken. Wel wijst de opmerking over zich ‘het ten opzichte van afnemers als het ware vereenzelvigen met de van elders afkomstige gegevens’ mogelijk in de richting van het wellicht breder toepasbare criterium van ‘*zu eigen machen*’, waarover hierna meer.

De Aanpassingswet zegt kortom alleen via de toelichting iets over de hyperlinkaansprakelijkheid van de internetaanbieder: die is net zo(min) aansprakelijk voor de hyperlinks die haar abonnees op hun site aanbrenge(n) als voor de overige inhoud van hun sites.¹⁰ Voor

de vraag naar de hyperlinkaansprakelijkheid van de overige actoren, moeten wij naar het gemene recht.

Het Nederlandse gemene recht | Er bestaat een belangrijk onderscheid tussen hyperlinken naar materiaal dat op zich rechtmatig is – dus met toestemming van de rechthebbende op internet is geplaatst en niet strafbaar of anderszins onrechtmatig is – en hyperlinken naar onrechtmatig c.q. inbreukmakend materiaal.

Wij kunnen aannemen dat het hyperlinken naar rechtmatig materiaal in beginsel is toegestaan. Dat blijkt uit het vonnis inzake Kranten.com¹¹ en is door de Hoge Raad in *NVMEI Cheapo*.¹² vermoedelijk onaangetast. Het is ook de consensus in de literatuur.¹³ De stelling dat hyperlinken naar auteursrechtelijk beschermd materiaal in beginsel zonder toestemming moest worden toegelaten, werd bovendien op de NJV-vergadering in 1998 naar aanleiding van het preadvies van Hugenholtz door een ruime meerderheid van de aanwezigheid aanvaard.¹⁴ Dat is ook logisch als men in ogeschouw neemt dat hyperlinks in feite nauwelijks meer doen dan de lezer vertellen waar hij bepaalde informatie kan vinden. De meeste schrijvers hechten weinig of geen belang aan het (mijns inziens nogal kunstmatige) onderscheid tussen ‘gewone’ hyperlinks naar een homepage en ‘deeplinks’ naar een specifieke, onderliggende pagina.

Uitgangspunt moet dus zijn dat een dergelijke geautomatiseerde voetnoot¹⁵ in beginsel is toegestaan. Sterker nog, mijns inziens moet het feit dat hyperlinks inherent nuttig zijn de rechter aanmoedigen zich terughoudend op te stellen bij het beoordelen van de rechtmatigheid van hyperlinks. Dat geldt temeer voor zoekmachines, die een op internet onmisbare rol spelen bij het vindbaar maken van informatie. Tenslotte is ook wezenlijk dat rechthebbenden in beginsel beschikken over de technische middelen om hyperlinken naar hun werk tegen te gaan. Zij kunnen hyperlinken grotendeels voorkomen, bijvoorbeeld door sessie-afhankelijke en/of dynamische URL’s te gebruiken die dus niet in een hyperlink gevangen kunnen worden, gebruikers te laten registreren of door gebruikers anderszins te dwingen via de voordeur binnen te komen. Met andere woorden, de rechthebbende heeft in bijna alle gevallen de rechter niet nodig om zijn rechten over zijn materiaal te beschermen. Dat betekent mijns inziens ook dat website-eigenaren linken naar hun site in beginsel niet kunnen verbieden, ook niet met een expliciet verbod op hun site.

Dit alles neemt echter niet weg dat hyperlinken onder omstandigheden wél onrechtmatig kan zijn, bijvoorbeeld wanneer het misleidend is. Eén vorm van hyperlinken die onder omstandigheden misleidend kan zijn is *framing*, waarmee de hyperlinker het materiaal van een ander omlijst met eigen materiaal of reclame en in feite de indruk wekt dat het om eigen materiaal gaat. Sableman noemt ook twee andere, naar mijn smaak

minder belangrijke omstandigheden waaronder hyperlinken naar rechtmatig materiaal onrechtmatig zou kunnen zijn, namelijk wanneer het bedoeld is om een gerechtelijk bevel te omzeilen, of anderen aanzet tot onrechtmatig handelen.¹⁶

Hyperlinkaansprakelijkheid in den vreemde |

In de zaak *Belgacom Skynet/IFPI*,¹⁷ over aansprakelijkheid voor hyperlinks naar illegale MP3-bestanden, vertrekt het Brusselse Hof van Beroep vanaf hetzelfde uitgangspunt als de Nederlandse regering: een hyperlink is onderdeel van een website en maakt, wat de aansprakelijkheid van de provider betreft, gewoon deel uit van de site. Het Hof pakt echter door en overweegt vervolgens ten aanzien van de informatieaanbieder simpelweg: 'Het aanbrengen van links naar dergelijke ongeoorloofde bestanden, terwijl men weet of dient te weten dat zij illegaal zijn, maakt een onrechtmatige daad uit.' Dat is op zich klare taal, maar volgens de annotatoren in *Computerrecht* in veel gevallen voor enige betwisting vatbaar. Bovendien begrijpen zij dan niet waarom hetzelfde regiem niet zou moeten gelden voor bijvoorbeeld een krant die in een artikel vermeldt waar bepaalde MP3-bestanden kunnen worden gedownload.

Deze vraag lijkt mij terecht: waarom zou een voetnoot onrechtmatig worden als er een blauwe doorklikstreep onder staat? Het enige verschil is dat de gebruiker een gewone verwijzing moet overtuigen en een hyperlink direct kan aanklikken. Het enkele, technische feit dat een verwijzing aanklikbaar is, dient mijns inziens zoals gezegd geen doorslaggevende invloed te hebben op de beoordeling van de (on)rechtmatigheid ervan. Als een gewone verwijzing naar illegale informatie mag maar een hyperlink niet, wat dan te denken van software – Microsoft Word is een voorbeeld – die automatisch een hyperlink maakt van <http://www.illegalelink.nl>? Veeleer is het zo dat óók verwijzingen in de krant onrechtmatig kunnen zijn en dat de vraag of een bepaalde verwijzing onrechtmatig is alleen kan worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij het gemak waarmee een verwijzing kan worden opgevolgd, niet meer dan één gezichtspunt kan zijn.

'zu eigen machen'

Een wat uitvoeriger geformuleerd vonnis over de positie van de informatieaanbieder werd gewezen in een recente Zwitserse strafzaak over hyperlinks naar racistische informatie.¹⁸ De rechter oordeelt dat voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor hyperlinks bepalend is of de hyperlinker zich de gewraakte informatie 'zu eigen macht'. Dat laatste kan worden aangenomen wanneer een enge thematische en inhoudelijke verbinding en overeenstemming bestaat

tussen de site waarop de hyperlink is aangebracht en de site waarnaar de hyperlink verwijst. Van 'zu eigen machen' is geen sprake als er bij het eigen aanbod en het gelinkte aanbod geen thematische of inhoudelijke 'nabijheid' bestaat. De rechter formuleert drie subcriteria ter invulling van het begrip 'zu eigen machen':

- de concrete context van de hyperlink – het geval waarin de lezer wordt aangemoedigd door te klikken is anders dan het geval waarin hij wordt gewaarschuwd dat zich achter de hyperlink illegale informatie bevindt (bijvoorbeeld met de tekst: 'afschrikwekkend voorbeeld');
- het thematische verband van de hyperlink – het verband waarin de inhoud waarnaar wordt verwezen staat ten opzichte van de gehele inhoud van de site van de hyperlinker; en
- de gehanteerde hyperlinkmethode (deeplink, image link, framed link, et cetera) in combinatie met de onmiddellijkheid van de hyperlink – gaat de hyperlink direct naar de onrechtmatige informatie, of moet er daarna nog naar worden 'doorgeklikt'?

Het 'zu eigen machen' is ook in de Duitse rechtspraak al meerdere jaren een veelgebruikt criterium. Een vroege Duitse uitspraak in dat kader was die van het LG Hamburg uit 1998, waarin een hyperlinker werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding omdat hij zich onvoldoende had gedistantieerd van de beledigende uitlatingen waarnaar hij linkte.¹⁹

De zoekmachine | De zoekmachine speelt een wat zonderlinge rol in het hyperlinkproces. Enerzijds zijn zoekmachines natuurlijk de allergrootste hyperlinkers die er zijn: zij stellen zich ten doel toegang te verschaffen tot zoveel mogelijk pagina's op internet. Anderzijds ontbreekt doorgaans elk bewustzijn van het hyperlinken. De exploitanten van zoekmachines sturen hun geautomatiseerde robots, spiders en crawlers het internet op en bieden het resultaat aan, maar zullen nooit alle belinkte sites hebben gezien, laat staan beoordeeld.

De hyperlinkaansprakelijkheid van de zoekmachineproducent kwam in Duitsland aan de orde in een zaak over elektronische knipselkranten. Het leidde tot een aantal tamelijk principiële overwegingen ten aanzien van publieke beschikbaarstelling van informatie op internet en de toegevoegde waarde van zoekmachines. Het *Landgericht München* oordeelde onder andere dat degene die informatie op internet plaatst, moet weten dat anderen daartoe vervolgens toegang hebben. Daaruit volgt dat degene die auteursrechtelijk beschermd materiaal op een internetsite plaatst, derden daarmee toestemming verleent die informatie op te roepen en te gebruiken. Deeplinks zijn volgens het *Landgericht* een gebruikelijke wijze om gebruik te maken van informatie op andere sites.²⁰ Zoekmachines verkeren bovendien in een bijzondere positie,

doordat zij een eigen, originele prestatie leveren die voortbouwt op de prestaties van anderen.²¹

In de Verenigde Staten is een dergelijke toegevoegde waarderending ook valide: het concept van *'transformative use'* is een belangrijk gezichtspunt bij de invulling van *fair use* in het Amerikaanse auteursrecht. Hoe meer een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk door een bepaald gebruik wordt gewijzigd *'with a new expression, meaning or message'*, hoe eerder dat gebruik als *fair use* kan worden beschouwd.²² Een belangrijke toepassing van dat beginsel in het kader van hyperlinkaansprakelijkheid van zoekmachines was *Kelly vs. Arriba Soft Corp.*,²³ waarbij *Court of Appeals* oordeelde dat zoekmachine Arriba op grond van *fair use* wél verkleinde versies van foto's van Kelly op haar servers mocht opslaan en via een zoekmachine toegankelijk mocht maken, maar dat het framed deeplinken naar de originele foto's op de site van Kelly misleidend was en inbreuk maakte op het openbaarrecht van de fotograaf.

Gegeven het ontbreken van *fair use* in het Europese auteursrecht is het nog maar de vraag hoe ver men hier met een *'transformative use'*-redering komt. De Duitse rechter plaatst zijn vergelijkbare redenering eerder in het kader van de impliciete gebruikslicentie die men verstrekt door zijn werk onbeschermd op internet te zetten: een opvatting waar de auteursrechtlobby van gruwet maar die daardoor niet per definitieve onjuist is.²⁴

De Amerikaanse *Digital Millennium Copyright Act* kent vergelijkbare vrijwaringen als de Richtlijn Elektronische handel. § 512a tot en met c van de Copyright Act regelen die voor *mere conduit*, *caching* en *hosting*. Een zoekmachine zou een beroep op de *mere conduit*-vrijwaring kunnen overwegen, als hij hard kan maken dat zijn zoekmachine zoveel mogelijk *alles* indexeert, zonder inhoudelijke menselijke bemoeienis. Dan kan hij immers volhouden dat zijn activiteiten worden uitgevoerd door een automatisch technisch proces zonder dat de aanbieder zelf materiaal selecteert. Bij Google is dat misschien verdedigbaar, maar bij selectieve zoekmachines minder. Helemaal moeilijk zal die redenering zijn voor bijvoorbeeld een gespecialiseerde MP3-zoekmachine, waarvan de exploitant bij voorbaat kan weten dat de meeste aangeboden bestanden illegaal zullen zijn.

Naast de drie bekende categorieën gaat de DMCA in § 512d echter door waar de richtlijn ophoudt. Deze bepaling betreft zogenoemde *information location tools*, waaronder expliciet zoekmachines en hyperlinks. De regeling is vrijwel identiek aan die voor *hosting providers*, de aanbieder is niet aansprakelijk, indien hij:

- geen kennis heeft of redelijkerwijs moet hebben van de inbreuk en, zodra hij die wel heeft, onmiddellijk ingrijpt;
- geen financieel voordeel behaalt dat direct voortvloeit uit de inbreuk, wanneer de aanbieder der-

gelijke activiteiten kan en mag bepalen; en

- wanneer hij een kennisgeving ontvangt van een gestelde inbreuk, de informatie onmiddellijk verwijderd of ontoegankelijk maakt.

De DMCA plaatst de zoekmachine dus, net zoals de Amsterdamse voorzieningenrechter in de *Indymedia*-zaak, in dezelfde positie als de internetaanbieder.²⁵ De zoekmachine hoeft in de Amerikaanse situatie echter, gezien de gehanteerde *notice and take down*-procedure, geen oordeel te vellen over de rechtmatigheid van de informatie.

Gezichtspunten voor hyperlinkaansprakelijkheid | Uit de genoemde wetgeving, rechtspraak en literatuur kunnen een paar algemene gezichtspunten worden gedestilleerd die relevant zijn voor de beoordeling van hyperlinkaansprakelijkheid.

De hyperlinkaansprakelijkheid van de informatieaanbieder | Als uitgangspunt dient te gelden dat hyperlinken naar materiaal dat op internet is geplaatst met toestemming van de maker en ook niet anderszins onrechtmatig is, in beginsel is toegestaan. Dat geldt ook wanneer de eigenaar van site waarnaar wordt gelinkt (bepaalde vormen van) hyperlinken verbiedt. Onder omstandigheden kan hyperlinken naar rechtmatig materiaal echter wel onrechtmatig zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de hyperlinker, door de manier waarop hij linkt, het publiek misleidt omtrent de herkomst van de informatie waarnaar hij linkt.



Hakenkralle: deel van een van de verboden artikelen uit Radikal

Of het is toegestaan om te hyperlinken naar beschermd materiaal dat *niet* met toestemming van de maker is geplaatst en naar materiaal dat anderszins onrechtmatig is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een aantal gezichtspunten kan worden gehanteerd om in een concreet geval te beoordelen of een hyperlinker onrechtmatig handelt, die

alle een uitwerking zijn van het hoofdcriterium – de mate waarin de informatieaanbieder zich de illegale informatie elders *bewust eigen maakt*:

- De *kennis van de illegaliteit*: als de informatieaanbieder niet weet – en redelijkerwijs niet behoefde te weten – dat er achter zijn hyperlink illegale informatie schuilgaat, zal hij mijns inziens niet snel aansprakelijk kunnen zijn. Uiteraard kan de informatie waarnaar een hyperlink verwijst, worden aangepast zonder dat de hyperlinker dat weet. Een hyperlinker zal doorgaans aansprakelijkheid kunnen ontsnappen, wanneer de URL waarnaar hij hyperlinkt ten tijde van het aanbrenge van de hyperlink géén illegale informatie bevatte en hij geen kennis had (moeten hebben) van de latere aanpassing waardoor de pagina wél onrechtmatige informatie ging bevatten.
- De *aard van de illegaliteit*: van sommige informatie zal de onrechtmatigheid snel duidelijk zijn, zoals sites met racistische of kinderpornografische inhoud. Of bepaalde informatie inbreuk maakt op enig auteursrecht zal de hyperlinker in veel gevallen niet kunnen vaststellen. Wel zal hij (moeten) weten dat bijvoorbeeld MP3-bestanden van Top-40-muziek en complete werken van bekende hedendaagse auteurs over het algemeen *niet* met toestemming van de rechthebbenden beschikbaar zijn op internet.
- De *wijze van hyperlinken*: voert de hyperlink rechtstreeks naar het illegale materiaal, of slechts indirect – bijvoorbeeld naar de hoofdpagina of via een andere site of pagina? Het is mijns inziens onaanvaardbaar om informatieaanbieders aansprakelijk te houden voor indirecte hyperlinks naar illegaal materiaal, omdat geen enkele informatieaanbieder dan nog veilig is: illegaal materiaal is vaak maar een paar hyperlinks weg. Dat zal slechts onder bijzondere omstandigheden anders kunnen zijn, bijvoorbeeld wanneer een informatieaanbieder een hyperlink aanbiedt en daarbij exact vertelt hoe men al doorlinkend bij de illegale informatie kan komen: het is niet de bedoeling dat men aan aansprakelijkheid kan ontkomen door een ‘tussenpagina’ in het leven te roepen, het liefst gevestigd in de VS, die fungeert als juridische ‘firewall’ tussen informatieaanbieder en illegaal materiaal.
- De *context van de hyperlink* en het inhoudelijke verband met het eigen aanbod: in hoeverre neemt de informatieaanbieder expliciet afstand van het illegale materiaal en wordt de gebruiker daarvoor gewaarschuwd? Of wordt de lezer juist bewust aangemoedigd om door te klikken? Past de illegale informatie waarnaar wordt verwezen qua inhoud, thema of onderwerp bij de site van de informatieaanbieder?
- De *motieven van de hyperlinker*: met welk doel is de hyperlink aangebracht? Het kan relevant zijn

of de hyperlink is aangebracht in bijvoorbeeld een wetenschappelijk betoog, om geld te verdienen of om een concurrent zwart te maken.

De hyperlinkaansprakelijkheid van de internetprovider |

Een internetprovider is in beginsel niet aansprakelijk voor hyperlinks van zijn klanten. Dat geldt sowieso wanneer de klant zelf niet onrechtmatig handelt door het aanbrenge van de hyperlink. Wanneer de klant daarmee wél onrechtmatig handelt, is de internetprovider evenmin aansprakelijk, indien (vrij naar het nog niet aangenomen artikel 6:196c lid 4 BW):

- a hij niet weet en in geval van een schadevergoedingsactie niet redelijkerwijs behoort te weten dat de hyperlink een onrechtmatig karakter heeft; dan wel
- b zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de hyperlink verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt.

De hyperlinkaansprakelijkheid van de zoekmachine |

Ook de zoekmachine mag in beginsel hyperlinks aanbrenge naar elke willekeurige site. Dat geldt sowieso voor sites waarvan de inhoud met toestemming van eventuele rechthebbenden openbaar gemaakt wordt en niet anderszins onrechtmatig zijn. Als de informatieaanbieder daar bezwaar tegen heeft, staat het hem vrij technische maatregelen te nemen om opname in zoekmachines te voorkomen; een verbodsrecht heeft hij evenwel niet.

Voor wat betreft hyperlinks naar illegaal materiaal vertoont de zoekmachine trekken van zowel de informatieaanbieder als de internetprovider. Hij brengt zelf hyperlinks aan maar zal dat in beginsel niet bewust doen. Toepassing van de gezichtspunten voor informatieaanbieders zal meestal tot de conclusie nopen dat de zoekmachine niet aansprakelijk is voor een hyperlink. Dat zou wellicht anders kunnen zijn bij een gespecialiseerde zoekmachine voor bijvoorbeeld MP3-bestanden of kinderporno. Hoe meer controle en selectie een zoekmachine pleegt, hoe meer hij verantwoordelijk wordt voor de inhoud. Wanneer een zoekmachine niet direct aansprakelijk is voor het eigen hyperlinken, zijn vermoedelijk wel de regels die gelden voor internetproviders van toepassing. De toepassing van providerregels op zoekmachines is echter géén sinecure, alleen al omdat in zo’n geval de vaststelling van de aansprakelijkheid van de ‘website-aanbieder’ – bij internetproviders een vereiste – bij zoekmachines onmogelijk is. Het grote publieke nut van de zoekmachine is wellicht één reden om hem niet steeds te verplichten om links naar onrechtmatig materiaal te verwijderen.

Slotwoord | Hyperlinken naar een rechtmatige bron blijft in beginsel toegestaan, tenzij het misleidend gebeurt, bijvoorbeeld door bepaalde manieren van framing. Of hyperlinks naar *onrechtmatig* materi-

aal onrechtmatig zijn, is mijns inziens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij zijn er mijns inziens méér relevante gezichtspunten dan die welke in de *Indymedia*-zaak van belang werden geacht. Het is te hopen dat de praktijk snel nieuwe casusposities oplevert, die meer ruimte bieden voor het opbouwen van een evenwichtige jurisprudentie.

Inmiddels zijn de 'verboden' artikelen uit *Radikal* nog steeds bereikbaar, via hyperlinks vanaf drukbezochte, *mainstream* nieuwssites, via zoekmachines en zelfs via de *cache* van Google. Ik zou de adressen hier vermelden, maar wil geen slapende honden wakker maken of de JAVI-site in problemen brengen. Bovendien zijn

de artikelen tamelijk oninteressant. DB heeft ze iets minder makkelijk vindbaar gemaakt, maar ze blijven bereikbaar en iedereen weet nu weer dat ze bestaan, zeker die enkeling die daadwerkelijk serieus overweegt om de Duitse spoorwegen te saboteren. Deze realiteit relativiseert het belang van – en de rechtvaardiging voor – grootschalig juridisch optreden tegen hyperlinks.²⁶ Een rechterlijk verbod op een hyperlink laat de illegale informatie waar het eigenlijk om gaat ongemoeid; sterker nog, het maakt het alleen maar beroemd.

De links bij dit artikel vindt u op <<http://www.javisite.nl>>.

Noten

- 1 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam tussenvonnis 15 april 2002, eindvonnis 25 april 2002, LJN AE1935, in: *Mediadorum* 2002-6, nr. 24; in: *Computerrecht* 2002, 5, p. 309, m.nt. L.F. Asscher (<http://www.ivir.nl/publicaties/asscher/deutschebahns4all.html>), inmiddels bevestigd door Hof Amsterdam 7 november 2002, LJN AF0091 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*).
- 2 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 20 juni 2002, LJN AE4427, in: *Mediadorum* 2002-9, nr. 32; in: *Computerrecht* 2002, 5, p. 311 m.nt. L.F. Asscher (<http://www.ivir.nl/publicaties/asscher/deutschebahns4all.html>).
- 3 DB zou deze rechtszaken bewust in Duitsland hebben aangebracht; een zegsman liet zich ontvallen: 'There is no chance to sue them in the US. You are really allowed to put anything on the Internet there.', in: *InfoWorld* 16 april 2002, <http://www.infoworld.com/articles/hn/xml/02/04/16/020416hngoogle.xml>.
- 4 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.
- 5 Rechtbank. Den Haag 9 juni 1999, in: *Computerrecht* 1999/4, p. 200 m.nt. P.B. Hugenholtz, en in: *Mediadorum* 1999, 7/8, nr. 37 m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/XS4ALL*).
- 6 Ik ga hier niet in op de aansprakelijkheid van de beheerder van de webarchiefdienst via wiens historische database kopieën van websites uit het verleden kunnen worden opgevraagd, waaronder zowel A als websites met hyperlinks naar adres A.
- 7 Met superkoppelingen en zoekinstrumenten wordt, blijkens de andere taalversies van de richtlijn en de rapporten van het Europees parlement, inderdaad gedoeld op hyperlinks en zoekmachines.
- 8 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 47.
- 9 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 197, nr. B, pp. 6-7.
- 10 Dat was ook al min of meer het geval in het *Scientology*-vonnis. De rechtbank heeft daarbij echter nagelaten enige motivering te geven voor zijn verklaring voor recht, dat de ISP's in beginsel onrechtmatig handelen als op hun systeem een hyperlink voorkomt 'die bij activering een veeleenvoudiging van werken waarop [Scientology] het auteursrecht bezit bewerkstelligt op het scherm van de computer van de gebruiker'. Of dit oordeel ook zou zien op hyperlinks naar Scientology-werken die met toestemming van de rechthebbende op internet waren geplaatst, kan uit het vonnis niet worden opgemaakt. Het dictum is immers zo breed dat deze categorie niet is uitgesloten.
- 11 President Rechtbank Rotterdam 22 augustus 2000, in: *Mediadorum* 2000-10 m.nt. T.W.F. Overdijk; in: *AMI* 2000, 10, pp. 207-210 m.nt. K. Koelman (*PCM/Eureka*).
- 12 HR 22 maart 2002 (C01/070), in: *RvdW* 2002, 61; in: *JAVI* 2002, 1; in: *AMI* 2002, 3, p. 88, m.nt. D.J.G. Visser; in: *Mediadorum* 2002, 5, m.nt. T.F.W. Overdijk.
- 13 Zie de annotaties bij het Kranten.com vonnis (voetnoot 10), alsmede: P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht: het Internet voorbij?', Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, in: *Handelingen NJV* 1998-I, p. 211 e.v.; *Intellectual Property on the Internet: A Survey of the Issues*, WIPO december 2002 (<http://ecommerce.wipo.int>); I.J. Garrote, 'Linking and Framing: A Comparative Law Approach', in: *EIPR* 2002-4, pp. 184-198; *Recht & Informatietechnologie* 7L (Alberdingk Thijm), november 2002, § 7.3.5.5.
- 14 Verslag van de op 12 juni 1998 te Rotterdam gehouden algemene vergadering over Recht en Internet, Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 128e jaargang, 1998-II, Deventer: Tjeenk Willink, 1999, p. 93.
- 15 Zie ook DC. Burk, 'Proprietary Rights in Hypertext Linkages', in: *Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 1998 (2), http://elj.warwick.ac.uk/jilt/intprop/98_2burk/, die stelt dat 'providing a hyperlink should be no more objectionable than supplying someone with the call number of a book found on a physical library shelf'.
- 16 M. Sableman, 'Link Law Revisited: Internet Linking Law at

- Five Years', in: *Berkeley Technology Law Journal* 1273 (2001), <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/sableman/sableman.pdf>.
- 17 Hof van Beroep Brussel 13 februari 2001, in: *Computerrecht* 2001/3 m.nt. Cattoor & Heremans.
 - 18 Bezirksgericht Zürich 10 september 2002, in: *Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC Web-Dok. 337/2002, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020337.htm>.
 - 19 LG Hamburg 12 mei 1998 (*Steinhöfel/Best*), <http://www.online-recht.de/vorent.html?LGHamburg980512>. Zie hierover Bettinger & Freytag, 'Civil law responsibility for links', in: *Computer und Recht* 1998, 5, http://www.bettinger.de/urteile/pdf/links_e.pdf. Voor meer informatie en latere vindplaatsen, zie Garrote, a.w., p. 190 e.v. en <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-germany.htm>.
 - 20 Cf. C. Oppenheim, 'The Internet Copyright Case and Its Implications for Users of the WWW', in: *Shetland News* 6 december 1996, <http://www.ariadne.co.uk/issue6/copyright/>: 'The copyright owner made a deliberate choice to place his Web site online, with full knowledge (presumably) of how the system operates. Linking of Web sites to one another is extremely common and is, arguable, both the raison d'être of the WWW and the reason for its success. It is custom and practice, and so if a copyright owner puts up a Web site, he MUST expect others to link into his site. Services such as Web search engines could not operate without this ability'.
 - 21 LG München-I 1 maart 2002, *Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC Web-Dok. 121/2002, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020121.htm>
 - 22 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).
 - 23 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) van 6 februari 2002, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0055521p.pdf>. Een goede samenvatting van de zaak geven Raysman & Brown, 'The Ninth Circuit Rules on Linking and Framing by Search Engines', in: *New York Law Journal* 12 maart 2002, <http://brownraysman.com/pubs/articles/pdf/020312.pdf>. Voor andere vindplaatsen, zie [http://www.linksandlaw.com/linkingcases-framing.htm#Kelly v. Arriba Soft](http://www.linksandlaw.com/linkingcases-framing.htm#Kelly_v_Arriba_Soft).
 - 24 Zie hierover ook Garrote, a.w., pp. 186-188.
 - 25 Ik deel niet de mening van Garrote, (a.w., p. 190) dat de DMCA, door zoekmachines en internetproviders onder bepaalde omstandigheden uit te sluiten van hyperlinkaansprakelijkheid, *sensu contrario* impliceert dat zij anders wél aansprakelijk zijn.
 - 26 De rechter in de aangehaalde Zwitserse uitspraak (voetnoot 18) trekt ook haar conclusies uit de *gerichtsnotorische Tatsache* dat de illegale informatie ook zonder de gewraakte hyperlinks moeiteloos op te vragen is via een zoekmachine: hoewel die omstandigheid er niet toe moet leiden dat hyperlinks naar racistische informatie 'vrij' zijn, noopt het wel tot een terughoudende uitleg van het begrip 'aanzetten' tot rassenhaat. Vertaald naar de civiele praktijk zou men het als volgt kunnen formuleren: het feit dat verwijdering van hyperlinks de gewraakte informatie zelf ongemoeid laat betekent niet dat 'alles mag', maar noopt wel tot een zekere terughoudendheid bij het opleggen van een verwijderingsplicht.