

Voorwoord

In het najaar van 2016 vroeg uitgever Antoine Paris of er wellicht een update moest komen van *Over de grenzen van het internet*. Sinds het boek in 2014 verscheen, doe ik het cadeau aan de studenten die het verdiepingsvak Actualiteiten Internetrecht volgen. Omdat het print-on-demand is, kan er vrij gemakkelijk, zelfs jaarlijks, een actualiseringsslag worden gemaakt. Ik heb de zeventig studenten die het vak in 2016/2017 volgden gevraagd om een paar verhalen aan te wijzen die per se gehandhaafd moesten blijven en een paar verhalen die wat hen betreft te achterhaald of anderszins niet interessant waren. Deze input zou ik vervolgens kunnen gebruiken bij een update. Een uitvraag die tegenwoordig crowdsourcing genoemd wordt: gebruikmaken van de wijsheid van de menigte. Behalve dat ik (vrijwel) geen suggesties ontving, merkte ik bij het selecteren van nieuwe stukken dat er genoeg materiaal was voor een geheel vernieuwd boek. Er zijn dus geen stukken opgenomen die in de eerste druk in 2014 al verschenen zijn. Misschien dat ik in 2018, mogelijk geholpen door de input van de studenten 2017/2018, wel een update verzorg. Hoe dan ook, voor eenieder die het leest, ik hou me aanbevolen voor reacties, in lijn met bovenstaand verzoek of anderszins: veel leesplezier!

Arno R. Lodder – Amsterdam, juni 2017

Voorwoord bij Over de grenzen van het internet (2014)

In India gaan veel moppen over juristen, veelal over de traagheid van het systeem of de verdiensten van advocaten. Over die twee onderwerpen worden in meer landen grappen gemaakt. Ook om andere redenen kunnen juridische casus vermakelijk zijn: bijzondere feiten, merkwaardige gedragingen, aparte claims, kromme redeneringen, etc. Dit geldt zeker ook voor het internetrecht. Ooit had ik de fantasie dat een televisieprogramma waarin internetrechtzaken zouden worden besproken voor een groot publiek boeiend zou kunnen zijn. Ik weet niet of er dergelijke programma's bestaan, in ieder geval (nog) niet in Nederland. Misschien een goed idee om mijn YouTube-kanaal *InternetLawIP* daarvoor te gaan gebruiken.

Ook had ik al langer het idee dat geschreven verhalen over internetrecht voor een groter publiek interessant zijn. Met het voorliggende boek is dit idee gematerialiseerd. Het is een verzameling van eerder gepubliceerde en voor deze uitgave bewerkte annotaties, opinies, blogs, etc. Velen gingen mij voor om op een toegankelijke manier over recht te schrijven. Bekendste is wellicht Jeanne Doomen, die in 1990 *De hollende kleurling. Het Nederlandse strafrecht in tien verhalen* publiceerde. Ik ben naar haar op zoek gegaan en zag dat zij sinds 2001 een webwinkel heeft, de *Winkelvanjeanne.nl*: 'De Winkel van Jeanne is een webwinkel die boeken en geschenken verkoopt.' Als internetjurist kan ik het niet laten na te gaan of ze voldoet aan artikel 3:15d BW, door aan te geven waar ze fysiek gevestigd is. Dit is voor mij een voorbeeld van de kern van het internetrecht: het leggen van een link tussen

de virtuele wereld en de fysieke wereld. Ik kwam er niet via haar eigen site achter, maar het bijzondere webwinkeltje opereert vanuit Grootschermer, zo leerde Oozo.nl mij.

In het voorjaar van 2013 las ik tijdens een vakantie een boek van Jan Nieuwenhuis van Uitgeverij Paris. Ik vond het een mooi uitgegeven boek en benaderde in het najaar van 2013 Antoine Paris met het idee om over internetrecht een ‘populair’ boek (soort cadeauboek) uit te geven. Een geslaagde lunch op 30 oktober 2013 met Antoine Paris en Heleen Kienhuis heeft op soepele wijze geleid tot het voorliggende boek. Naast Antoine en Heleen wil ik graag ook Annemieke van Garling bedanken voor de zorgvuldige redactie en Cunera Joosten voor het prachtige omslag.

Arno R. Lodder — Amsterdam, augustus 2014

Hoofdstuk 1

Wraakporno in Werkendam

Op 22 januari 2015 wordt Chantal geconfronteerd met een niet door haar aangeemaakt Facebook-account, onder haar naam (combinatie van haar voornaam en de plaats waar ze vandaan komt, namelijk Chantal Werkendam) met haar foto, waarop kinderpornobeelden van haarzelf zijn geplaatst. Op het moment dat zij minderjarig was, drie jaar eerder, had haar toenmalige vriend met haar instemming met de telefoon opnames gemaakt van seksuele activiteiten die zij verrichtten. Beiden waren op dat moment (nog net) minderjarig.

Waarom drie jaar later dit filmpje opeens opduikt is onduidelijk. Wel is haar vriendje inmiddels ex, maar niet bekend is sinds wanneer. Het plaatsen van seksueel getinte foto's en filmpjes van exen wordt wraakporno genoemd. De ex-vriend ontkent echter. Van een NOS-medewerker die mij voor het *Achtuurjournaal* interviewde, vernam ik dat de betreffende telefoon gestolen is geweest en later weer opdook. Dit zou kunnen verklaren hoe het filmpje uit de macht van de ex is geraakt. Trollen is weliswaar een bekend internetfenomeen, maar ik zou niet weten waarom een ander dan Chantal of de ex de aandrang zou hebben gehad een account onder de naam van Chantal aan te maken, met haar foto en dit filmpje.

In ieder geval heeft het filmpje impact. Het filmpje wordt ruim gedeeld en bekeken. Ik heb geen idee waarom familie en vrienden de drang voelen dergelijk materiaal te bekijken, maar in het vonnis is zelfs te lezen:

'In haar dorp heeft bijna iedereen het filmpje gezien'.

Apart dorp, Werkendam, onder de rook van Gorinchem en niet ver van Dordrecht. De gemeente telt 25 000 inwoners, het dorp 10 000. Ik zou zelf eerder aan tientallen of enkele honderden kijkers hebben gedacht, maar blijkbaar waren het er dus bijna 10 000. Saillante bijkomstigheid is dat dus het hele dorp nu uit zedendelinquenten bestaat, omdat het beeldmateriaal formeel onder kinderporno valt. Dat zou Chantal personen die haar vervelend benaderen kunnen inpeperen.

Haar leven is een hel geworden: ze kan niet meer over straat zonder nare opmerkingen naar haar hoofd geslingerd te krijgen. Dit zegt meer over de personen die dergelijke opmerkingen maken dan over Chantal, je zou hier boven moeten staan, maar prettig is het natuurlijk niet. Hoe je echter door een dergelijk filmpje reputatieschade kan oplopen (r.o. 3.2) is mij niet duidelijk. Ik begrijp dat het uitermate vervelend is als het hele dorp met terugwerkende kracht in je slaapkamer kan meekijken, maar de opnames lijken nu ook weer niet van dien aard dat onverwachte activiteiten van een bijna achttienjarige zijn vastgelegd.

Het filmpje schijnt volgens Tweakers al na een uur verwijderd te zijn. De eiser en haar moeder hebben zeker vijf keer het filmpje als ongepast gerapporteerd, maar onduidelijk is wat er met deze meldingen is gebeurd. Facebook kon de meldingen: 'niet beamen of ontkennen, omdat ook deze meldingen volgens Facebook zouden (kunnen) vallen onder de inmiddels verwijderde informatie'. Toch stelt de rechter als feit vast onder 2.3: 'Korte tijd na de plaatsing is de opname van Facebook verwijderd.' Niet duidelijk is waar dit feit op is gebaseerd en van de advocaat in deze zaak begreep ik dat ook niet duidelijk is of het filmpje door de plaatser of door Facebook is verwijderd. Hoewel het laatste voor de hand zou liggen, pleit daartegen dat het account nog enige dagen actief bleef. Voor de hand zou liggen dat bij dergelijke content een account door Facebook, op zijn minst tijdelijk, op zwart zou worden gezet.

Bovenstaande meldingen vonden op 22 januari 2015 plaats en pas vier dagen later verdwijnt het account: 'dat de gegevens zijn verwijderd naar aanleiding van een op 26 januari 2015 ingediend verzoek om verwijdering van de "nep-account" "door de gebruiker"', aldus Facebook, die over deze informatie dan blijkbaar weer wel beschikt.

Facebook heeft zich de problemen in deze rechtszaak zelf op de hals gehaald. Menno Weij memoreerde al het zwakke optreden tijdens de zitting. Wat vooral verbaast, is de reactie van Facebook op het verzoek om gegevens eind april 2015. Het verzoek werd immers pas op 30 april gedaan, dus meer dan drie maanden nadat het account verwijderd was. Chantal had al op 23 januari aangifte gedaan en blijkbaar haar hoop gevestigd op de politie. Mij is niet duidelijk waarom ze niet ook toen al (of op zijn minst enige tijd later) naar Facebook is gestapt. Van Facebook kun je niet verwachten dat ze tot in lengte van dagen informatie bewaren. Voordat ik de precieze feitelijkheden van de zaak kende, vond ik het in dit geval (meldingen over content, daarna verwijderen account) redelijk als Facebook de informatie nog enige tijd, ik dacht aan een tot drie maanden, zou bewaren. Het verzoek kwam echter dus nog later. In mijn ogen treft Facebook hier geen blaam. Waarom zouden ze na wat schermutselingen eind januari, na een daaropvolgende radiostilte van meer dan drie maanden, nog over deze informatie moeten beschikken?

Facebook had dus eind april kunnen aangeven dat ze geen gegevens meer hadden. Facebook speelde het echter formeel, om de gegevens te verstrekken hadden ze nodig: 'a valid subpoena or court order'. Dit zal ongetwijfeld een standaard reactie zijn, maar is in onderhavig geval onverstandig. De suggestie kan worden gewekt dat ze nog over gegevens beschikken. Weliswaar gaf Facebook aan dat de mogelijkheid bestaat dat ze niet meer over de gegevens beschikken, maar gezien het algemene beleid van Facebook werkelijk alles te bewaren, is dit niet direct te verwachten. Een filmpje waarover gerapporteerd is, zeker gezien de aard van het filmpje, zou aanleiding kunnen zijn om de betreffende informatie wat langer te bewaren. Zeker ook in het licht van hun algemene voorwaarden waarin staat: 'kunnen gegevens ook gebruiken, bewaren en delen wanneer we overtuigd zijn dat dit noodzakelijk is om fraude of andere illegale activiteiten te detecteren, te voorkomen en aan te pakken, om onszelf, jou en anderen te beschermen'. Niet duidelijk is overi-

gens of uit de rapportage in eerste instantie bleek dat het om 'wraakporno' ging of dat de reden voor de klacht 'slechts' expliciet beeldmateriaal was.

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 28 mei 2015 kwam Facebook goed weg door aan te geven dat de verkeerde Facebook was gedagvaard, namelijk Facebook Nederland en niet Facebook Ierland. Een praktijk waar Google zich ook wel schuldig aan maakt: je moet bij Inc. zijn, niet bij NL. Hoewel een dergelijke opstelling naar de letter van de wet mogelijk verdedigbaar is, kent de wet zoals bekend ook een geest en getuigt een dergelijke opstelling in dat licht van een bijna kinderlijke verantwoordelijkheid wegschuiven dan wel creëren van uitstel (waarschijnlijk in de hoop van afstel). In deze zaak waren Facebook NL en Ierland gedagvaard dus het verwijzen naar de eerdere uitspraak had alleen al om die reden geen zin. De rechter geeft niettemin aan dat het verkooppraatje uit de eerdere zaak (Facebook NL doet alleen aan verkoopactiviteiten) hier niet opgaat. Hier blijkt ook weer het zwakke optreden van de advocaten:

'De raadslieden van Facebook hebben ter zitting volstaan met de mededeling dat het hen niet bekend is of dergelijke gegevens toegankelijk zijn voor Facebook Nederland, maar dat dat hen onwaarschijnlijk lijkt, omdat Facebook Nederland met name is gericht op de verkoop. Nu een nadere toelichting van Facebook ontbreekt, wordt deze stellingname onvoldoende overtuigend geacht.'

De rechter gaat er dan ook van uit dat behalve het eveneens gedagvaarde Facebook Ierland 'ook Facebook Nederland in beginsel toegang heeft tot de gevraagde gegevens'. Mede door de opstelling van Facebook heeft bij de rechter de overtuiging postgevat dat Facebook nog over de gegevens beschikt. Zijn uitspraak was dan ook dat de gegevens moeten worden afgegeven. Een vreemde uitspraak: partij, geef af wat u zegt niet te hebben. Als stok achter de deur heeft de rechter aangegeven dat een deskundige mag rondsnuffelen bij Facebook op zoek naar de gegevens, als niet binnen twee weken na uitspraak de gegevens zijn verstrekt. Direct na de uitspraak verklaarde Facebook nogmaals niet over de gegevens te beschikken (ze konden moeilijk anders).

De aanwijzing van de deskundige lijkt op het eerste gezicht weinig zinvol. Partijen moeten er samen uitkomen inzake welke deskundige wat gaat doen, maar ik vermoed dat Facebook niet meewerkt en de rechter nogmaals tussenbeide zal moeten komen. Wat de zaak in mijn ogen lastig maakt, is dat Facebook over een schat aan informatie beschikt en in het kader van de waarheidsvinding de deskundige onbeperkt toegang zou moeten hebben. In het licht van deze zaak lijkt me een dergelijke verstrekkende zoekactie niet te rechtvaardigen, maar de rechter besliste dus anders. Als mogelijke deskundige werd in de dagvaarding FOX-IT genoemd, die in staat moet worden geacht informatie te vinden, zelfs als Facebook niet wist daarover te beschikken. Dat zou een mooie uitkomst zijn, een zogenaamde win-winsituatie. Facebook kan oprecht gedacht hebben niet meer de informatie te hebben die superspecialisten nog wel boven water krijgen. En Chantal heeft dan informatie om de 'dader' aan te spreken. Er zijn zelfs een minister en staatssecretaris opgestapt om plots gevonden onvindbare documenten. Als de gegevens er nog zijn, dan

worden ze gevonden. Facebook kan het zich in ieder geval niet veroorloven alsnog gegevens te wissen met het risico dat dat ooit uitkomt.

In het verleden heb ik goede ervaringen met Google voor wat betreft weghalen van content (een keer Search, een keer YouTube). Wat betreft weghalen van content werkt Facebook ook zonder meer goed. In deze zaak ging het echter om de persoon achter een account. In een zaak als deze lijkt me dat Google en Facebook normaal gesproken zouden meewerken. Als Chantal eind januari om de gegevens van de uploader had gevraagd, zou Facebook die hebben verstrekt, lijkt me. Al was het maar omdat degene die het account creëerde op meerdere gronden in strijd met de voorwaarden van Facebook opereerde. Een beroep op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van iemand die een nepaccount aanmaakt met kinderpornomateriaal lijkt me niet aan de orde. Voor zover in gevallen als deze Facebook niet meewerkt, kan deze uitspraak toekomstige slachtoffers helpen.

Facebook is niet in hoger beroep gegaan.

De zaak heeft wel een vervolg gekregen. Partijen konden er niet uitkomen wie als deskundige bij Facebook naar de informatie zou mogen zoeken. Nadat de rechter in een latere uitspraak hierin tussenbeide kwam is de win-winsituatie zoals boven beschreven gerealiseerd: het IP-adres is boven water gekomen. Wel op onverwachte wijze. In mei 2016 zouden de onafhankelijke onderzoekers Mark Hoekstra en Dave O'Reilly naar Facebook gaan, maar vlak daarvoor kwam er nieuwe informatie van Chantal. Vanuit het nepaccount was een bericht gestuurd naar iemand die Chantal kende. Dit bericht leidde tot het bewuste IP-adres.

Het IP-adres behoorde toe aan het ROC West-Brabant, een onderwijsinstelling met 25 000 leerlingen op een twintigtal vestigingen in zeven gemeenten. Die wilden en konden niet meewerken. Er zouden dan duizenden accounts bekeken moeten worden, vrijwel uitsluitend van onschuldige scholieren. In september 2016 verloor Chantal een kort geding tegen ROC, waarin ze medewerking eiste.

Het laatste bericht dat ik in juni 2017 over de zaak kan vinden, is dat in oktober 2016 het OM de gegevens van het ROC eist. Het lijkt of de zaak verder geen vervolg heeft gekregen.

Hoofdstuk 2

Naakte Britt Dekker bij het Europees Hof

Waar ik Britt Dekker in mijn noot bij de rechtbank nog aanduidde als ‘voor de meeste lezers van *Computerrecht* vast onbekende’, was ze bij het arrest van het gerechtshof ‘de inmiddels bij de lezers van *Computerrecht* bekende’ en na de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) op 8 september 2016 zal haar bekendheid zich uitstrekken tot ver over de grenzen. Bij het grote publiek werd Britt Dekker bekend door uitspraken als ‘Ik kan 30 000 euro winnen – dat is dus bijna een miljoen’. Met de meest recente uitspraak in de ‘Hyperlink-saga’ lijkt haar onnozelheid te zijn overgeslagen op het HvJ EU.

De drie prejudiciële vragen in deze zaak betreffen hyperlinks naar informatie die zonder toestemming van de auteursrechthebbende beschikbaar is gesteld. Deze informatie is uitgesplitst in ‘accessible to the general internet public’ (vraag 1) en ‘indeed findable for the general internet public, but not easily so’ (vraag 2). Eigenlijk had hier nog een categorie aan moeten worden toegevoegd, namelijk ‘niet vindbaar voor het algemene publiek’, waarover later meer. De derde vraag ten slotte verzoekt om invulling van aanvullende ‘omstandigheden van het geval’, in geval van linken in situatie 1 en 2.

De uitspraak ontspoort vrijwel direct omdat het HvJ EU de splitsing in verschillende soorten informatie blijkbaar niet zinvol achtte, de vragen in samenhang beantwoordt (r.o. 25) en de vraag herformuleert tot ‘whether, and in what possible circumstances, the fact of posting, on a website, a hyperlink to protected works, ***freely available on another website*** without the consent of the copyright holder, constitutes a “communication to the public”’.

In mijn rechtbankannotatie heb ik de criteria die gebruikt worden om vast te stellen of er sprake is van een secundaire openbaarmaking (mededeling aan het publiek):

- er moet sprake zijn van een interventie;
- er moet een nieuw publiek worden bereikt;
- er is een commercieel oogmerk (ondergeschikt, niet doorslaggevend criterium);

volkomen ongeschikt voor het internet genoemd. Deze criteria komen uit rechtspraak over klassieke mediadiensten die niet met de plaatser van een link te vergelijken zijn. Een uitzender doet iets actief, hij communiceert werken die door zijn interventie ontvangen kunnen worden. De plaatser van de link attendeert slechts de internetgebruiker op het bestaan van elders al beschikbare informatie. Hij laat via een link weten waar informatie te verkrijgen is, terwijl de uitzender de informatie zelf communiceert.

Om mijn argumenten in deze context kracht bij te zetten, betoogde ik dat aan de voorwaarden a-c op internet gemakkelijk voldaan zal zijn, namelijk (a) een link is een interventie, de plaatser brengt de clicker in contact met informatie; (b) er wordt

al snel een publiek bereikt dat er daarvoor niet was; en (c) de plaatser van de link zal doorgaans een dienst van de informatiemaatschappij (artikel 3:15e BW) leveren en deze behelst een economische (dus commerciële) activiteit.

Bijzonder eervol vind ik het dat de A-G bij de Hoge Raad de bijna 300 woorden die ik aan de ongeschiktheid van bovenstaande criteria wijdde integraal geciteerd heeft in zijn conclusie. Echter, ook wat ongemakkelijk, want in mijn noot bij Svensson (2014) en eerder bij Nederland.FM (2013) betoogde ik juist dat een karakteristiek van het internet is dat informatie die er staat voor de hele wereld bereikbaar is en iets als een nieuw publiek daarom niet bestaat. Nu is recht zo interessant omdat het mogelijk is rationeel te argumenteren voor zowel een bewering (A) als de negatie van die bewering (niet A). De criteria vind ik ongeschikt, maar als je ze dan toch moet toepassen kies ik voor de argumentatie dat er niet een nieuw publiek kan worden bereikt.

De vraag blijft intrigerend:

Kan het enkel verspreiden van informatie over de locatie waar werken te vinden zijn openbaarmaking opleveren?

Om een fysieke analogie te gebruiken: stel dat mijn boek op 31 oktober 2017 verschijnt en dan pas verkocht mag worden en ik in vertrouwen aan een collega vertel dat ze bij de VU boekhandel onder de toonbank liggen. Als deze collega mijn vertrouwen beschaamt en het doorvertelt aan een advocaat, die vervolgens op slinkse wijze voor 31 oktober een exemplaar weet te bemachtigen door hem onder die toonbank vandaan te grissen, heeft mijn collega dan het boek openbaar gemaakt door zijn mededeling aan de advocaat?

Hoewel in beginsel de hele wereld bij via internet bereikbare informatie kan, zijn er gradaties in beschikbaarheid. Een populaire, door Google geïndexeerde site (zoals GeenStijl) ligt aan de ene kant van het spectrum en aan de andere kant van het spectrum bevindt zich een document in Dropbox of een privé-YouTube-video. Ook naar beide laatstgenoemde content kan je hyperlinken. Hoewel ik eerder niet meeding in de argumentatie inzake ‘volmaakt privé’ van het Gerechtshof Amsterdam, zie ik wel mogelijkheden om onder omstandigheden een hyperlink als een openbaarmakingshandeling te zien. Zo heb ik een privévideo op YouTube waarin ik zing en die slechts enkele mensen gezien hebben. Als een bericht op GeenStijl, *Genant gezang professor*, een link naar die video bevat, zou dat als openbaarmakingshandeling kunnen kwalificeren. De video kon op zich al door iedereen bereikt worden, alleen wist bijna niemand nog voor het plaatsen van de link hoe.

Een veelgehoord bezwaar tegen het kwalificeren van hyperlinks als auteursrechtelijke ‘communicatie naar het publiek’ is de daaraan gekoppelde verbodsmogelijkheden en mogelijk hoge kosten door de handhavingsrichtlijn. Er zijn meer bezwaren aan te voeren.

Om te beginnen sanctioneert de uitspraak van het HvJ EU ook situaties die niet onder het bijzondere geval van de Dropbox-link vallen. Zo kan er informatie A op

internet staan die daar zonder toestemming van de auteursrechthebbende is geplaatst terwijl deze informatie A ook elders op internet te vinden is. Hoe kan het linken naar deze illegaal geplaatste content auteursrechtelijk relevant zijn? De informatie A waarnaar gelinkt wordt is dan immers al elders, voor de hele wereld dus, beschikbaar. Een link naar informatie A is toegestaan, maar een link naar informatie A is een auteursrechtelijk relevante communicatie naar het publiek die verboden kan worden? Er wordt immers gelinkt naar vrij op internet beschikbare informatie die er zonder toestemming van de auteursrechthebbende staat. Dit betekent dus dat als GeenStijl een item heeft ik ernaar mag linken, maar als iemand een kopie van het item van GeenStijl lokaal ergens heeft opgeslagen en ik daarnaar link er door die link een relevante openbaarmakingshandeling plaatsvindt?

Stel nu dat, zoals bij *Playboy*, de informatie nog nergens stond. Dan is er nog een onderscheid te maken tussen gemakkelijk vindbare informatie, zoals een website *Brittnaakt.nl* (vooral als deze door Google geïndexeerd is) en een plek vergelijkbaar aan een document in Dropbox. In het eerste geval is de vraag hoe je met de link naar het publiek iets kan communiceren aangezien ze er toch al gemakkelijk bij konden. In het tweede geval is te betogen dat door het enkele plaatsen van de informatie in Dropbox er nog geen informatie openbaar is gemaakt. De uitspraak is echter zo breed geformuleerd dat zoals we hierboven al zagen er ook heel andere situaties onder vallen. Stel nu dat het hof zijn uitspraak had beperkt en bepaald had dat in geval er naar informatie gelinkt wordt die nog niet vrij op internet beschikbaar is, een hyperlink een communicatie naar het publiek kan zijn?

Een eerste complicatie is in dat geval vast te stellen wanneer informatie ‘nog niet vrij beschikbaar is’. Mijn YouTube-video is bij ongeveer twintig mensen bekend. Is deze video dan nog niet vrij beschikbaar? Wat nu als ik de link deel met al mijn collega’s in de faculteit en er zo dus enkele honderden mensen mee bekend worden? Is deze video dan nog steeds niet vrij beschikbaar? De grens is moeilijk te bepalen. Het hangt wellicht ook samen met de aard van de content. Bij smaad kan zelfs een een-op-eencommunicatie (via WhatsApp bijvoorbeeld) kwalificeren als een in het openbaar gedane uiting. In dat geval wordt openbaarheid binnen de beslotenheid geconstrueerd als: degene die de informatie deelde kon verwachten dat deze verder gedeeld zou worden. Maar hoe kun je een dergelijk criterium vertalen naar het auteursrecht? Het lijkt mij dat zeker naarmate ik het met meer mensen deel, maar je kan zelfs betogen al vanaf het moment dat ik het met één iemand deel, ik daarmee auteursrechtelijk gezien voor lief neem dat het publiek met mijn werk in contact kan komen. In geval van een privé-YouTube-video door ernaar te linken.

Een tweede complicatie is het dynamische karakter van content. Als je naar een pagina linkt, moet je dan constant monitoren of er op die pagina zonder toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste informatie aanwezig is? Voor de werkgelegenheid gunstig, want bedrijfjes kunnen zich gaan toeleggen op voor rechthebbenden geautomatiseerd het internet afstruinen en elke foto of video indexeren, om te controleren of links wel of niet rechtmatig verwijzen.

Een derde complicatie is het toestemmingsaspect. Hoe stel je vast of als je naar informatie linkt, deze informatie daar met toestemming van de auteursrechthebbende

geplaatst is? Er zijn evidente gevallen, zoals een net verschenen e-book of streaming van een net in de bioscoop verschenen film. Maar doorgaans zal het niet zonneklaar zijn.

Een vierde complicatie is het door het HvJ EU gemaakte onderscheid tussen professionele en niet-professionele gebruikers. De laatstgenoemde mogen blijven linken. Dat is een betrekkelijk willekeurige schifting die gemaakt wordt in de context van afweging tussen auteursrecht en vrijheid van meningsuiting, die iets goed beoogt te maken van deze uitspraak. Alleen mensen die geld verdienen, hoeven te controleren en te monitoren. Maar hoewel deze onderzoeksplicht ook stuit op de eerste drie complicaties, is de vraag wie professioneel is. Heeft mijn universiteit een onderzoeksplicht? Heb ik een onderzoeksplicht als ik op de SOLV-blog iets schrijf? En wat als ik eerst op een ideële blog iets schrijf en dat doorzet naar SOLV? Heb ik dan die plicht voor eerstgenoemde niet en wel voor laatstgenoemde?

Mogelijk dat het HvJ EU zich realiseerde dat er ook nog een ander probleem zou ontstaan als anders dan vrij beschikbare informatie onder communicatie voor het publiek zou worden geschaard. In mijn voorbeeld van de privévideo wordt door de link namelijk niet secundair, maar primair openbaar gemaakt. Daar zijn de criteria echter niet voor bedoeld. Mede in het licht van de bij Svensson ingeslagen weg dat de hele wereld toegang heeft tot met toestemming van de rechthebbende op internet geplaatste informatie, zou een mogelijk gevolg kunnen zijn dat een met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste tekst of foto ook door anderen naar het publiek gecommuniceerd zou kunnen worden anders dan via een hyperlink. Wel kan er dan sprake zijn van onrechtmatige verveelvoudiging, maar daar zal niet altijd sprake van zijn, bijvoorbeeld als de plaatser van de digitale content over een legale kopie beschikte. Gevolg is dan dat deze communicatie naar het publiek niet auteursrechtelijk verboden kan worden omdat de hele wereld er al bij kon. Dit verhoudt zich bovendien niet goed met het niet bestaan van uitputting in een digitale omgeving. Op het moment dat je criteria voor communicatie naar het publiek behandelt in de context van de hyperlink, maar deze criteria in algemene zin worden verwoord dan zouden deze criteria ook voor andere communicatie dan via hyperlinks moeten gelden. Zoals bij wel meer nu nog onder auteursrecht vallende situaties, zou de onrechtmatige daad een beter alternatief zijn.

Het HvJ EU benadrukt dat het recht van de auteursrechthebbende goed beschermd moet worden. Om de in beginsel neutrale hyperlink hiervoor te slachtofferen is een ongelukkige keuze geweest. Het is te hopen dat in latere rechtspraak het HvJ EU op haar schreden terugkeert. Het is afwachten hoe de Hoge Raad deze uitspraak zal duiden. Het linken geheel buiten het auteursrecht houden zou het beste zijn, maar daar lijkt deze uitspraak, anders dan de conclusie van de A-G Wathelet van het HvJ EU, helaas niet de ruimte toe te bieden.

In de week dat de rechtbank in september 2012 uitspraak deed, verscheen in het tijdschrift *Mr.* een opinie van Alberdingk Thijm (advocaat voor Sanoma in deze zaak) over *Auteursrecht op de schop*. Hij zei onder andere: 'Het auteursrecht met zijn stelsel van verbodsrechten heeft een geconcentreerde media-industrie gecreëerd

die innovatie belemmert. Het is tijd om te beoordelen of het auteursrecht niet op een andere wijze zijn doel kan bereiken, niet via verbodsrechten, maar met behulp van vergoedingsrechten (...). Uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium is niet de weg uit de crisis die het auteursrecht kenmerkt. Een grondige herbezinning van het systeem van exclusieve rechten is dat wel.' Er bestaat geen behoefte aan het exclusieve recht om te verbieden naar content te hyperlinken. De noodzaak tot een grondige herbezinning is vijf jaar later alleen maar urgenter geworden.