

Principle 7: These principles apply both to natural persons (the journalists) and legal persons (the media companies).

Application of the Court's principles to the case at hand

21. The Hungarian courts held the applicant company liable for defamation for 'dissemination' of false statements regarding Jobbik under Section 78(2) of the Civil Code. Section 78(2) defines defamation as 'the statement or dissemination of an injurious and untrue fact concerning another person, or the presentation with untrue implications of a true fact relating to another person'. The domestic courts did not find the applicant company liable for the article on the Konyár incident, but specifically for the fact that the journalist Mr Horváth had used a technique of hyperlinking to a video already available online. Oddly enough, the domestic courts' removal order targeted the hyperlink, but not the other references to the existence of the video in the article.

22. The applicant company claimed that it could not have foreseen that the Hungarian courts would consider hyperlinking to constitute dissemination. Accordingly, the applicant company could not have foreseen that, by including the hyperlink in the article, it would be found liable for defamation and ordered to remove the hyperlink, publish excerpts of the judgment and pay legal costs. The Government conceded that there had been interference with the applicant company's freedom of expression, but argued that this interference had been lawful and proportionate in the light of the prevailing doctrine of objective liability in this field of law in Hungary.

23. By equating hyperlinking to 'dissemination' in four consecutive instances,³⁶ the Hungarian courts disregarded the fundamental distinction between content and communicating the existence of content (hyperlinking). The application of objective liability to any form of hyperlinking precluded the balancing of interests required under the Court's case-law and the individual assessment of the applicant company's situation, and resulted in truly draconian interference with the applicant company's Article 10 rights. This criticism of the Hungarian courts is not new. In another case, the Hungarian courts' application of an objective liability interpretation of Article 78 of the Civil Code was already found to be incompatible with the Convention.³⁷ In the present case, the Court reiterates this finding with regard to hyperlinks.

24. As a matter of law, the domestic courts failed to consider that the journalist simply posted the link in his article, without endorsing or even repeating the content to which the hyperlink led, and that the content referred to (namely Mr

Gyöngyösi's comments on the Konyár incident) had not been declared unlawful and had its use prohibited by any court decision prior to the creation of the link. Furthermore, the domestic courts also disregarded the fact that the content in question appeared in the context of a news report on a matter of public interest, as it related to threats against Roma schoolchildren and could be perceived as statements made within the 'permissible criticism of political parties'.³⁸

25. Worse still, this case highlights how objective liability for hyperlinking may lead to an infinite regress of liability. In fact, the domestic courts held a website (hvg.hu) liable for hyperlinking to the article on the applicant company's website because that article itself included a hyperlink to the allegedly defamatory video.

Conclusion

26. In sum, the Web is not intended, as a technology, to function in the way the respondent Government states, where spreading information via a hyperlink is itself always a 'thought-content'.³⁹ This approach begs the question of how people are to convey information across the estimated trillions of webpages in existence today and countless future pages if doing so can give rise to liability. It is too burdensome, and in many cases impossible, for people to make a legal determination as to whether each and every hyperlinked content is defamatory or otherwise unlawful. If such a burden were to be imposed automatically on journalists, by way of an objective liability regime, it would stifle the freedom of the press. To paraphrase the words of Berners-Lee, hyperlinks are critical not merely to the digital revolution but to our continued prosperity – and even our liberty. Like democracy itself, they need defending.⁴⁰ It is indeed remarkable that, by finding a violation of Article 10 of the Convention, the present judgment has done just that.

Noot

1. Op 5 september 2013 hield een bus met dronken voetbalsupporters op weg naar de match stil bij een school in Konyár, een dorp in Hongarije. De leerlingen op die school waren voor het grootste deel afkomstig uit de plaatselijke Romabevolking. De supporters stapten uit de bus en schreeuwden, al zingend en vlaggen zwaaiend, racistische taal en bedreigingen naar de leerlingen en urineerden tegen het schoolgebouw. De schoolleiding liet het gebouw door de leerlingen barricaderen en riep de politie te hulp. Toen die kwam was de bus met lallende supporters al weer vertrokken. De gebeurtenis trok veel politieke aandacht in de media, ook op

³⁸ Paragraph 83 of the judgment.

³⁹ Observations of the respondent Government, paragraph 20.

⁴⁰ Tim Berners-Lee, *Weaving the Web*, cited above: 'The Web is critical not merely to the digital revolution but to our continued prosperity – and even our liberty. Like democracy itself, it needs defending.'

³⁶ Paragraphs 14, 16, 19 and 20 of the judgment.

³⁷ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no. 22947/13, § 89, 2 February 2016.

internet. Op diezelfde dag gaf J. Gy, de leider van de Roma minderheid in Konyár in aanwezigheid van een leerling van de school samen met diens moeder, een gefilmd interview aan Roma Produktiós Iroda Alapítvány, een mediaplatform met een focus op Roma aangelegenheden. De gebeurtenissen aan de interviewer beschrijvend zei hij: 'Toen kwamen de *Jobbik* binnen (Bejött a Jobbik). En hij herhaalde: 'Toen vielen ze de school aan, de *Jobbik* vielen aan. Ik weet het zeker, het waren leden van de *Jobbik*.' De video met dit interview werd diezelfde dag door Roma Produktiós op YouTube geplaatst. Daarmee werd verder de toon voor het openbare debat over deze gebeurtenis gezet. *Jobbik* (voluit: Jobbik Magyarországi Mozgalom) is een rechts-radical politieke partij die in Hongarije in 2002 werd opgericht en een grote aanhang trekt. Tegenstanders beschuldigen haar van fascisme en racisme, maar op die beschuldiging reageert de leiding van de beweging als door een adder gebeten. Het mediabedrijf dat klager is in deze zaak plaatste op zijn website een artikel over deze gebeurtenis met een hyperlink naar dit interview op YouTube. De hyperlink werd ook door andere platforms overgenomen. Op 13 oktober 2013 startte de Jobbikpartij acties tegen onder meer J. Gy, Roma Produktiós en de klager in deze zaak wegens belediging, omdat de dronken supporters niet tot de aanhang van Jobbik behoorden, zodat de beweringen in het interview waar naar was gelinkt geen feitelijke grondslag hadden. Jobbik krijgt van de Hongaarse rechters in alle instanties gelijk. De zaak tegen de klager spitst zich toe op het maken van een hyperlink naar het interview waarin de ongefundeerde bewering (dat staat feitelijk wel vast) werd uitgesproken (zie overwegingen 14-22).

2. Het EHRM zet in deze unanieme en definitieve beslissing zijn hele jurisprudentie inzake internet op een rij en het bepaalt ook zijn positie ten opzichte van de internetjurisprudentie van het HvJ EU. Het gaat dus om een belangrijk ankerpunt in zijn rechtspraak. Dit wordt ook benadrukt door het feit dat er nogal wat interveniërende media- en civil rights organisaties in deze zaak waren die in verschillende toonaarden benadrukten dat het plaatsen van een hyperlink een wezenlijk onderdeel is van de free flow of information op internet (overwegingen 51-54).

3. Het Hof slaat de vraag over of de beperking van het recht op een hyperlink te zetten voldoende basis vindt in de nationale wet, maar stevent recht af op de noodzakelijkheidsvraag (overweging 61). Het kiest dan als basis voor zijn argumentatie de volgende stappen. In overweging 66 wordt het belang van internet voor de vrijheid van communicatie voorop gesteld (de zaak *Yildirim*, EHRM 18 december 2012, appl. 3111/10, NJ 2014/320 m.nt. E.J. Dommering), maar wordt ook gewaarschuwd voor het gevaar van de snelle verspreiding van onjuiste berichten met name als het gaat om de privacy van personen, hetgeen meebrengt dat ze voorzichtiger moeten zijn dan

traditionele persorganen. Ik citeer uit overweging 66: "Because of the particular nature of the Internet, the 'duties and responsibilities' of Internet news portals for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher, as regards third-party content. Although Internet news portals are not publishers of third-party comments in the traditional sense, they can assume responsibility under certain circumstances for user-generated content" (de geciteerde precedenten: de *Delfizaak*: EHRM 16 juni 2015, appl. 64569/09, NJ 2016/457, m.n. overweging 113, en EHRM 2 februari 2016, appl. 22947/13 (*MTE & Index.hu*), m.n. overweging 62, beide besproken in de noot bij *Delfi*). De vraag die het Hof in deze zaak moet beantwoorden is of het plaatsen van een hyperlink naar een (achteraf) 'diffamerend' bericht automatisch tot aansprakelijkheid voor dat bericht moet leiden voor het nieuwsplatform dat het bericht plaatst. Dat was namelijk door de Hongaarse rechters aangenomen. Daarbij is een bijzondere nationale omstandigheid dat Hongarije een uitsluiting van aansprakelijkheid voor de pers kent voor mededelingen door derden gedaan tijdens persconferenties, mits de berichtgeving te goeder trouw is. De Hongaarse rechters hadden echter vastgesteld dat die uitzondering hier niet van toepassing was, en dat er daarom geen ruimte was voor een verdere afweging.

4. De beslissing is voor het EHRM aanleiding om precies te omschrijven wat een hyperlink is en wat hij doet (overwegingen 73-75), kort gezegd: 1. Hij is geen nieuwsberichtgeving, maar leidt het publiek alleen naar op het web beschikbare informatie, 2. Hij presenteert de informatie waar hij naar verwijst niet zelf en 3. De plaats van de hyperlink kan geen enkele controle uitoefenen op de inhoud van de informatie waar de link naar verwijst.

5. Daarom concludeert het Hof dat de *automatische* aansprakelijkheid die de Hongaarse rechters hebben aangenomen niet op zijn plaats is. Er kan wel aansprakelijkheid bestaan, maar dat verlangt een concrete afweging, waarbij de volgende factoren in aanmerking moeten worden genomen (overwegingen 76-77): (1) Heeft de journalist door plaatsing van de link de informatie willen onderschrijven?, of: (2) Heeft de journalist door de plaatsing van de link de informatie niet willen onderschrijven, maar wel bewust willen herhalen? of: (3) Heeft de journalist alleen de beschikbaarheid van de informatie zichtbaar willen maken zonder die te willen onderschrijven of te willen herhalen?, en verder: (4) Kon de journalist op het moment van het maken van de link weten of begrijpen dat de informatie fout was?, (5) Meer in het algemeen: Handelde hij als journalist te goeder trouw volgens zijn beroepsregels?. Ten aanzien van factor 2 merkt het Hof, onder verwijzing naar onder meer de zaak *Jersild* (23 september 1994, NJ 1995/387, m.nt. G. Knigge en E.J. Dommering,) op, dat er 'particularly strong reasons' moeten zijn om dat aan te nemen. Het aannemen van een algemeen verplichting om

zich bij publicatie te distantiëren van mededelingen van derden, is immers onverenigbaar met de rol van de pers. Het is denkbaar, maar dan moet wel worden vastgesteld dat de journalist niet te goeder trouw heeft gehandeld (factor 5). Dat is in deze zaak niet vastgesteld. Evenmin is goed onderzocht of de journalist kon weten dat het bericht fout was (factor 4).

6. In een slotoverweging (88) stelt het Hof vast dat de nationale wet eigenlijk geen behoorlijke afweging toeliet in het belang van de vrijheid van meningsuiting, zodat van een 'objectieve aansprakelijkheid' kan worden gesproken: "For the Court, such objective liability may have foreseeable negative consequences on the flow of information on the Internet, impelling article authors and publishers to refrain altogether from hyperlinking to material over whose changeable content they have no control. This may have, directly or indirectly, a chilling effect on freedom of expression on the Internet." Dit 'parting shot' over de kwaliteit van de Hongaarse wetgeving zal er wel de reden van zijn dat het EHRM (zie deze noot onder 3) de vraag of de beperking 'according to the law' was heeft overgeslagen, omdat die toets nu eenmaal een tamelijk formele is. Die kwestie speelde ook al bij een andere internetzaak (*Cengiz/Turkije*, EHRM 1 december 2015, appl. 48226, NJ 2016/337, m.nt. E.J. Dommering). Is dit een nieuwe lijn? Als de wetsbepaling zelf te restrictief is geformuleerd, wat heeft het dan nog voor zin om eerst vast te stellen dat die restrictie toegankelijk en voorspelbaar is en dus 'according to the law'?

7. Het HvJ EU heeft zich bij auteursrechtelijke kwesties al enige malen over hyperlinking uitgelaten. Die jurisprudentie citeert het EHRM onder het relevante recht (overweging 29). Het is duidelijk dat het EHRM, met name bij privacy en internetzaken aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van het HvJ EU. Je zou bij de interactie tussen EVRM en het Handvest van een 'duale rechtsorde' kunnen spreken (vgl. E.J. Dommering, *De Europese informatie-rechtsorde*, Amsterdam: DeLex 2019, hoofdstuk I.2). Het gaat bij de hyperlink met name om de zaken *Svensson en GS Media* (HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12 NJ 2018/109 en HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-610/15, NJ 2018/114 m.nt. P.B. Hugenholtz). In deze zaken heeft het HvJ EU geen nieuwe mededeling aan het publiek in de zin van het auteursrecht geacht het maken van een hyperlink naar een site waarop zich informatie bevindt die daar met toestemming van de auteur is geplaatst. Met andere woorden: de oorspronkelijke auteur die werk op het internet plaatst moet er rekening mee houden dat naar zijn werk wordt 'gelinkt'. Dat geldt ook voor een hyperlink naar onrechtmatige informatie als de plaatser van de hyperlink te goeder trouw is en niet commercieel handelt. Het HvJ EU nam daarbij de betekenis van de hyperlink voor de informatievrijheid op internet in aanmerking. Het is interessant om te zien welke passages het EHRM uit het *GS Media* arrest in zijn eigen arrest expliciet citeert:

'45. In that regard, it should be noted that the internet is in fact of particular importance to freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and that hyperlinks contribute to its sound operation as well as to the exchange of opinions and information in that network characterised by the availability of immense amounts of information....

47. For the purposes of the individualised assessment of the existence of a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, it is accordingly necessary, when the posting of a hyperlink to a work freely available on another website is carried out by a person who, in so doing, does not pursue a profit, to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know, that that work had been published on the internet without the consent of the copyright holder.

48. Indeed, such a person, by making that work available to the public by providing other internet users with direct access to it (see, to that effect, judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 18 to 23) does not, as a general rule, intervene in full knowledge of the consequences of his conduct in order to give customers access to a work illegally posted on the internet. In addition, where the work in question was already available with unrestricted access on the website to which the hyperlink provides access, all internet users could, in principle, already have access to it even in the absence of that intervention.

49. In contrast, where it is established that such a person knew or ought to have known that the hyperlink he posted provides access to a work illegally placed on the internet, for example owing to the fact that he was notified thereof by the copyright holders, it is necessary to consider that the provision of that link constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2.'

Die overwegingen sporen met de factoren die het EHRM in deze zaak in aanmerking neemt om de verantwoordelijke voor een hyperlink onder de bescherming van art. 10 EVRM te plaatsen.

E.J. Dommering