



Affiliate marketing

**Een onderzoek naar enkele juridische aspecten
van dit nieuwe fenomeen.**

Tom Donders
ANR: S277081

Universiteit van Tilburg
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Nederlands Recht
Afstudeerrichting: Privaatrechtelijk

Scriptiebegeleider: Dr. mr. C.M.K.C. Cuijpers

Examencommissie: Prof. dr. E.J. Koops
Dr. mr. C.M.K.C. Cuijpers

Afstudeerdatum: 25 augustus 2008, 10.00-11.00u
Locatie: M11

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Inleiding	4
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Belang van het onderzoek	8
1.4 Leeswijzer	8

Hoofdstuk 2: Wat is affiliate marketing? 9

2.1 Definitie	9
2.2 Voorbeeld uit de praktijk	9
2.3 Verschillende vormen van affiliate marketing	11
2.4 Voor- en nadelen van affiliate marketing en enkele cijfers	13
2.4.1 Voordelen van affiliate marketing	13
2.4.2 Nadelen van affiliate marketing	14
2.4.3 Enkele cijfers en aanbieders van affiliate marketing op internet	15
2.5 Waarom verdient affiliate marketing juridische aandacht?	16

Hoofdstuk 3: Valt affiliate marketing onder de normale regels voor het maken van reclame ? 17

3.1 Het begrip online reclame	18
3.2 Verplichtingen verbonden aan commerciële communicatie	22
3.3 Oplossingen voor de huidige problemen met art. 3:15e, lid 1 BW	24
3.3.1 Branchevereniging en de rol van de Reclame Code Commissie	26

Hoofdstuk 4: Reclame maken voor verboden zaken: aansprakelijkheid voor affiliate hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud 30

4.1 Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud	30
4.1.1 (Illegale) goksites en affiliate marketing	31
4.1.2 Hyperlinks (algemeen)	32
4.1.3 Verschillende technieken voor hyperlinks	33
4.1.4 Algemene aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud.....	35
4.1.4.1 Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud	
a) affiliate netwerk organisatie.....	40
b) affiliates	41

Hoofdstuk 5: Affiliate marketing en fraude 42

5.1 Inleiding	42
5.2 Vormen van misbruik binnen affiliate marketing	42
5.3 Spyware fraude en cookies.....	44

5.3.1 Cookies	45
5.3.2 Spyware fraude binnen affiliate marketing	46
5.3.3 Wettelijk kader cookies & spyware	47
5.3.4 Is het wettelijk kader rondom cookies & spyware afdoende geregeld voor a.m?	49
Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen	51
Literatuurlijst	55

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Inleiding

Altijd al ervan gedroomd om goederen of diensten via het internet te verkopen? Door affiliate marketing is dat nu voor iedereen mogelijk, zelfs zonder de zorgen die bij traditionele verkoop horen. Affiliate marketing stelt iemand in staat om commissie te verdienen op de verkoop door een ander.

Voordat ik verder zal uitweiden over het fenomeen affiliate marketing zal ik eerst in vogelvlucht een stukje voorgeschiedenis behandelen:

In een paar jaar tijd is internet een niet meer weg te denken onderdeel van het dagelijks leven geworden. Waar je tot enkele jaren geleden voor je informatievoorziening afhankelijk was van televisie, radio en krant vormt internet voor een steeds groter wordende groep mensen de belangrijkste bron van informatievoorziening.

Een van de grote voordelen van dit medium is het feit dat de internetter zelf bepaalt waar hij naar kijkt, luistert of zoekt. Ook is de informatievoorziening sneller, uitgebreider en over het algemeen gratis te raadplegen. Deze factoren bepalen mede het succes van internet.

Internet heeft er echt voor gezorgd dat de wereld weer een stukje groter is geworden. Als je naar iets op zoek bent hoef je het alleen maar op Google¹ in te tikken en er bestaat een grote kans dat je binnen een paar seconden gevonden hebt wat je zoekt. Het bij elkaar brengen van vraag en aanbod is een van de grote krachten van internet. Was daar voorheen nog vooral een taak weggelegd voor papieren instrumenten als de Gouden Gids of de Winkler Prins encyclopedie, tegenwoordig heb je de informatie die je nodig hebt binnen een paar klikken met de muis op je computerscherm. Deze informatie is bovendien veel beter up-to-date en uitgebreider te raadplegen. Daartegenover staat dat de waarde van de aangeboden informatie weer moeilijker te bepalen is. Bovendien kan een product dat op internet wordt aangeboden niet eerst gevoeld en geroken worden. Ook de commercie heeft internet natuurlijk al lang ontdekt. Toen eind jaren negentig de bomen tot in de hemel leken te groeien was daar aan het begin van het nieuwe millennium ineens de uiteenspatting van de 'dotcom bubble'². Achteraf

¹ www.google.nl

² Ofek, Eli and Richardson, Matthew P., *DotCom Mania: The Rise and Fall of Internet Stock Prices* (December 2001). NBER Working Paper No. W8630.
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=293243>

gezien is dit misschien wel heel goed geweest. Het grenzeloze enthousiasme waarmee de dotcom bedrijven de ouderwetse bedrijven binnen korte tijd naar het tweede plan leken te verwijzen ging wel erg ver en het kon dan ook niet anders dan dat het een keer mis ging³. Het is beter dat dit zo snel gebeurde dan dat het later plaatsvond. Zo stond iedereen weer met beide voeten op de grond en heeft iedereen er van geleerd en heeft de uiteenspatting van de ‘dotcom bubble’ er in ieder geval voor gezorgd dat de echt goede bedrijven overbleven⁴ en dat de vele nieuwkomers gewaarschuwd waren.

De komst van internet heeft er tevens voor gezorgd dat in sommige branches de tussenhandel wordt overgeslagen, doordat een product of dienst rechtstreeks van de producent naar de consument gaat. In de traditionele handel zitten tussen de producent en de consument nog enkele schakels in als de importeur, de groothandel en de detaillist. Al deze partijen moeten een stukje marge hebben op het eindproduct waarvoor de consument betaalt. Het weglaten van deze partijen levert een aanzienlijke kostenbesparing op die de consument uiteindelijk ten goede komt⁵. Vele bedrijven hebben de laatste jaren meer en meer ingezet op internet. Hetzij als informatiekanaal, hetzij als verkoopkanaal. In dit laatste geval spreken we ook wel over een ‘webshop’ of ‘webwinkel’. Waren het in het begin voornamelijk de grotere bedrijven (bijv. Amazon⁶) die brood zagen in de rechtstreekse verkoop aan consumenten, de laatste jaren zie je ook veel kleinere bedrijven die middels een webshop goederen verkopen⁷. Kijkend naar de steeds verder groeiende lijst met webwinkels die het nieuwe online betaalsysteem iDEAL⁸ aanbieden kan men concluderen dat met name kleinere webshops die zich in een nichemarkt⁹ begeven als paddenstoelen uit de grond schieten en tevens succesvol zijn¹⁰.

Met de verkoop van goederen en diensten via webshops werd ook de aandacht voor marketing op internet vergroot. In het begin was de focus met name gevestigd op het zo hoog mogelijk genoteerd staan in de diverse zoekmachines. Na de komst van Google als dé zoekmachine

³ <http://www.economics.pomona.edu/msmith/econ157/DotComMania.pdf>

⁴ I. Bose & R. Pal, ‘Predicting the survival or failure of click-and-mortar corporations: A knowledge discovery approach’. *European Journal of Operational Research*, Volume 174, Issue 2, 16 October 2006, Pages 959-982.

⁵ Johnson, M. Eric and Whang, Seungjin, E-Business and Supply Chain Management: An Overview and Framework (November 27, 2002). Tuck School of Business Working Paper No. 03-06. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=385540>.

⁶ www.amazon.com

⁷ In de Thuiswinkel Markt Monitor 2007 werd becijferd dat het aantal webwinkels in Nederland momenteel rond de 20.000 ligt. Het grootste deel hiervan betreft kleine webwinkels.

⁸ <http://www.ideal-betalen.nl/index.php?s=webwinkels>

⁹ <http://sbinfocanada.about.com/cs/marketing/g/nichemarket.htm>

¹⁰ <http://www.twinklemagazine.nl/praktijk.aspx?navid=4&id=7158&terms=niche&searchtype=2&fragment=True>

werd het ook steeds belangrijker om aan zoekmachinemarketing te doen. Via programma's als Adwords¹¹ (Google) en Yahoo Search Marketing¹² kan advertentieruimte gekocht worden naast de normale zoekresultaten. Dit betekende een echte doorbraak op het gebied van adverteren op internet¹³. Adverteren via banners en buttons op content gerelateerde sites bleek ook een goede methode om, naast het opbouwen van naamsbekendheid, gerichte bezoekers doorgestuurd te krijgen naar de website. Er ontstonden verschillende manieren om te adverteren, zoals CPC (cost per click: hierbij betaalt de adverteerder per gerealiseerde click op zijn advertentie) en CPM (cost per mille: hierbij betaalt de adverteerder een vast bedrag per 1000 vertoningen van zijn advertentie) die allemaal werken maar waaraan ook zekere nadelen kleven. Bij CPC komt ten eerste het gevaar van clickfraude om de hoek kijken¹⁴ en daarnaast weet je niet goed of de gerealiseerde clicks ook het gewenste resultaat hebben opgeleverd. Bij CPM is dat probleem nog sterker aanwezig; de advertentie is dan wel 1000 keer vertoond, maar krijgt de adverteerder daarvoor ook waar voor z'n geld¹⁵?

Sinds eind jaren negentig is er weer iets nieuws op de markt: Affiliate Marketing. Kort gezegd is dit adverteren op basis van resultaat, een soort 'no cure, no pay'. De adverteerder hoeft hierbij nog niet te betalen als er enkel op de advertentie geklikt is; pas als er daadwerkelijk wat gekocht wordt door de klant betaalt de adverteerder uit aan de partnersite.

In 1994 was het Amerikaanse bedrijf CDNow¹⁶ de eerste met een eigen affiliate marketing programma. De echte doorbraak volgde in 1996 met de start van het affiliate programma van Amazon¹⁷. Aan het begin van deze eeuw deed affiliate marketing ook in Nederland voor het eerst zijn intrede¹⁸.

De eerste resultaten van affiliate marketing zijn zeer bemoedigend en de verwachting¹⁹ is dat het huidige succes nog maar het begin is²⁰. Affiliate marketing is de grootste groeimarkt in de

¹¹ <https://adwords.google.nl>

¹² http://searchmarketing.yahoo.com/nl_NL/

¹³ M. Bartholomew, 'Making a mark in the internet economy: a trademark analysis of search engine advertising', *Okla. L. Rev.*, 2005 58, p. 179.

¹⁴ M. Jakobsson & Z. Ramzan, *Online Advertising Fraud*, Crimeware, Symantec Press 2008, p. 9-16.

¹⁵ B. Benediktova & L. Nevosad, 'Affiliate marketing: Perspective of content providers' (Master Thesis Luleå University of Technology) 2008. p. 18-22.

¹⁶ www.cdnow.com

¹⁷ S. Goldschmidt, S. Junghagen, U. Harris, *Strategic Affiliate Marketing*, 2003, p. 13-14.

¹⁸ http://www.tradedoubler.nl/pan/cms/press/td_start_nl

¹⁹ S. Goldschmidt, S. Junghagen, U. Harris, *The future of affiliate marketing*, *Strategic Affiliate Marketing*, 2003, p. 159.

²⁰ <http://www.gotdot.com/home-business-ideas.html>

internetindustrie²¹. Binnen korte tijd zal affiliate marketing een niet meer weg te denken onderdeel zijn van de marketingmix^{22 23} van vele bedrijven. Op dit moment zijn het nog voornamelijk de echt op internet gerichte bedrijven die aan affiliate marketing doen, maar weldra zullen ook de bedrijven gaan volgen die internet nu nog als ‘een leuke aanvulling’ op hun huidige bedrijfsactiviteiten zien.

1.2 Probleemstelling

Zoals dat gaat met alles wat nieuw is, brengt affiliate marketing ook de nodige juridische problemen naar voren. De problemen blijken zich niet zozeer voor te doen in het systeem van affiliate marketing zelf, als wel in de daarmee samenhangende (rechts)gebieden. Hierbij gaat het met name om het gevaar van reclame maken voor verboden zaken en fraude op het gebied van affiliate marketing. Hetgeen leidt tot de volgende vraag:

Behoeft de huidige wet- en regelgeving omtrent affiliate marketing aanpassing met het oog op de regels rondom reclame, de aansprakelijkheid voor onrechtmatige inhoud en het probleem van fraude om er voor te zorgen dat affiliate marketing een betere juridische basis krijgt?

Om deze hoofdvraag goed te kunnen beantwoorden zal in deze scriptie eerst een aantal deelvragen beantwoord moeten worden.

In de eerste plaats wordt dieper ingegaan op wat affiliate marketing is en wat de verschijningsvormen hiervan zijn. In de tweede plaats moet gekeken worden naar het bestaande juridische raamwerk met betrekking tot reclame, en moet de vraag gesteld worden in hoeverre dit juridische raamwerk van toepassing is op affiliate marketing? Daarna kan meer specifiek worden ingegaan op de aansprakelijkheid voor de affiliate voor het linken naar websites met een onrechtmatige inhoud en op het probleem van fraude op het gebied van affiliate marketing.

²¹ Chr. Fill, Affiliate marketing & the marketing communications mix - online, *Simply Marketing Communications*, Harlow: Pearson Education Limited 2006, p. 153-154.

²² De marketingmix is het geheel van activiteiten dat een bedrijf inzet om de markt waarop zij actief is te bewerken.

²³ Chr. Fill, The Marketing Communication Mix, *Simply Marketing Communications*, Harlow: Pearson Education Limited 2006, p. 14-19.

In de conclusie worden aanbevelingen gedaan voor diegenen die zich in de dagelijkse praktijk bezig houden met affiliate marketing en worden, voor zover het onderzoek hiertoe aanleiding geeft, aanbevelingen aan de wetgever gedaan om de huidige wetgeving op het gebied van affiliate marketing aan te passen.

1.3 Belang van het onderzoek

Het is van belang dat affiliate marketing een stevige juridische basis heeft zodat de verwachte verdere groei²⁴ in de toekomst gegarandeerd kan worden. De huidige juridische problemen zouden er voor kunnen zorgen dat de groei wordt belemmerd. Door het in kaart brengen van deze problemen en het aandragen van oplossingen voor praktijk en wetgever zou affiliate marketing verder uit kunnen groeien tot een niet meer weg te denken marketing instrument op internet. Deze scriptie heeft tot doel een belangrijke bijdrage te leveren aan een stevigere juridische basis.

1.4 Leeswijzer

Allereerst wordt in deze scriptie ingegaan op de uitleg van het begrip affiliate marketing zelf. In hoofdstuk 2 wordt geschetst wat het begrip inhoudt en wat de voor- en nadelen ervan zijn. Dit wordt mede geïllustreerd aan de hand van een aantal voorbeelden uit de praktijk. In de navolgende hoofdstukken worden een aantal probleemgebieden rondom affiliate marketing en reclame behandeld. Zo wordt in hoofdstuk 3 gekeken in hoeverre de huidige regels op het gebied van reclame van toepassing zijn op affiliate marketing. Hoofdstuk 4 gaat in op de problematiek van het maken van reclame voor verboden zaken. Wat voor vormen van fraude er gepleegd worden met affiliate marketing zal centraal staan in hoofdstuk 5. Tenslotte zullen in hoofdstuk 6 de conclusies uit het onderzoek naar voren komen en worden er aanbevelingen voor praktijk en wetgeving gedaan.

²⁴ http://www.marketingfacts.nl/berichten/20080330_affiliate_marketing_nog_steeds_groeiende/

Hoofdstuk 2: Wat is affiliate marketing?

2.1 Definitie van affiliate marketing

Affiliate marketing laat zich moeilijk in een eenduidige definitie uitdrukken zonder hierbij een voorbeeld uit de praktijk te gebruiken. Naar mijn mening dekt de volgende definiëring de lading: affiliate marketing is de verkoopmethode waarbij A reclame maakt voor B door klanten door te sturen naar de website van B en A daarbij te belonen naar prestatie. Affiliate marketing op internet is een vrij nieuw fenomeen dat adverteerders in staat stelt om reclame te maken op basis van resultaat, een soort ‘no cure no pay’ dus. De adverteerder betaalt de virtuele wederverkoper namelijk pas op het moment dat er daadwerkelijk iets verkocht is²⁵. Het grote voordeel van internet hierbij is dat alles meetbaar is.

Bij het maken van reclame op de radio, televisie of in de krant kan niet precies nagegaan worden hoeveel omzet de reclamecampagne opgeleverd heeft. Toch is in de ‘offline-wereld’ affiliate marketing [hierna: a.m.] al net zo lang in gebruik als dat er zaken gedaan worden: je belooft degenen die je nieuwe klanten of omzet bezorgen. Denk aan de klant-voor-klant systemen die verschillende bedrijven hanteren of de taxichauffeur die de toerist een bepaald restaurant of hotel aanraadt²⁶.

2.2 Voorbeeld uit de praktijk

Aangezien het wat lastig uit te leggen en te begrijpen is zonder een concreet voorbeeld erbij te betrekken zal ik in deze paragraaf het bedrijf Dog’s Companion met haar website DogsCompanion.com²⁷ als voorbeeld nemen.

Dog’s Companion is een bedrijf dat hondenbedden verkoopt via de webshop www.DogsCompanion.com. Ten behoeve van een affiliate programma is Dog’s Companion een samenwerking aangegaan met het bedrijf TradeTracker²⁸. Dit bedrijf levert de software en regelt de uitbetaling aan de vele affiliates die zijn aangesloten bij het netwerk van deze organisatie.

²⁵ S. Goldschmidt, S. Junghagen, U. Harris, Basic Principles of affiliate marketing, *Strategic Affiliate Marketing*, 2003, p. 43-45.

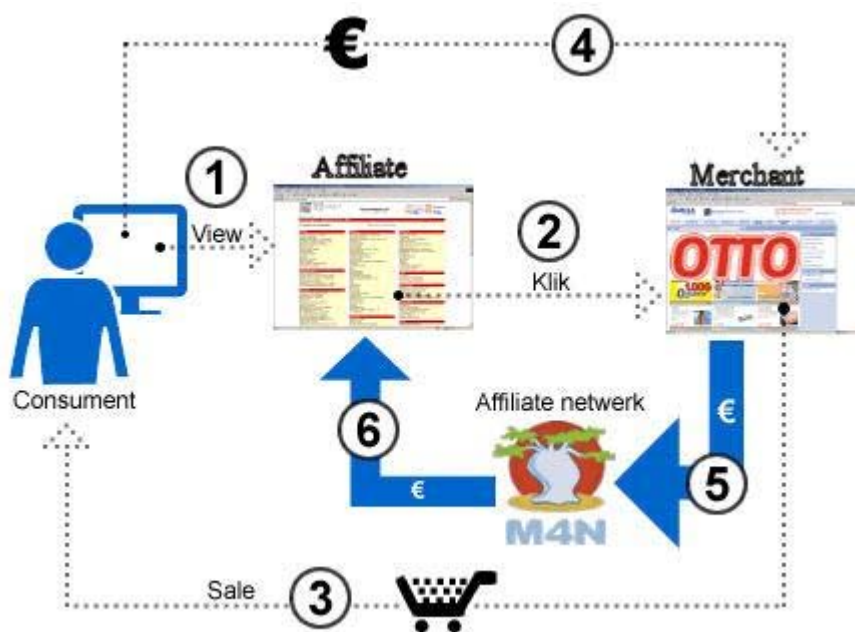
²⁶ E. Boogert, ‘Affiliate marketing werkt: Miljoenenomzet via virtuele wederverkopers’, *Twinkle*, vakblad voor webwinkeliers, Jaargang 2, nr. 1 februari 2006, p. 30-31.

²⁷ <http://www.dogscompanion.com>

²⁸ <http://www.tradetracker.nl>

Een affiliate is iemand die door middel van een banner of een tekstlink op zijn/haar site reclame maakt voor de adverteerder²⁹. Laten we hier stellen dat de website beheerder van honden.startpagina.nl³⁰ zich heeft aangemeld bij TradeTracker en dat honden.startpagina.nl een tekstlink van DogsCompanion.com op haar site wil promoten. Als er op deze tekstlink geklikt wordt dan komt de bezoeker op de website uit van DogsCompanion.com. Volgt daaruit een bestelling dan krijgt de website beheerder van honden.startpagina.nl daarvan commissie. Dit kan bestaan uit een vast bedrag, een percentage van de gerealiseerde omzet of een vergoeding per klik. Dit hele proces wordt automatisch geregistreerd door de tracking software van TradeTracker.

Hieronder is een vergelijkbare keten te zien in schema vorm:



Bron: <http://www.m4n.nl/hoewerktaffiliatemarketing.jsp>

(1) is de consument die op de website van een affiliate op een link klikt (2) van Otto en op de website van Otto een product bestelt (3) waarvoor hij aan Otto het verschuldigde bedrag betaalt (4). Otto (merchant) betaalt aan de affiliate netwerk organisatie een percentage van de gerealiseerde omzet (5). De affiliate netwerk organisatie houdt hier een percentage van in en betaalt de affiliate zijn vergoeding uit (6).

²⁹ S. Goldschmidt, S. Junghagen, U. Harris, Affiliate Marketing Networks, *Strategic Affiliate Marketing*, 2003, p. 51-54.

³⁰ <http://honden.startpagina.nl>

2.3 Verschillende manieren om affiliate marketing te bedrijven

Bedrijven kunnen op twee verschillende manieren een affiliate programma opzetten³¹. Ofwel melden ze zich aan bij een overkoepelende affiliate netwerk organisatie [hierna: a.n.o.³²] ofwel verzorgen ze de gehele a.m. activiteiten zelf. In dat laatste geval dient er niet alleen eigen software gebruikt te worden, maar moet er ook zelf voor de uitbetaling aan de affiliates gezorgd worden. Ook heeft men in dat geval geen netwerk van affiliates die zich al hebben aangemeld en moet men zelf van voren af aan beginnen met het opbouwen van zo'n netwerk. Een bekend voorbeeld van een bedrijf dat de hele a.m. activiteiten in eigen beheer heeft gehouden is Bol.com³³. In het vervolg van deze scriptie zal ik steeds uitgaan van de situatie dat er met een a.n.o. samengewerkt wordt.

Naast de Engelse term 'affiliate' worden overigens ook wel de volgende benamingen gebruikt die op hetzelfde neerkomen: 'partner', 'reseller', 'associate', 'publisher' of het Nederlandse 'wederverkoper'. Naast de Nederlandse term 'adverteerder' komt men ook het Engelse 'advertiser' of 'merchant' tegen. In deze scriptie zullen de termen 'affiliate' en 'merchant' gebruikt worden.

2.3.1 Verschillende vormen van vergoedingen binnen een affiliate marketing programma

Binnen een affiliate programma bestaan er vaak meerdere mogelijkheden voor de affiliate om een vergoeding te krijgen³⁴.

Hierbij volgt een overzicht van de belangrijkste mogelijkheden:

- Vergoedingspercentage van de gerealiseerde omzet; Dit is de meest gebruikelijke vorm van vergoeding. Een voorbeeld van een merchant die een vergoedingspercentage van de

³¹ S. Goldschmidt, S. Junghagen, U. Harris, In-house vs. Brokered affiliate marketing, Strategic Affiliate Marketing, 2003, p. 45-47.

³² Deze afkorting zal hierna gebruikt worden voor zowel de enkel- als de meervoudsvorm. Uit het zinsverband zal blijken welke vorm bedoeld wordt.

³³ http://www.nl.bol.com/intershoproot/eCS/Store/nl/MiniSites/mini_partner_home.html

³⁴ http://www.tradetracker.nl/information/affiliate_features/#multi

gerealiseerde omzet biedt is Vitaminstore. Wordt er voor bijvoorbeeld 100 euro een bestelling geplaatst dan krijgt de affiliate daar 7% commissie van³⁵.

- Vast bedrag per gerealiseerde boeking of verkoop; In de online reisbranche is geen percentage maar juist een vast bedrag heel gewoon. Aangezien de bedragen in deze branche aardig kunnen oplopen wordt door merchants vaak voor deze vorm van vergoeding gekozen. De populaire website Sunweb³⁶ bijvoorbeeld biedt in het affiliate programma dat het bedrijf bij diverse a.n.o. heeft lopen een vergoeding aan van 20 euro per gerealiseerde boeking.
- Klikvergoeding; Een vergoeding per doorgestuurde bezoeker aan de site. Dit bestaat uit een (vrij laag) vast bedrag van bijvoorbeeld 5 eurocent. Een voorbeeld van een bedrijf dat enkel een vergoeding geeft voor een doorgestuurde bezoeker aan haar site is Natte Neuzen³⁷.
- Leadvergoeding; een vergoeding van een vast bedrag per inschrijving. Dit is een vergoeding van een vast bedrag per doorgestuurde klant, ingevuld aanvraagformulier of aanvraag van een offerte op de website. Deze vergoedingsvorm wordt bij hypotheekverstrekkers en aanbieders van tijdschriften en kranten³⁸ regelmatig gebruikt.

Ook een combinatie van vergoedingsmogelijkheden is mogelijk. Er kan bijvoorbeeld een combinatie van een klikvergoeding en een salevergoeding (vast bedrag of percentage) worden geboden. In sommige gevallen wordt er alleen een klikvergoeding toegestaan bij een bepaald percentage daadwerkelijke verkoop via de affiliate.

Daarnaast kan er ook een bepaalde staffel aan de vergoeding gekoppeld worden. Dit houdt in dat er bij een grotere afname/volume de prikkel wordt geboden van een hogere vergoeding. Standaard komt een affiliate dan bijvoorbeeld in aanmerking voor 4% commissie van de gerealiseerde omzet, maar als de affiliate binnen een maand 5 klanten aanbrengt dan ontvangt hij hiervoor een vergoeding van 5%³⁹. Op deze manier wordt de affiliate dus door de adverteerder geprikkeld om zijn reclamecampagne goed te promoten⁴⁰.

³⁵ <http://www.vitaminstore.nl/service.asp?ServiceID=4>

³⁶ <http://www.sunweb.nl>

³⁷ <http://www.natteneuzen.nl>

³⁸ <http://www.probeernu.nl/item.php?item=62&db5>

³⁹ <http://nl.belvilla-eurorelais.info/verdiensten>

⁴⁰ E. Grazini, 'Wat affiliates werkelijk willen: Affiliate vriendelijke programma's', *Twinkle*, vakblad voor webwinkeliers, Jaargang 4, nr. 4 april 2008, p. 48-50.

2.4 Voordelen van affiliate marketing, enkele cijfers en aanbieders van affiliate programma's

2.4.1 Voordelen van affiliate marketing

Het a.m. systeem heeft een win-win situatie tot gevolg. De voordelen van het systeem zijn dan ook legio. Als we het eerder aangehaalde voorbeeld van Dog's Companion erbij nemen dan zijn dit in het kort de voordelen:

- De merchant Dog's Companion realiseert een hogere omzet doordat er klanten worden doorgestuurd naar de website hondenbed.nl. Bij een gewone advertentie in een tijdschrift of krant is het lastiger om een klant naar de website te sturen dan wanneer de klant enkel een banner of tekstlink hoeft aan te klikken.
- Dog's Companion hoeft de affiliate (bijv. honden.startpagina.nl) pas uit te betalen als er daadwerkelijk resultaat is geboekt. Bij een gewone (banner)advertentie is dit niet het geval, want daar wordt voor het plaatsen van een advertentie altijd betaald, ongeacht het resultaat.
- De affiliate honden.startpagina.nl hoeft zich alleen een keer aan te melden en de advertentie op zijn/haar site te plaatsen en ontvangt daarna 'vanzelf' de commissie.
- TradeTracker verdient aan het vaste bedrag dat er per maand wordt betaald door Dog's Companion en daarnaast aan een percentage dat er aan de verschillende affiliates wordt uitbetaald.
- Doordat de link naar de website van de merchant op de vele websites van affiliates wordt geplaatst zal ook de PageRank⁴¹ binnen Google verhoogd worden.
- De affiliate hoeft niet zelf actief op zoek naar adverteerders voor zijn website, maar meldt zich gewoon aan bij een a.n.o. en maakt een keuze uit het bestaande aanbod.
- De bezoekers van de site honden.startpagina.nl hebben het product gevonden wat zij wellicht al lange tijd zochten of waar ze in ieder geval in geïnteresseerd zijn, omdat het aansluit bij hun interesse⁴².

⁴¹ <http://www.google.com/technology/>

⁴² http://www.intercheat.com/is_an_affiliate_program_bad_for_the_consumers.htm

Kortom, er zijn vele partijen die profiteren van dit systeem.

2.4.2 Nadelen van affiliate marketing

Naast de vele voordelen kleven er ook enkele nadelen aan affiliate marketing:

- Voor de affiliate is het op voorhand onzeker of en zo ja hoeveel commissie hij zal ontvangen van de merchant. Dit is in tegenstelling tot de situatie waarin een websitebeheerder een banner plaatst en een vast bedrag ontvangt van de adverteerder.
- De macht van het goed- of afkeuren van transacties ligt vrijwel eenzijdig bij de merchants. De affiliates hebben hier (te) weinig over te zeggen. Er zijn meerdere redenen dat merchants transacties soms (moeten) afkeuren: een daarvan is de situatie dat de bestelde goederen binnen de wettelijke retourtermijn van art. 7:46d BW geretourneerd worden. De klant krijgt dan zijn/haar geld terug. Ook komt het voor dat bestellingen (per ongeluk) dubbel worden doorgestuurd. Weer een andere mogelijkheid is dat er wel een bestelling geplaatst wordt maar dat er geen betaling volgt. In zulke situaties is het logisch dat de merchant de transactie van de affiliate afkeurt. Wat echter ook wel voorkomt is dat bepaalde merchants een erg hoog percentage van de transacties afkeuren. In dat geval rijst de vraag of dit wel terecht is. De affiliate kan natuurlijk niet in de administratie van de merchant meekijken en moet er dus op vertrouwen dat alles eerlijk verloopt. Op een discussieforum zoals Affiliateforum.nl⁴³ staan soms klachten te lezen van affiliates die zich afvragen of ook andere affiliates bij de bewuste merchant last hebben van een hoog percentage afkeur. Door in het openbaar vraagtekens bij de betrouwbaarheid van bepaalde merchants te zetten, worden de merchants min of meer gedwongen op een eerlijke manier om te gaan met hun afkeur van transacties. Ook houden de a.n.o. een oogje in het zeil en zullen zij de merchants aanspreken in geval van hoge afkeurpercentages. Op deze manier wordt dit nadeel van affiliate marketing dus al min of meer beteugeld, maar daarnaast zal de marktwerking (affiliates zullen gaan stoppen de merchant te promoten) een frauderende merchant vanzelf doen inzien dat vals spelen binnen het affiliate marketing model op langere termijn altijd afgestraft wordt.

⁴³ www.affiliateforum.nl

2.4.3 Enkele cijfers en aanbieders van affiliate marketing op internet

De laatste paar jaar zijn de omzetten die gemoeid zijn met affiliate marketing explosief gestegen en de verwachting is dat deze sterke groei zich nog zal doorzetten⁴⁴. Europees marktleider is het bedrijf TradeDoubler.



In Nederland zijn naast TradeDoubler o.a. het al eerder aangehaalde TradeTracker, Zanox, M4N en Daisycon actief.

TradeTracker is een relatief nieuw bedrijf dat in korte tijd zeer sterk gegroeid is. Het bedrijf doet zaken met zowel grote als kleine adverteerders.



Zanox⁴⁵ is een van oorsprong Duits bedrijf dat sinds enkele jaren ook op de Nederlandse markt actief is. Het heeft een internationaal netwerk van zo'n 1,6 miljoen affiliates.



M4N⁴⁶ is een bedrijf dat ontstaan is uit het vroegere Mbuyu. Mbuyu is Swahili voor de Baobab-boom (zie ook het logo hieronder). In Afrika staat de Mbuyu met name bekend als Marktboom. Deze boom zorgt voor een aangename schaduw, zodat dit voor de bevolking de ideale marktplaats is voor het bedrijven van handel. In Nederland was Mbuyu de eerste die een 'Affiliate Marketing Netwerk' is gestart⁴⁷.

⁴⁴ Alleen al in het 1^e kwartaal van 2008 realiseerde een bedrijf als TradeDoubler (Europees marktleider) een omzet van 105 miljoen euro aan de contributie en commissie die het opstrijkt van zijn adverteerders. Dit betekende een omzetsijging van maar liefst 89% t.o.v. het 1^e kwartaal van 2007. TradeDoubler is momenteel actief in 18 landen en heeft meer dan 300 werknemers. TradeDoubler heeft in totaal bijna 1600 adverteerders en meer dan 125.000 affiliates. Vrijwel alle adverteerders zijn grote A-merken zoals Wehkamp, Transavia.com en Dell.

⁴⁵ <http://www.zanox.com/nl>

⁴⁶ <http://www.m4n.nl>

⁴⁷ <http://www.m4n.nl/about.jsp>



Daisycon⁴⁸ is de moedermaatschappij van de dochters Affiliates.nl , Kliks.nl en Leadbutler.nl. Het bedrijf is marktleider in Nederland met momenteel enkele tienduizenden aangesloten affiliates⁴⁹ en meer dan 400 adverteerders alleen al in het affiliate netwerk⁵⁰.



2.5 Waarom verdient affiliate marketing juridische aandacht?

Waarom verdient affiliate marketing nu speciale juridische aandacht? Is het niet gewoon een vorm van reclame maken waarop de reeds bestaande wet- en regelgeving moeiteloos kan worden toegepast? Dat zijn vragen die bij veel mensen wellicht opkomen bij de eerste kennismaking met affiliate marketing. Ik ben van mening dat dit toch wat genuanceerder ligt en dat dit na het lezen van de scriptie voor de lezer ook duidelijk is. Om een nieuw en snel groeiend fenomeen als affiliate marketing op langere termijn zijn potentie te laten bereiken vraagt dat om een goede juridische basis. Daarom zal ik in de komende hoofdstukken enkele problemen analyseren waar de personen of bedrijven betrokken bij affiliate marketing (a.n.o., merchants en de affiliates) in de toekomst hun voordeel mee kunnen doen. Per onderwerp zal ik nagaan wat het huidige recht is en of dat bezwaarlijke resultaten oplevert. Als dat laatste het geval is dan zal ik voorstellen aandragen om het recht in betere banen te leiden. Het eerste onderwerp dat ik in dat kader zal bespreken is de vraag of de huidige regels voor reclame ook van toepassing zijn op affiliate marketing. In een later hoofdstuk komt aan de orde hoe de aansprakelijkheid is geregeld voor het maken van reclame via affiliate marketing voor verboden zaken. Hiervoor heb ik me met name laten inspireren door het groeiende aantal websites dat middels affiliate marketing reclame maakt voor verboden online goksites. Fraude is ook een van de onderwerpen dat vanuit de praktijk om juridische aandacht vraagt.

⁴⁸ <http://www.daisycon.com> , <http://www.affiliates.nl> , <http://www.kliks.nl> en <http://www.leadbutler.nl>

⁴⁹ Precieze cijfers worden niet bekend gemaakt.

⁵⁰ Te zien op het besloten leden gedeelte, na inloggen. Cijfers zijn van 06-07-08.

Hoofdstuk 3:

Valt affiliate marketing onder de normale regels voor het maken van reclame?

Inleiding

Het maken van reclame voor producten of diensten is een eeuwenoud goed. Zonder reclame zouden de meeste hedendaagse bedrijven er waarschijnlijk niet zijn geweest of althans niet zo groot zijn geworden. Het maken van reclame is over het algemeen goed voor de economie, want het zorgt voor hogere bestedingen. Om de verschillende vormen van reclame in goede banen te leiden zijn er in de loop der jaren de nodige wetten en regels opgesteld die er voor moeten zorgen dat alles op een goede wijze verloopt. Een van de belangrijkste doelstellingen die met het opstellen van wet- en regelgeving omtrent reclame bereikt moet worden is de bescherming van de consument. Deze wordt over het algemeen gezien als de zwakkere partij en zij dient dan ook beschermd te worden tegen bijvoorbeeld misleidende reclame⁵¹.

Reclame komt in allerlei gedaanten voor en er komen door gebruikmaking van nieuwe technologieën ook nieuwe mogelijkheden voor het maken van reclame bij. Zo is er bijvoorbeeld reclame ontstaan op achtereenvolgens drukpers, radio, televisie en sinds enkele jaren ook op internet. Met de komst van internet zien we een zekere verschuiving plaatsvinden van de reclamebudgetten voor traditionele media als krant, radio en televisie naar internet⁵². Dit heeft een aantal redenen. Ten eerste wordt er op steeds grotere schaal gebruik gemaakt van dit medium⁵³. Een tweede reden is dat reclame op internet beter af te stemmen is op de gebruiker dan bij radio of televisie. Ook de mogelijkheid van ‘wegzappen’ zoals dat bij televisie steeds meer gebeurt, is minder snel aan de orde op internet (de reclame is op internet meestal alleen aan de zijkant van het scherm te zien of bijvoorbeeld als filmpje

⁵¹ “Gij zult het publiek niet misleiden noch in verwarring brengen” aldus Jan Kabel wanneer hij spreekt over de twee belangrijkste rechtsregels bij commerciële communicatie.

J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, frictie of ervaring? Over de beoordeling van de rechter van commerciële communicatie* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005, p. 5.

⁵² <http://www.emerce.nl/nieuws.jsp?id=614336>

<http://www.thuiswinkel.org/onderdeel/thuiswinkelbiz/nieuwsarchief.asp?zoek=verschuiving&navid=5&chkMarketing=1&chkOnderzoek=1&nieuwsItem=5196>

<http://www.thuiswinkel.org/onderdeel/thuiswinkelbiz/nieuwsarchief.asp?navid=5>

⁵³ Centraal Bureau voor de Statistiek, ICT en media gebruik naar persoon- en huishoudkenmerken

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/table.asp?STB=T&LA=nl&DM=SLNL&PA=70655ned&D1=a&D2=0&D3=a&HDR=G1.G2>

terwijl de rest van de site nog wel tegelijkertijd bekeken kan worden). Een ander belangrijk gegeven is dat adverteerders op internet over het algemeen goedkoper is dan bij de andere traditionele media. Bovendien komt de consument via een muisklik direct op de website van de adverteerder in plaats van via een omweg (zoals bij een radiocommercial waar het internetadres wordt genoemd, waarna je dit dient te onthouden en uiteindelijk zelf invoert in de pc). Kortom, voor adverteerders is reclame op internet dus een aantrekkelijke optie. Als gebruikelijke vormen van online reclame kenden we bijvoorbeeld al het gebruik van banners, pop ups en intracommercials⁵⁴. Hiervoor zijn een paar jaar geleden regels opgesteld, die in dit hoofdstuk behandeld zullen worden. Met de komst van affiliate marketing als nieuwe vorm van het maken van online reclame rijst de vraag of de huidige wet- en regelgeving nog wel afdoende is of dat er wellicht aanpassingen gedaan moeten worden. Over het antwoord op deze vraag handelt dit hoofdstuk.

3.1 Het begrip online reclame

Voordat ik het begrip online reclame ga behandelen is het van belang eerst het juridische kader kort uiteen te zetten. Van belang voor het begrip online reclame is art. 3:15 BW. Dit artikel is een uitvloeisel van de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel⁵⁵ van 17 juli 2000 (ook wel de e-commerce richtlijn genoemd). Deze richtlijn is in het leven geroepen om binnen de Europese Unie een ruimte te creëren zonder binnengrenzen inzake de elektronische handel voor diensten van de informatiemaatschappij⁵⁶. De richtlijn voorziet in een lichte en flexibele kaderregeling voor de elektronische handel en beperkt zich tot hetgeen strikt noodzakelijk is vanuit het oogpunt van het functioneren van de interne markt⁵⁷. Verder is de nieuwe Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken⁵⁸ nog van belang. Onder deze Richtlijn mag de adverteerder geen essentiële informatie weglaten welke de gemiddelde

⁵⁴ Een intracommercial is een kort reclame filmpje dat vooraf gaat aan bijvoorbeeld een gratis te raadplegen nieuwssitem. De nieuwswebsite www.nu.nl maakt hier ook gebruik van voor de nieuwsfilmpjes die op de site te raadplegen zijn.

⁵⁵ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178).

⁵⁶ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 2.

⁵⁷ A.W. Wagemans, 'Zelfreguleringsinitiatieven', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel (Recht en Praktijk bundel)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 68.

⁵⁸ Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (*PbEG* 2005, L 149).

consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen indien deze consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Naast deze regelingen kennen we in Nederland nog een Reclame Code met de bijbehorende Reclame Code Commissie (daarover meer in paragraaf 3.3). Als vangnet tenslotte hebben we nog de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Nu het juridisch kader uiteen is gezet ga ik het begrip online reclame behandelen. In de richtlijn inzake elektronische handel is een eigen definitie van reclame opgenomen en zij gebruikt daarvoor de term ‘commerciële communicatie’.

Deze definitie is geïmplementeerd in art. 3:15e, lid 3 BW en luidt als volgt:

‘commerciële communicatie is elke vorm van communicatie bestemd voor het aanprijzen van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent, met uitzondering van informatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteit van de onderneming, instelling of persoon, in het bijzonder een domeinnaam of een elektronisch postadres. Mededelingen over goederen of diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die onafhankelijk van deze en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie zijn samengesteld, zijn geen commerciële communicatie’.

Wil nu de richtlijn van toepassing zijn op commerciële communicatie dan moet het wel gaan om online reclame. Bij online reclame wordt als bijzonder en onderscheidend kenmerk genoemd dat het bij die vorm van reclame gaat om diensten die op individueel verzoek van een afnemer van die dienst worden verricht. De e-commerce richtlijn en later ook de implementatie in art. 3:15e, lid 1 BW verwijst naar zo een kenmerk doordat zij als object ‘diensten van de informatiemaatschappij’ heeft.

De definitie van ‘diensten van de informatiemaatschappij’ uit de richtlijn is in art. 3:15d BW geïmplementeerd. Hierin staat: *onder het begrip ‘diensten van de informatiemaatschappij’ vallen alle diensten die normaal tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op*

individueel verzoek van een afnemer van de dienst worden verricht. Het begrip ‘tegen vergoeding’ moet daarbij ruim⁵⁹ worden uitgelegd.

Onder ‘diensten van de informatiemaatschappij’ vallen verder diensten, al dan niet betaald, voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst.

De vraag is nu of affiliate marketing ook onder de regels valt van art. 3:15d en 3:15e BW.

Daarvoor is allereerst de vraag van belang of affiliate marketing geschaard kan worden onder het begrip diensten van de informatiemaatschappij? Als het al niet onder het eerste deel van de definitie geschaard kan worden, dan toch altijd wel onder het tweede deel. Blijft over de vraag of affiliate marketing onder het begrip commerciële communicatie valt?

Kijkend naar de definitie in art. 3:15e, lid 3 BW lijkt het me handig om deze in drie delen op te splitsen.

- Het eerste deel luidt als volgt: *commerciële communicatie is elke vorm van communicatie bestemd voor het aanprijzen van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent.*

Affiliate marketing valt zeker onder het eerste deel van de definitie. Een affiliate heeft het aanprijzen van goederen, diensten of het imago van een onderneming tot doel, want hij zet de goederen of diensten van de merchant als het ware in de etalage (op z'n website). Er kan dus ook zeker wel gesproken worden van aanprijzen, want de affiliate heeft er belang bij dat de producten of diensten die hij voor de merchant promoot door de bezoekers van zijn website niet alleen worden gezien, maar ook worden aangeklikt in de hoop dat er een transactie uit voortvloeit. Tot zover voldoet a.m. dus aan de definitie van commerciële communicatie.

- Het tweede deel van de definitie (*met uitzondering van informatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteit van de onderneming, instelling of persoon, in het bijzonder een domeinnaam of een elektronisch postadres*) geeft een uitzondering op de regel van commerciële communicatie. In hoeverre valt affiliate marketing nu wel of niet onder deze uitzondering?

Een affiliate die op zijn website een merchant promoot doet dit door middel van banners en/of tekstlinks. Deze banners of tekstlinks bevatten per definitie een hyperlink naar de website van

⁵⁹ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 12.

de merchant. Een hyperlink is te beschouwen als adresinformatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteiten van de adverterende onderneming (de merchant). Dit zou impliceren dat a.m. niet onder het regime van commerciële communicatie zou vallen.

- In het laatste deel van art. 3:15e, lid 3 BW staat: *Mededelingen over goederen of diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die onafhankelijk van deze en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie zijn samengesteld, zijn geen commerciële communicatie.*

Het is natuurlijk zo dat een banner of tekstlink door de affiliate niet zomaar op zijn website wordt geplaatst enkel ter informatie aan de bezoeker, maar dat er een eventuele tegenprestatie tegenover staat⁶⁰. Hoewel het adverterende bedrijf in tegenstelling tot ‘normale’ online reclame (door bijvoorbeeld een banner) niet betaalt aan een website exploitant wanneer er niet het gewenste resultaat wordt bereikt, mag er over het algemeen gesproken wel gesteld worden dat er (met enige regelmaat) betalingen plaatsvinden vanuit merchants naar de affiliate. Toch is ook de situatie denkbaar dat een affiliate voor geen enkele transactie voor de merchant zorgt (bijvoorbeeld doordat de bezoekers van de website van de affiliate totaal niet geïnteresseerd zijn in de gepromote merchant). Hoe moet dit dan worden beoordeeld? Is er dan wel sprake van een financieel afhankelijke prestatie? Naar mijn mening dient er in de situatie dat er zich geen enkele transactie voordoet uitgegaan te worden van de intentie van partijen. Deze intentie is erop gericht om een financiële relatie aan te gaan. Het uitblijven van transacties doet aan deze intentie mijns inziens niets af. De banner of tekstlink wordt dus niet onafhankelijk en zonder financiële tegenprestatie geplaatst. Dit laatste deel van art. 3:15e, lid 3 BW zorgt er voor dat a.m. niet valt onder de uitzondering die daarin genoemd wordt.

Samengevat kan gesteld worden dat a.m. voldoet aan het eerste deel van het artikel, maar dat strikt genomen de uitzondering in het tweede deel (adresinformatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteiten van de adverteerder) van toepassing is op a.m.. Toch moet a.m. mijns inziens wel worden gezien als commerciële communicatie⁶¹ in de zin van art. 3:15e, lid 3 BW met als gevolg dat het richtlijn regime volledig van toepassing is. Waarom? Het zou anders zijn geweest als de hyperlinks onafhankelijk en zonder financiële tegenprestatie geplaatst

⁶⁰ Deze eventuele tegenprestatie is een vergoeding per lead of sale en dus afhankelijk van het feit of de bezoeker van de website van de affiliate verdere actie onderneemt na het aanklikken van een link van een merchant in bijvoorbeeld de vorm van de aankoop van een product of het invullen van een aanvraagformulier.

⁶¹ Analooq aan de redenering van J.J.C. Kabel, ‘Reclamerecht online - Problemen in theorie en praktijk (I)’. *IER* 2001-6, p. 260.

zouden worden⁶², maar juist dát is nu hetgeen een affiliate hyperlink onderscheidt van een gewone hyperlink. Het wachten is nu op de eerste zaak die voor de rechter wordt gebracht om zodoende jurisprudentie op dit nieuwe onderwerp te creëren. Wat de consequenties zijn van het voldoen van a.m. aan het begrip commerciële communicatie zal ik in de volgende paragrafen uiteenzetten.

3.2 Verplichtingen verbonden aan commerciële communicatie

In art. 3:15e, lid 1 BW staat de volgende verplichting vermeldt voor commerciële communicatie:

Indien commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt dat:

- a. de commerciële communicatie duidelijk als zodanig herkenbaar is.*
- b. de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt.*
- c. de commerciële communicatie, indien deze verkoopbevorderende aanbiedingen, wedstrijden of spelen omvat, een duidelijke en ondubbelzinnige vermelding bevat van de aard en de voorwaarden van de aanbieding of de deelneming.*

De e-commerce richtlijn bevat dus slechts enkele zeer algemene, vanzelfsprekende en al bestaande reclameregels. De reclameregels bevatten kort gezegd niet meer dan een herkenbaarheidsplicht (reclame moet als reclame herkenbaar zijn), een identificatieplicht voor de adverteerder en een algemene informatieplicht ter voorkoming van misleiding voor promotionele acties.

Nu in de vorige paragraaf gesteld is dat affiliate marketing te scharen valt onder ‘commerciële communicatie’ wil ik in deze paragraaf stil staan bij de herkenbaarheidsverplichting van sub a, omdat daar op het gebied van affiliate marketing nog het nodige aan schort.

We kennen allemaal wel de advertenties in de krant waarbij boven de advertentie zelf tussen haakjes het woord (**advertentie**) staat. Ook de aankondiging van het reclameblok op televisie zal niemand onbekend voorkomen. Dit zijn beide vormen van uitvoering van de verplichting om reclame als zodanig herkenbaar te laten zijn voor het publiek.

⁶² M. Vermeer, ‘De IPR-kluwen van elektronische ongeoorloofde mededinging. De warboel na de implementatie van de E-commerce Richtlijn’. *JAVI* juni 2002, nr. 1, p. 17.

Bij online reclame op internet ziet men slechts zeer beperkt uitvoering van dit principe. Een van de weinige websites die keurig bij een banner het woordje ‘advertentie’ of ‘reclame’ vermelden zijn bijvoorbeeld de sites van Weeronline.nl⁶³ en Emerce.nl⁶⁴. Dat dit een van de uitzonderingen zijn zegt toch wel erg veel over de naleving en daarmee dus ook over het toezicht hierop dat blijkbaar achterwege blijft. Ik kom hier in de volgende paragraaf (3.3) op terug.

Enige discussie is mogelijk over de vraag wanneer nu commerciële communicatie van zichzelf reeds herkenbaar is als zijnde reclame en wanneer dit expliciet erbij vermeldt dient te worden. In de MvT bij de uitvoering van de richtlijn wordt gesteld dat een banner (een omkaderde elektronische advertentie) op zichzelf al voldoende blijk geeft van herkenbaarheid als zijnde commerciële communicatie⁶⁵. Maar hoe zit het nu met de zogenaamde ‘verborgen’ commerciële communicatie? In de MvT wordt het voorbeeld aangehaald van een zogeheten ‘advertorial’⁶⁶ waarin geen vermelding wordt gemaakt van het feit dat het betrokken artikel in opdracht van de dienstverlener is geschreven. In dit soort gevallen is het niet (direct) duidelijk dat het om reclame gaat⁶⁷. De Nederlandse wetgever heeft o.a. in dat kader onlangs de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken⁶⁸ geïmplementeerd in boek 3 en boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

In art. 6:193g, sub k BW is het volgende artikel opgenomen in de lijst met voorkomende handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn (zwarte lijst⁶⁹):

“Redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt”⁷⁰.

Bij affiliate marketing promoot het overgrote deel van de affiliates de diverse merchants door middel van tekstlinks. Tekstlinks hebben als voordeel boven het gebruik van banners dat ze

⁶³ <http://www.weeronline.nl/nlnlaaz.htm>

⁶⁴ <http://www.emerce.nl>

⁶⁵ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 42.

⁶⁶ Redactioneel artikel waarin een bepaald product wordt aangeprezen. Vaak wordt het artikel rechtstreeks aangeleverd door de adverteerder die het in de derde persoon heeft geschreven.

⁶⁷ J. Crook, On covert communication in advertising, *Journal of Pragmatics* 36 (2004) nr. 4, p. 731-733.

⁶⁸ Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (*PbEG* 2005, L 149).

⁶⁹ Kamerstukken II 2006-07, 30 928, nr. 3, p. 17.

⁷⁰ Kamerstukken II 2006-07, 30 928, nr. 2, p. 5.

aanzienlijk minder ruimte in beslag nemen en dat ze een hogere conversie⁷¹ realiseren. Dit laatste komt vooral doordat de bezoeker op de website van de affiliate de tekstlinks niet als reclame ziet. Vandaar dat er vanuit de a.n.o. ook vooral wordt gestimuleerd om met tekstlinks te werken en deze zo min mogelijk als reclame over te laten komen, bijvoorbeeld door de affiliate tekstlinks te verwerken in een gewoon stuk tekst⁷². Ook kan het gebruik van affiliate hyperlinks worden ‘gemaskeerd’ door gebruik te maken van een handige truc⁷³ waardoor de echte URL niet direct zichtbaar is als je er met de muis over heen beweegt.

3.3 Oplossingen voor de huidige problemen met art. 3:15e, lid 1 sub a BW

Al deze maatregelen zorgen er voor dat zelfs de oplettende bezoeker niet in de gaten heeft dat hij te maken heeft met affiliate links en dus met reclame. Er is dus sprake van een zeker tegenstrijdig belang: enerzijds is het voor de affiliates, de merchants en de a.n.o. voordelig als de affiliate links niet (te zeer) als reclame worden gezien, terwijl anderzijds de bezoeker van de website van de affiliate er belang bij heeft om te weten wanneer hij met reclame te maken heeft. Het zou uit praktisch oogpunt ondoenlijk zijn om bij iedere affiliate tekstlink een mededeling te plaatsen dat het hier reclame betreft. Een oplossing hiervoor zou zijn dat er een algemene mededeling op de website geplaatst moet worden dat er reclame gemaakt wordt door middel van affiliate links. Een verbod opleggen op het maskeren van de affiliate hyperlink is een andere mogelijkheid. Feit blijft dat bij het grote publiek ook dan nog niet direct duidelijk is dat ze met reclame te maken hebben. Een overweging is het dan ook om naast het verbod op het maskeren van de affiliate hyperlink (waardoor de daadwerkelijke affiliate hyperlink dus weer zichtbaar is in de browser) ook het woordje ‘reclame’ of ‘advertentie’ toe te voegen in de browser. Een korte aanduiding bij iedere affiliate tekstlink in de vorm van een symbool of andere verwijzing en een korte toelichting op de website dat tekstlinks met een dergelijk symbool reclame betreffen is een andere praktische mogelijkheid.

Feit is wel dat er nu al op grote schaal in strijd met de wet gehandeld wordt (art. 3:15e, lid 1 jo lid 3 BW) en de algemene verwachting is dat de hoeveelheid reclame via affiliate marketing de komende jaren alleen nog maar (explosief) zal groeien. Hoe kan nu voorkomen worden dat de huidige situatie waarin het voor de consument onvoldoende duidelijk is dat hij met reclame

⁷¹ Conversie: het percentage van het aantal bezoekers dat op een link klikt ten opzichte van het aantal transacties dat daaruit voortvloeit. Volgen er bijvoorbeeld 2 bestellingen uit 100 clicks dan is de conversie 2%.

⁷² http://www.mbuyu.nl/presentatie/uitlegm4n/meer_inkomsten_uit_m4n/img10.html

⁷³ http://www.affiliatetip.com/affiliate_tip_4.php

te maken heeft zich doorontwikkeld? Daartoe is het van belang te kijken naar het huidige toezicht op de naleving van de regels in art. 3:15e, lid 1 BW.

In art. 3:15f, lid 3 BW staat te lezen dat: *‘De controleurs van de Belastingdienst/Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst – Economische Controle Dienst (Belastingdienst/FIOD-ECD) worden aangewezen als ambtenaren, belast met de opsporing van overtredingen van de voorschriften gesteld bij de artikelen 15d en 15e lid 1’.*

Uit de MvT bij dit artikel blijkt dat dit artikel slechts als beperkt aanvullende handhavingsmogelijkheid is opgenomen, voor gevallen waarin partijen in een eerdere fase niet tot een bevredigende oplossing hebben kunnen komen⁷⁴. Deze eerdere fase houdt het volgende in: art. 3:15f, lid 3 BW verplicht in Nederland gevestigde dienstverleners allereerst om een aan te wijzen rechtspersoon alle informatie te verstrekken die betrekking heeft op de naleving van de artikelen 15d en 15e lid 1. Deze rechtspersoon wordt daarmee in staat gesteld op behoorlijke wijze de naleving van de op dienstverleners rustende informatieverplichtingen te kunnen beoordelen. Om de rechtspersoon de mogelijkheid te geven om eventueel in rechte op te kunnen treden is aansluiting gezocht bij de bevoegdheid van verenigingen en stichtingen, zoals bedoeld in art. 3:305a leden 2 tot en met 5 van het Burgerlijk Wetboek. Hiertoe is wel vereist dat de rechtspersoon getracht moet hebben de dienstverlener waar mogelijk door overleg te bewegen tot naleving van de artikelen 15d en 15e lid 1, alsmede dat een door de rechtspersoon in te stellen rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de verwachting is dat de rechtspersoon in de praktijk alleen zal optreden naar aanleiding van binnengekomen klachten⁷⁵. Er wordt dus niet proactief (uit eigen initiatief, actief handelend) opgetreden, wat in de praktijk zou betekenen dat van deze mogelijkheid van handhaving praktisch geen gebruik wordt gemaakt. Ook van het zojuist besproken strafrechtelijke handhavingstraject zal niet veel terecht komen aangezien ook hier maar in beperkte mate sprake is van een actieve opsporingsinstantie.

Reeds in juli 2001 deed het College van procureurs-generaal in een brief naar de toenmalig minister van Justitie Korthals een aanbeveling om het concept wetsvoorstel Aanpassingswet Richtlijn Elektronische Handel aan te passen, omdat zij voorzag dat de voorgestelde strafbaarstelling op grond van art. 6, lid 1 onder 4 WED een geringe kans op naleving gaf⁷⁶. De voorschriften in art. 3:15d jo. 3:15e BW hebben bewust een vrij ruim bereik om de

⁷⁴ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 45.

⁷⁵ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 45.

⁷⁶ Zie de brief naar de minister van Justitie op p. 3 en 4.

<http://www.om.nl/files/file.php?id=81#search=%223%3A15e%2C%20lid%201%2C%20sub%20a%20BW%22>

werkbaarheid van de artikelen te vergroten, maar dat brengt tevens met zich mee dat ze zich in mindere mate lenen voor handhaving. Onder dergelijke condities is strafrechtelijke handhaving niet zinvol. Als een van de mogelijke oplossingen hiervoor werd instelling van zelfregulering of monitoring door organisaties als de Consumentenbond genoemd. Nu in de praktijk blijkt dat massaal de hand gelicht wordt⁷⁷ met de voorschriften om commerciële communicatie ook duidelijk als zodanig herkenbaar te laten zijn lijkt het me ook duidelijk dat het huidige controlemechanisme niet werkt.

3.3.1 Branchevereniging en de rol van de Reclame Code Commissie

Mijn voorstel zou zijn om op dit terrein een (verbeterd) zelfreguleringmechanisme tot stand te brengen. De huidige Reclame Code Commissie⁷⁸ zou daarin samen met een nieuw te vormen branchevereniging⁷⁹ voor affiliate marketing (“BAM”) een grote rol kunnen spelen. Zij zitten dicht bij het vuur⁸⁰ en kunnen mijns inziens adequater reageren op overtredingen van art. 3:15e, lid 1 BW. Een van de grootste voordelen om te kiezen voor zelfregulering boven overheidsregulering is het verleggen van de verantwoordelijkheid naar de marktpartijen zelf. Het idee is dat bedrijven zich door middel van ‘naming and shaming’ beter zullen gedragen. In dit systeem leiden publicaties van overtredingen van een zelfreguleringscode tot negatieve publiciteit en uiteindelijk reputatieverlies⁸¹. Het kiezen voor zelfregulering in de branche komt vooral voort uit de gedachte dat het ‘the right thing to do’ is, ofwel een ethische keuze⁸². Bovendien kunnen bedrijven bij zelfregulering beter insprijnen op veranderingen in de markt⁸³ en zal het meer draagvlak hebben dan bij van overheidswege opgelegde wetten⁸⁴. Een goed werkende zelfregulering voorkomt dat de overheid bij wet algemene reclameverboden of verregaande wettelijke beperkingen oplegt en zorgt er voor dat de vrijheid bij het maken van

⁷⁷ Zie paragraaf 3.2 over affiliate hyperlinks en het niet herkenbaar zijn als zijnde reclame.

⁷⁸ <http://www.reclamecode.nl/>

⁷⁹ Voor meer hierover zie verderop in deze paragraaf.

⁸⁰ Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten. Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam, april 2003, p. 18.

⁸¹ W. de Vreede, ‘Regulering van reclame voor receptgeneesmiddelen: een geschiedenis van de interactie tussen zelfregulering en overheidsregulering’. *Zelfregulering* 2003, p. 88.

⁸² R.C.J. Galle, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen en zelfregulering’. *Stichting & Vereniging* 2001-1, p. 2.

⁸³ J.P. Mifsud Bonnici, *Self Regulation in Cyberspace*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2008, p. 189-192.

⁸⁴ Consolidated ICC Code for Advertising and Marketing Communication Practice, self-regulation and ICC involvement with code-making, p. 1-2.

<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/Statements/338%20FAQs%20ICC%20Advertising%20and%20Marketing%20Code.pdf>

reclame blijft behouden⁸⁵. Daarnaast past zelfregulering zeer goed bij de karakteristieken van het internet waar verandering de norm is. Conventionele soorten wetgeving zijn niet effectief op internet omdat ze worden beperkt door hun trage reactievermogen⁸⁶. Daarnaast is zelfregulering in principe niet gebonden aan landgrenzen. Dit is een groot voordeel omdat het goed aansluit op het vaak internationale karakter van elektronisch zakendoen⁸⁷.

De rol die voor de Reclame Code Commissie is weggelegd is toezicht houden op de naleving van de regels en waar nodig ingrijpen. De Reclame Code Commissie is bij uitstek berekend op die taak aangezien zij deze rol al meer dan 40 jaar vervult voor de ‘gewone’ reclamewereld. Het opstellen van een aparte code⁸⁸ voor affiliate marketing is mijns inziens niet nodig. De Algemene Reclame Code voldoet in dit geval al. Wel dient het toezicht op de naleving van de bestaande reclameregels te worden aangescherpt. Ik denk hierbij aan een soort nieuw ‘speerpunt’ voor de komende jaren. Vergelijkbaar met de ‘aandachtsgebieden’ die de nieuwe Consumentenautoriteit jaarlijks uitvaardigt⁸⁹. Zo is een van de huidige speerpunten van deze organisatie het toezicht houden op de naleving van de (reclame)regels in de reisbranche⁹⁰.

Zoals gezegd zou een nieuw te vormen branchevereniging voor affiliate marketing een goede partner zijn voor de Reclame Code Commissie in het toezicht houden op de naleving van regels en in het adviseren van de Commissie. Deze branchevereniging zou moeten bestaan uit vertegenwoordigers van affiliate netwerk organisaties, affiliates en merchants. In de ideale situatie zouden alle a.n.o., merchants en affiliates verplicht lid moeten worden van zo’n branchevereniging. De leden van de branchevereniging zouden dan de regels van de Reclame Code moeten onderschrijven. Overtreedt een affiliate de regels dan kan hij/zij het lidmaatschap van de branchevereniging worden ontzegd. Een affiliate die geen lid (meer) is van de branchevereniging wordt daarmee daar geraakt waar het hem/haar het meeste pijn doet: in de portemonnee. Geen lid zijn staat dan namelijk gelijk aan geen inkomsten.

De “Branchevereniging voor Affiliate Marketing” kan in geval van een overtreding (van bijvoorbeeld art. 3:15e, lid 1 BW) een klacht indienen bij de Reclame Code Commissie. De

⁸⁵ Wat is zelfregulering van reclame? Reclame Code Commissie.

<http://www.reclamecode.nl/pagina.asp?paginaid=47>

⁸⁶ T. Fuentes-Camacho, *The international dimensions of cyberspace law*, Ashgate: Unesco Publishing 2000, p. 56.

⁸⁷ B-J Koops e.a., *Overheden over internationalisering en ICT*, ITER 39, Deventer: Kluwer 2000, p. 31.

⁸⁸ Net zoals er nu al codes zijn voor bijv. reclame voor alcohol houdende dranken of de code telemarketing.

⁸⁹ <http://www.consumentenautoriteit.nl/Aandachtsgebieden>

⁹⁰ Denk aan het verplicht weergeven van de daadwerkelijke prijs bij reclame-uitingen, dus inclusief alle belastingen en toeslagen.

Reclame Code Commissie komt namelijk pas in actie na een klacht en zal niet uit eigen beweging actie ondernemen. Nu kan dat ook wel door een individu gebeuren (dus zonder de hulp van een vereniging), maar als een branchevereniging zo'n klacht indient bij de Commissie zal dat toch meer indruk maken. Bovendien heeft een branchevereniging uitgebreidere middelen (meer geld, mankracht en kennis) tot haar beschikking dan een individuele klager.

Zolang deze nieuwe branchevereniging echter nog niet is opgericht zou de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie⁹¹ (hierna: Thuiswinkel.org⁹²) een goede partner zijn voor de Reclame Code Commissie om haar waar nodig te adviseren en attenderen omtrent alle zaken rondom affiliate marketing en de bestaande reclameregels. Thuiswinkel.org is als organisatie beter geschikt om deze taak op zich te nemen dan bijvoorbeeld de Consumentenbond, omdat Thuiswinkel.org veel beter is ingevoerd in alle zaken die zich rondom e-commerce afspelen. Juist een nieuw en zo dicht aan e-commerce gerelateerd onderwerp als affiliate marketing is beter af met een specialistische organisatie dan met een algemene organisatie als de Consumentenbond. Ook de Consumentenautoriteit is minder geschikt. Op het eerste gezicht lijkt deze organisatie misschien ook wel geschikt; het legt immers zelfs forse boetes op bij geconstateerde overtredingen. Denk hierbij aan het zoeven aangehaalde voorbeeld van het uitdelen van boetes aan overtreders van de reclameregels in de reisbranche (voor bijvoorbeeld luchtvaartmaatschappijen die de toeslagen niet bij de in reclame-uitingen weergegeven ticketprijs vermelden). Van het optreden van deze Consumentenautoriteit gaat natuurlijk wel een dreiging uit, maar lijkt me in dit geval minder geschikt. De Consumentenautoriteit is opgericht om consumentenbelangen te beschermen⁹³. De organisatie heeft het bevorderen van een eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten tot doel⁹⁴. Een overtreding middels a.m. zelf kan wel een (klein) nadelig effect voor consumenten hebben. Over het algemeen zal de belangrijkste overtreding bestaan uit het niet herkenbaar zijn als reclame. Als de consument niet weet dat hij/zij met reclame te maken heeft kan hij/zij dus misleid worden; dit lijkt me voor de Consumentenautoriteit echter onvoldoende grond om op basis van de Wet Handhaving Consumentenbescherming (WHC) een (forse) boete op te leggen. De oprichting van een branchevereniging en de samenwerking met de Reclame Code Commissie zou niet

⁹¹ C.L.H. Netze-Ritsema, 'De Nederlandse Thuiswinkel Organisatie; een waarborg voor (een toenemend aantal) online shoppers'? *Computerrecht* 2002, nr. 5, p. 341-343.

⁹² www.thuiswinkel.org

⁹³ R. van Esch, 'Een nieuwe toezichthouder erbij: de Consumentenautoriteit'. *Computerrecht* 2006, 93, p. 182-183.

⁹⁴ http://www.consumentenautoriteit.nl/Over_de_Consumentenautoriteit/Taken

alleen een enorme vooruitgang in de verdere professionalisering van affiliate marketing betekenen, maar het draagt tevens bij aan het grote belang van de transparantie van en het vertrouwen van de consument in de elektronische handel. Om terug te komen op de titel van dit hoofdstuk: “Valt affiliate marketing onder de normale regels voor het maken van reclame?” De conclusie hieruit luidt dat affiliate marketing wel degelijk valt onder de normale regels van reclame, maar dat het met name voor wat betreft het toezicht en de handhaving van de regels in de toekomst beter geregeld zal moeten worden.

Hoofdstuk 4:

4.1 Reclame maken voor verboden zaken: aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud

Inleiding

Uit het voorgaande blijkt dat affiliate marketing in wezen niets anders is dan een vorm van online reclame maken voor merchants door middel van een netwerk van affiliates. Hoewel specifieke aandacht voor de naleving van de bestaande reclameregels en daarmee samenhangend de oprichting van een branchevereniging zijn aan te bevelen, is het juridische kader van toepassing en lijkt er juridisch weinig aan de hand. Maar wat nu als er reclame gemaakt wordt voor zaken die niet door de beugel kunnen? Dit kan juist in het kader van affiliate marketing het geval zijn en wel bij het maken van reclame (door middel van links op de website van de affiliate) voor verboden producten of diensten. Andere vormen van verboden zaken zoals linken naar websites met misleidende reclame, auteursrechtinbreuk, laster e.d. zijn bij a.m. niet echt aan de orde, dus die zal ik in deze scriptie ook buiten beschouwing laten.

In dit hoofdstuk zal uiteengezet worden wat het geldende recht is op het gebied van hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud en zal gekeken worden naar de vraag of dit recht ook geldt wanneer er gebruik wordt gemaakt van affiliate hyperlinks.

Binnen a.m. spelen hyperlinks een grote rol. Via een hyperlink maakt de affiliate reclame voor de merchant op zijn website. In de volgende paragrafen zal ik bespreken wat een hyperlink is (4.1.2), daarna uitleggen wat de verschillende technieken van hyperlinken zijn (4.1.3) en vervolgens zal ik de aansprakelijkheid voor hyperlinken naar websites met een onrechtmatige inhoud bespreken (4.1.4). Omdat online goksites het bekendste en snelst groeiende voorbeeld zijn van websites met een onrechtmatige inhoud waarvoor affiliates reclame maken zal ik de in dit hoofdstuk te behandelen problematiek eerst ophangen aan het voorbeeld van (illegale) goksites in Nederland (4.1.1).

4.1.1 (Illegale) goksites en affiliate marketing

Er is in de afgelopen jaren een ware wildgroei aan online goksites ontstaan. Naar schatting werd er al in 2004 in Nederland zo'n 144 miljoen euro besteed aan online kansspelen⁹⁵. Wereldwijd werd er 10,9 miljard dollar besteed aan goksites op internet⁹⁶. De verwachting is dat deze getallen de komende jaren nog aanzienlijk zullen stijgen, hoewel daarover nieuwe onzekerheid is ontstaan doordat er nieuwe wetgeving in de VS is uitgevaardigd⁹⁷. Goksites zijn daar illegaal verklaard en de regering Bush heeft nu ook banken en creditcardmaatschappijen verboden transacties te verrichten voor deze goksites. Aangezien de online goksites⁹⁸ als paddenstoelen uit de grond schieten en in dit voetspoor tevens de hoeveelheid affiliates die op hun website reclame maken voor dergelijke illegale activiteiten is het nuttig om in het kader van deze scriptie beknopt een beeld te schetsen van de regels omtrent online goksites.

Het voert te ver om in deze scriptie diep op het onderwerp in te gaan, maar in hoofdlijnen komt de wet- en regelgeving op het volgende neer:

Het aanbieden van kansspelen is in Nederland op grond van de WoK (Wet op de Kansspelen) aan een vergunningstelsel onderhevig. In de WoK staat overigens geen specifieke regelgeving omtrent het online aanbieden van kansspelen. Wel wordt sinds 1999 het adagium 'dat wat offline geldt ook online moet gelden' gehanteerd door de Wetgever⁹⁹.

Zonder vergunning is het aanbieden van kansspelen verboden¹⁰⁰. Dit vergunningstelsel¹⁰¹ staat de laatste jaren onder zware (internationale) druk en in verschillende arresten¹⁰² werd aangevoerd dat het overheidsbeleid niet spoorde met het EG verdrag (art. 49 EG) en de Europese jurisprudentie¹⁰³.

Minister van Justitie Hirsch Ballin is fel tegenstander van het vrijgeven van de gokmarkt en had dan ook een wetsvoorstel naar de Kamer gestuurd om (alleen) Holland Casino bij wijze

⁹⁵ MvT bij Wijziging van de Wet op de kansspelen houdende tijdelijke bepalingen met betrekking tot kansspelen via internet, Kamerstukken II 2005-06, 30362, nr. 3, p. 2.

⁹⁶ Bron: Online Gambling: Bet, Call or Fold, rapport van eMarketer Inc., november 2005.

⁹⁷ <http://www.elsevier.nl/nieuws/economie/nieuwsbericht/asp/artnr/118134/index.html>

⁹⁸ Het begrip 'goksites' trek ik hier wat breder: Ik versta daar o.a. onder de virtuele casino's, kansspelautomaten, poker- en bingospelen, wedkantoren en loterijen.

⁹⁹ Kamerstukken II 1998-99, 24 557, nr. 28, p. 12.

¹⁰⁰ Art. 1 Wet op de Kansspelen (WoK).

¹⁰¹ M. de Koning, 'Het Nederlandse kansspelbeleid onder vuur'. *Computerrecht* 2004, nr. 3, p. 106.

¹⁰² HvJ 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli)

Rb Arnhem 2 juni 2004, LJN AP0418 (Ladbrokes III)

¹⁰³ C.M.K.C. Cuijpers, 'Gokspelletjes via internet'. *Computerrecht* 2006, 129, nr. 4, p. 239.

van proef voor 3 jaar een vergunning te geven, maar dit voorstel is niet door de 1^e Kamer heen gekomen¹⁰⁴.

Zoals uit de lijn van de jurisprudentie tot nu toe blijkt zal het er op den duur wel van komen dat de Nederlandse wetgever het beleid voor de toelating van nieuwe (buitenlandse) spelers op de markt voor online kansspelen zal moeten aanpassen¹⁰⁵. Tot die tijd blijven aanbieders van online kansspelen zonder een vergunning ingevolge de WoK in Nederland onrechtmatig bezig. Zodoende is ook het promoten¹⁰⁶ (door middel van hyperlinks via een affiliate marketing programma) van dergelijke websites niet toegestaan (zie de nog te behandelen paragraaf 4.1.4).

De a.n.o. www.daisycon.com handelt dan ook in strijd met de wet door o.a. de sites van Unibet.net¹⁰⁷, Tanzoo¹⁰⁸, Roxypalace¹⁰⁹ en Fruitkings¹¹⁰ beschikbaar te stellen aan haar affiliates, evenals de aangesloten affiliates die de promotie van deze site op hun website opnemen.

Hoewel de wetgeving op het gebied van online kansspelen in de toekomst wellicht aangepast dient te worden waardoor deze in Nederland niet meer illegaal zijn, is het toch van belang dat er op korte termijn nieuwe wetgeving komt om de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar sites met onrechtmatige informatie en/of activiteiten in betere banen te leiden. Er blijven bij het eventueel legaal worden van deze online kansspelen immers nog genoeg gebieden over die het noodzakelijk maken om dit rechtsgebied¹¹¹ voor de toekomst beter te regelen.

4.1.2 Hyperlinks (algemeen)

Na bij hoofdstuk 4 begonnen te zijn met een actueel voorbeeld van links naar websites met een verboden inhoud gaat deze paragraaf over (het belang van) hyperlinks.

¹⁰⁴ <http://www.eerstekamer.nl/9324000/1f/j9vvggh5ihkk7kof/vhrzhfvz7np8>

¹⁰⁵ Hoogleraar IT en Recht van de Erasmus Universiteit Richard de Mulder spreekt die verwachting ook uit in het radioprogramma Radio Online, te beluisteren via de volgende link: http://www.radio-online.nl/archives/archive_2006-m02.php (onder: 21 februari 2006 : Linken naar goksites verboden).

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld <http://www.gokportaal.nl> en <http://online-gokken.boogolinks.nl> die nog gewoon operationeel zijn. De site www.gok.startpagina.nl daarentegen is al wel uit de lucht (op 14-05-08).

¹⁰⁷ <http://www.unibet.net/punter/index.jsp?lang=nl>

¹⁰⁸ <http://www.tanzoo.com>

¹⁰⁹ www.roxypalace.com

¹¹⁰ www.crazywheel500.nl

¹¹¹ Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud.

Het internet bestaat uit een enorme verzameling websites¹¹² die veelal met elkaar verbonden zijn. De techniek om van de ene website naar de andere te surfen wordt mogelijk gemaakt door middel van ‘hyperlinks’. Een hyperlink bestaat uit een stuk tekst of afbeelding waarop geklikt kan worden, waarna men naar een andere website verwezen wordt. Hyperlinks worden daarom ook wel als de bouwstenen van het internet gezien. Sterker nog, het recht op het plaatsen van een hyperlink wordt algemeen gezien als een van de grondrechten van het internet¹¹³. Voor een krachtige verdere ontwikkeling van het internet zou het bedenkelijk zijn als het aanbrengen en het gebruiken van hyperlinks aan al te vergaande juridische restricties zou worden onderworpen¹¹⁴. Ook voor affiliate marketing zijn hyperlinks van vitaal belang; zonder hyperlinks zou er zelfs geen affiliate marketing mogelijk kunnen zijn.

Kijkend naar de aansprakelijkheid voor het plaatsen van hyperlinks valt direct op dat in de literatuur en jurisprudentie¹¹⁵ algemeen wordt aangenomen dat het hyperlinken naar websites met een rechtmatige inhoud in beginsel is toegestaan. Zo wordt er ook wel gesteld dat ‘het feit dat hyperlinks inherent nuttig zijn voor de samenleving de rechter aanmoedigen zich terughoudend op te stellen bij het beoordelen van de rechtmatigheid van hyperlinks’¹¹⁶.

4.1.3 Verschillende technieken voor hyperlinks

Een hyperlink (ook wel kortweg link genoemd) kan op verschillende manieren gebruikt worden. Men kan hierbij de volgende links onderscheiden: surface-, deep-, inline- en framed links¹¹⁷.

In paragraaf 3.1.3 zal blijken dat dit onderscheid van belang is bij de vraag of er aansprakelijkheid is voor een hyperlink naar een website met onrechtmatige inhoud.

- De meest gebruikte vorm van hyperlinken zijn de zogenaamde **surface links**. Deze vorm van linken wordt daarom ook wel normale of gewone link genoemd. Na het

¹¹² Maurice de Kuunder becijferde in zijn afstudeerscriptie het aantal websites anno 2006 en kwam daarbij tot het aantal van zo’n 14 miljard;

M. de Kuunder, *Hoe groot is het World Wide Web?* (doctoraalscriptie Tilburg) 2006.

¹¹³ R.D. Chavannes, ‘Hype of echte link?’ *JAVI* februari 2003 nummer 1, p. 2.

¹¹⁴ P.C. van Schelven, ‘Auteursrecht in het digitale tijdperk’, in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel (Recht en Praktijk bundel)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 250.

¹¹⁵ President Rechtbank Rotterdam 22 augustus 2000, LJN AA6826 m.nt. K. Koelman (Kranten.com) HR 22 maart 2002, LJN AD9138 (NVM/EI Cheapo).

¹¹⁶ R.D. Chavannes, ‘Hype of echte link?’ *JAVI* februari 2003 nummer 1, p. 5.

¹¹⁷ A. Ang, *Auteursrechtelijke relevantie van hyperlinks* (doctoraalscriptie Amsterdam UvA) 2003, p. 5-6.

klikken op de surface link (banner of tekstlink) wordt de bezoeker doorgeleid naar de homepage van de website waar naar verwezen wordt. Ook binnen a.m. is deze vorm van linken zeer gangbaar. Een voorbeeld van een website met surface links is <http://www.onlinewinkel.eu>. Als hier bijvoorbeeld geklikt wordt op de link van BarbequeShop (te zien onder de categorie eten-drinken) dan ziet de hyperlink er als volgt uit:

<http://www.barbequeshop.nl/tradetracker/?campaignID=184&materialID=5246&affiliateID=6765>¹¹⁸.

- Een andere veel voorkomende techniek zijn de **deep links**. Bij deze techniek wordt een bezoeker doorgeleid naar een onderliggende webpagina waar naar wordt verwezen. Men brengt de bezoeker zo direct waar hij moet zijn en omzeilt op die manier de homepage. Deze vorm van linken wordt veel toegepast binnen a.m. en biedt de affiliate de mogelijkheid om een specifiek product of een productgroep te promoten. Niet iedere merchant staat het gebruik van deeplinks toe. Dit staat aangegeven op de website¹¹⁹ van de a.n.o. bij ieder programma dat de affiliate zou willen promoten. Een voorbeeld van een website (affiliate) die gebruik maakt van deeplinks is de website <http://www.merkkleding.startkabel.nl>. Klikt men daar op de link Tommy Hilfiger herenfashion (te zien onder de rubriek online merkkleding heren) dan is de volgende link zichtbaar in de browser:
<http://www.tommyhilfiger.nl/?site=division&division=men&id=308>. Een klik op deze link levert de bezoeker dus af op de pagina over herenkleding en niet op de homepage.
- Bij een **framed link** wordt de website van waaruit de hyperlink gelegd wordt opgedeeld in frames. Het gebruik van frames geschiedt door het opsplitsen van het beeldscherm in kleinere kaders. Zodra er op de framed link geklikt wordt opent deze link niet in een apart scherm, maar wordt de inhoud ervan weergegeven in een kader op dezelfde website. De website van waaruit gelinkt wordt, wordt dan niet verlaten en de URL blijft gewoon staan op het websiteadres van waaruit gelinkt wordt.

¹¹⁸ De website waarnaar de link verwijst is de homepage van BarbequeShop, de a.n.o. is in dit geval TradeTracker, het nummer 184 is het code nummer voor de promotie van de Barbequeshop campagne binnen het programma van TradeTracker en het cijfer 6765 is het code nummer van de affiliate websiteonlinewinkel.eu.

¹¹⁹ Een voorbeeld hiervan is niet te geven aangezien deze informatie pas beschikbaar is na inloggen bij de verschillende affiliate netwerk organisaties met gebruikersnaam en wachtwoord.

Een voorbeeld van deze vorm van linken binnen a.m. is de website <http://www.vakantiehuisen-ardennen.nl/groepen.php>. Bij gebruikmaking van framed links kan bij de bezoeker de indruk bestaan dat de inhoud van de website waarnaar gelinkt wordt een onderdeel is van de website waarop die link staat¹²⁰.

- **Inline links** zijn de laatste mogelijkheid om een hyperlink aan te maken op een website. Bij inline links (ook wel image links, auto-load links of embedded links genoemd) kan een webmaster een afbeelding weergeven die zich eigenlijk op een andere website (en server) bevindt. Net als bij een framed link ziet de bezoeker niet dat de afbeelding eigenlijk op een andere website staat. Een voorbeeld hiervan vormt de website www.dames-laarzen.nl/?Alle_dameslaarzen.

4.1.4 Algemene aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud

Zoals in paragraaf 4.1.2 al kort werd opgemerkt wordt in de literatuur en jurisprudentie algemeen aangenomen dat het hyperlinken naar websites met een rechtmatige inhoud in beginsel is toegestaan. Maar hoe zit dat nou met het plaatsen van een hyperlink naar een site met onrechtmatige inhoud? Over deze problematiek handelt deze paragraaf. Ik zal hierbij eerst kijken naar de bestaande jurisprudentie op dit gebied en daarna aandacht besteden aan de Richtlijn die deze materie bestrijkt.

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat de eis is dat de plaatser van de hyperlink weet, of redelijkerwijs moet weten, dat de link leidt naar onrechtmatige publicaties. Dit volgt uit de uitspraak in de zaak Indymedia/Deutsche Bahn¹²¹, waarin o.a. werd geoordeeld dat Indymedia onrechtmatig heeft gehandeld jegens Deutsche Bahn, aangezien Indymedia weet dat enkele op haar website geplaatste hyperlinks leiden tot onrechtmatige publicaties, maar desondanks geen maatregelen treft om verspreiding van de onrechtmatige informatie te staken. Daaraan doet niet af dat Indymedia, als persmedium, de gewraakte informatie niet tot

¹²⁰ B. Bauer e.a., 'De inrichting van de website, wanneer zijn hyperlinks toelaatbaar?', in: E.P.M. Thole & A.E. Dekhuijzen (red.), *50 vragen over e-commerce*, Deventer: Kluwer 2001, p. 75-76.

¹²¹ LJN: AE4427, Rechtbank Amsterdam, KG 02/1073 OdC.

haar eigen informatie maakt. Doorslaggevend is dat Indymedia het technisch mogelijk maakt en laat de informatie te bereiken.

‘Weten’ of ‘moeten weten’ is een lastig criterium. Veel zal bijvoorbeeld afhangen van het feit hoe duidelijk de onrechtmatigheid van de informatie achter de link is, wat de relatie is tussen degene die linkt en de informatie en de vraag of er iemand over geklaagd heeft¹²².

Deze bepaling heeft bij de behandeling in de Tweede Kamer tot discussie geleid over de vraag hoe de ISP kan vaststellen of bepaalde informatie een onrechtmatig karakter heeft¹²³. Minister Donner heeft daarbij benadrukt dat de maatschappelijke zorgvuldigheid met zich mee brengt dat als een ISP redelijkerwijs weet (of behoort te weten) dat informatie op zijn servers onrechtmatig is, hij daarop moet handelen. Daarbij heeft de minister erkend dat in sommige gevallen daarmee het risico wordt gelopen dat er een vorm van zelfcensuur ontstaat¹²⁴. Zoals al eerder in paragraaf 3.1 aangegeven trad op 17 juli 2000 de Richtlijn Elektronische Handel in werking. In deze richtlijn wordt gesproken over het begrip ‘diensten van de informatiemaatschappij’. Dit begrip is van belang bij het onderzoek naar de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud.

Wat onder ‘diensten van de informatiemaatschappij’ valt heb ik eerder al in paragraaf 3.1 uiteen gezet, maar voor de volledigheid zal ik het hier nog kort herhalen: Onder het begrip ‘diensten’ vallen alle diensten die normaal tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van de dienst worden verricht. Het begrip ‘tegen vergoeding’ moet daarbij ruim¹²⁵ worden uitgelegd.

Onder ‘diensten van de informatiemaatschappij’ vallen verder diensten, al dan niet betaald, voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst¹²⁶.

De definitie van ‘diensten van de informatiemaatschappij’ uit de richtlijn is in art. 3:15d BW geïmplementeerd. Deze definitie is van belang om het rechtsgebied af te bakenen.

¹²² <http://www.iusmentis.com/aansprakelijkheid/hyperlinks>

¹²³ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 49

¹²⁴ H.W. Wefers Bettink, ‘ICT en media: Nieuwe wetgeving elektronische handel’, *Contracteren*, 03, 2004, p. 80.

¹²⁵ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 12.

¹²⁶ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 12.

In de Richtlijn is een aansprakelijkheidsuitsluitingsregime aangebracht voor dienstverleners van diensten van de informatiemaatschappij. Vergeleken met dienstverleners uit de offline wereld genieten dienstverleners van diensten van de informatiemaatschappij een betere bescherming tegen vorderingen van derden. Een uitgever van een boek bijvoorbeeld is mede aansprakelijk voor de inhoud daarvan, ongeacht of hij de inhoud daarvan kent¹²⁷.

De gedachte achter de beperking van de aansprakelijkheid is door een aantal punten ingegeven: in de eerste plaats wilde de Europese wetgever met een nadrukkelijke vrijwaring het ononderbroken vrije verkeer van goederen garanderen. Als de verschillende EU lidstaten allen een afwijkend aansprakelijkheidsregime zouden voeren dan zou het vrije verkeer ernstig worden gehinderd. In de tweede plaats werd de vrijwaring noodzakelijk geacht in verband met de informatievrijheid. Door het formuleren van een relatief hoge mate van bescherming werd grotendeels voorkomen dat dienstverleners van diensten van de informatiemaatschappij zelfcensuur zouden moeten gaan toepassen¹²⁸.

In het aansprakelijkheidsuitsluitingsregime voor dienstverleners van diensten van de informatiemaatschappij is een bepaalde gradatie¹²⁹ voor de aansprakelijkheid opgenomen:

- De situatie waarin de dienstverlener slechts als doorgeefluik fungeert heet ‘*mere conduit*’ (art. 12 van de richtlijn, later geïmplementeerd in art. 6:196c lid 1 BW). Het doorgeven van informatie bevat hier ook de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie. Deze opslag mag uitsluitend het doorgeven van de opgeslagen informatie als functie hebben en mag niet langer duren dan daarvoor redelijkerwijze nodig is¹³⁰.

- Een stapje verder is de situatie die ‘*caching*’ (art. 13 van de richtlijn, later geïmplementeerd in art. 6:196c lid 2 BW) heet.

In deze beide situaties is de dienstverlening van de tussenpersoon beperkt tot het louter technisch mogelijk maken van een automatisch proces met een passief karakter.

- Van ‘*hosting*’ is sprake in de situatie waarbij de dienstverlener zowel de kennis als de controle heeft over de informatie die wordt opgeslagen om aan anderen op hun verzoek te worden weergegeven (art. 14 van de richtlijn, later geïmplementeerd in art. 6:196c lid 4 BW).

¹²⁷ Chr. Alberdingk Thijm, ‘Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?’, *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 574.

¹²⁸ Chr. Alberdingk Thijm, ‘Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?’, *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 575.

¹²⁹ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 25-27.

¹³⁰ M.H.M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p.217.

In de Richtlijn is geen specifieke regeling opgenomen voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks. Voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks blijft dus het nationale recht van de lidstaten gelden. In de meeste lidstaten is echter geen specifieke wettelijke regeling in hun nationale recht opgenomen zodat daar de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud onderworpen is aan het gemeen aansprakelijkheidsrecht¹³¹.

Sommige lidstaten (Spanje, Portugal, Oostenrijk en Liechtenstein) zijn bij de implementatie van de Richtlijn verder gegaan dan de richtlijn en hebben voor hyperlinks een wettelijk aansprakelijkheidsuitsluitingsregime ingevoerd dat identiek is aan of geïnspireerd is op het bestaande regime voor hosting. De Nederlandse Aanpassingswet elektronische handel bepaalt niet expliciet dat de daarin opgenomen regeling voor *hosting* ook geldt voor hyperlinks, maar uit de memorie van toelichting bij de wet blijkt dat dit wel het doel van de wetgever is¹³².

In art. 14 van de Richtlijn Elektronische Handel is bepaald dat een dienstverlener *niet* aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer opgeslagen informatie indien de dienstverlener (1) niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, indien het een schadevergoedingsvordering betreft, hij geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettig karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of (2) zodra hij daadwerkelijk kennis heeft of het beseft krijgt van het onwettig karakter, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. De Nederlandse wetgever heeft art. 14 van de Richtlijn geïmplementeerd in art. 6:196c, lid 4 BW. Men is dus aansprakelijk als men kennis heeft van de onwettige activiteit en men kan zich van zijn aansprakelijkheid bevrijden door de hyperlink te verwijderen of de toegang onmogelijk te maken. Wanneer een dienstverlener geen aanspraak kan maken op een vrijwaring van aansprakelijkheid, moet de vraag of, en zo ja in hoeverre, hij in dat geval aansprakelijk kan worden gesteld, worden beantwoord aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad¹³³. Als een dienstverlener aansprakelijk is dan is zodoende ook het promoten van dergelijke websites niet toegestaan.

Volgens de huidige wetgeving is *kennis* (en verwijdering of onmogelijk maken van de toegang) dus het enige criterium omtrent de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud.

¹³¹ F. Debussère, 'Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud. Een voorstel voor een wettelijke regeling'. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 15-16.

¹³² '(...) met inbegrip van hyperlinks of interactieve verwijzingen' (MvT bij de implementatie van de Richtlijn, Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 47).

¹³³ Kamerstukken II 2001-02, 28 197, nr. 3, p. 47.

In de rechtspraak van enkele Duitstalige landen is echter een ander criterium ontwikkeld, namelijk de ‘zu eigen maken’ theorie. Deze theorie gaat er van uit dat men aansprakelijk is voor een hyperlink naar een website met een onrechtmatige inhoud als uit de begeleidende omstandigheden blijkt dat men zich die onrechtmatige inhoud *eigen maakt*¹³⁴.

De volgende criteria worden daarbij gehanteerd:

1. Kennis en aard van de illegaliteit: dit zal niet altijd even evident zijn. In het geval van een hyperlink naar een website met bijvoorbeeld kinderporno zal dat duidelijker het geval zijn dan bij een hyperlink naar een tekst op een website die mogelijk enig auteursrecht schendt.

2. Context van de hyperlink: het is belangrijk om na te gaan of de hyperlinker zich met de onrechtmatige inhoud identificeert of dat men zich er juist van distantieert. Het enkele aanbrengen van een disclaimer¹³⁵ op de website kan daarvoor niet voldoende zijn als deze distantieëring niet overeenstemt met de feiten. Ook de verdere inhoud van de website waarop de hyperlink staat is van belang. Stemt deze overeen met de website waarnaar gelinkt wordt dan zal eerder sprake zijn van ‘zu eigen maken’.

3. Motieven van de hyperlinker: met welk doel is de hyperlink aangebracht? Als er een hyperlink staat in een (neutraal) persartikel zal er geen sprake kunnen zijn van ‘zu eigen maken’, maar wanneer de hyperlink is aangebracht uit commercieel oogpunt dan zal daarvan wel sprake zijn.

4. De hyperlinktechniek: bij framed links en inline links (zie par. 3.1.2) zal er eerder sprake zijn van ‘zu eigen maken’ dan bij gewone surface links. Bij framed links en inline links is de onrechtmatige inhoud waar naar verwezen wordt namelijk op de website van de hyperlinker zelf te zien en daarmee bestaat eerder de indruk dat de hyperlinker zich met de inhoud associeert.

Debusseré pleit voor een wettelijke regeling voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud. Deze regeling zou dan het beste op Europees niveau

¹³⁴ F. Debusseré, ‘Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud. Een voorstel voor een wettelijke regeling’. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 17.

¹³⁵ L.A.R. Siemerink, M. van Eijden en R.E. van Esch, ‘Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid via disclaimers op een website’. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 143-149.

uitgevaardigd kunnen worden, mede gezien de bestaande grote verschillen in wetgeving in de diverse lidstaten¹³⁶.

Hij stelt dat voor de aansprakelijkheid van een dienstverlener die een tussenpersoon is dan gewoon het bestaande wettelijke regime voor *hosting* zou kunnen gelden en voor de aansprakelijkheid van de hyperlinker zelf zou een wettelijke regeling op basis van de ‘zu eigen maken’ jurisprudentie gemaakt kunnen worden. Dit lijkt mij een goede zaak.

4.1.4.1 Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud

a) affiliate netwerk organisatie

In de Richtlijn Elektronische Handel is bepaald dat een ‘tussenpersoon’ een dienstverlener van diensten van de informatiemaatschappij is. Zo beschouwd is dus ook een affiliate netwerk organisatie te beschouwen als een tussenpersoon die een dienst van de informatiemaatschappij verricht (art. 3:15d, lid 3 BW).

Er is echter een groot verschil aan te merken tussen een hosting bedrijf en een affiliate netwerk organisatie. Bij een hosting bedrijf wordt er (tegen vergoeding) ruimte op de server beschikbaar gesteld aan een klant zodat die er een website op kan plaatsen. Het hostingbedrijf heeft vaak pas zicht op de mogelijk onrechtmatige inhoud van de website die het host als ze daarop gewezen wordt. Vandaar dat er in art. 6:196c, lid 4 BW een regeling opgenomen is die er voor zorgt dat het hosting bedrijf zich van zijn aansprakelijkheid kan ontdoen door de informatie te verwijderen of de toegang onmogelijk te maken.

Bij een a.n.o. is de mate van betrokkenheid bij de inhoud van de website van de affiliate vele malen groter. De website van de affiliate als geheel wordt weliswaar gehost door een hosting bedrijf, maar de hyperlinks die de affiliate op zijn website plaatst om zo de diverse merchants die aangesloten zijn bij de a.n.o. te kunnen promoten staan niet alleen op de server van de a.n.o., maar zijn door de a.n.o. bewust opgenomen in haar programma.

Een aansprakelijkheidsuitsluitingsregime op basis van art. 6:196c, lid 4 BW (hosting) lijkt me dan ook niet juist. De a.n.o. heeft namelijk niet alleen weet van de mogelijke onrechtmatige hyperlinks, maar is daar zelf ook nog financieel bij betrokken. Het regime waarbij de a.n.o.

¹³⁶ F. Debussere, ‘Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud. Een voorstel voor een wettelijke regeling’. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 18.

pas aansprakelijk is als men er weet van heeft en zich van die aansprakelijkheid kan ontdoen door de informatie te verwijderen of de toegang onmogelijk te maken zou dan een wassen neus zijn. Een a.n.o. heeft immers altijd kennis van de hyperlinks die het zelf host.

Beter lijkt het me om in het verlengde van de gradatie¹³⁷ van de betrokkenheid van de dienstverleners in art. 6:196c BW (mere conduit, caching en hosting) een vierde situatie toe te voegen voor affiliate marketing.

De tekst van dit nieuwe lid zou dan als volgt kunnen luiden:

Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in art. 3:15d, lid 3 BW, bestaande uit het ter beschikking stellen van informatie ten behoeve van commerciële afnemers, is niet aansprakelijk voor deze informatie indien deze informatie niet onrechtmatig van aard is.

Op deze manier is een a.n.o. altijd aansprakelijk als het in zee gaat met merchants die een onrechtmatige site beheren (zoals illegale online casino's, waarover ik reeds meer schreef in paragraaf 4.1.1).

b) affiliates

Op de affiliates die de hyperlinks naar de websites met onrechtmatige inhoud plaatsen zou dan de 'zu eigen maken' jurisprudentie van toepassing kunnen zijn. Aangezien een hyperlink naar een site met onrechtmatige inhoud en/of activiteiten volgens deze theorie niet per definitie tot aansprakelijkheid hoeft te leiden ontstaat er ook een beter werkbare situatie voor de affiliates die naast affiliate hyperlinks ook 'gewone' hyperlinks op hun site hebben. Verder schept het ook meer duidelijkheid als er voor normale hyperlinks en affiliate hyperlinks dezelfde regels gelden. Dat het nalopen van de criteria uit de 'zu eigen maken' jurisprudentie echter al snel tot aansprakelijkheid zal leiden zou niet verbazen, vooral gezien de commerciële belangen die er bij affiliates spelen (zie punt 3 van de criteria van de 'zu eigen maken' theorie).

Tot de tijd dat er specifieke wetgeving voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud verschijnt, zullen we het met het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) moeten doen.

¹³⁷ Zie subparagraaf 4.1.4.

Hoofdstuk 5: Affiliate marketing en fraude

5.1 Inleiding

Overal waar geld verdiend wordt, wordt gefraudeerd. Dat was vroeger al zo, het is nu zo en het zal in de toekomst niet anders zijn. Ook affiliate marketing is wat dat betreft geen uitzondering. Hoe jong het fenomeen a.m. ook moge zijn, er is nu al een zekere stijgende lijn waarneembaar in het aantal fraudegevallen. Heel vreemd is dat natuurlijk ook niet, gezien de grote groeicijfers van a.m. zelf. Verontrustend is het uiteraard wel, want als het aantal fraudegevallen de komende jaren gelijke tred zou houden met de groei van a.m. zelf dan neemt het probleem pas echt serieuze gevolgen aan. Omdat fraude vrijwel nooit voor 100% is uit te bannen zal het altijd wel blijven bestaan. Maar als fraudeurs de overhand zouden krijgen komt het concept a.m. onder grote druk te staan. Vandaar dat ik denk dat het onderwerp fraude niet mag ontbreken in een juridische scriptie over affiliate marketing.

Welke vormen van fraude er momenteel zijn en door wie ze gepleegd worden is onderdeel van dit hoofdstuk. Tevens zal ik kijken naar de bestaande wet- en regelgeving op dit terrein en daar waar nodig suggesties doen om tot verbeteringen te komen.

5.2 Vormen van misbruik binnen affiliate marketing

Aangezien er in het affiliate marketing ‘verdienmodel’ drie partijen zijn die hun boterham verdienen aan een enkele transactie van een merchant zou het in theorie zo kunnen zijn dat er bij alle drie de partijen in kwestie (merchant, affiliate en a.n.o.) misbruik wordt gemaakt van het systeem. In de praktijk zijn het echter meestal de affiliates die een vorm van fraude plegen¹³⁸. Frauderende merchants komen in veel mindere mate voor, bovendien wordt dit probleem grotendeels ondervangen door de in paragraaf 2.4.2 besproken maatregelen.

Vandaar dat in dit hoofdstuk de aandacht op frauderende affiliates gericht zal zijn.

Een affiliate verdient geld doordat hij commissie ontvangt voor de omzet die hij aan de merchant aangeleverd heeft. De vraag die zich nu opdringt is: Op welke wijze(n) proberen sommige affiliates ‘de boel te flessen’ en op die manier hun omzet kunstmatig te verhogen?

¹³⁸ www.unethicalaffiliates.com

Dit gebeurt op meerdere manieren. Omdat het buiten het bereik van deze scriptie ligt om alle onderwerpen even uitvoering te behandelen heb ik er voor gekozen om in deze paragraaf slechts een aantal vormen van misbruik binnen a.m. beknopt te bespreken en op de in mijn ogen belangrijkste vorm van fraude (cookie fraude, paragraaf 5.3) uitvoeriger in te gaan.

Een vorm van fraude die binnen affiliate marketing voorkomt is **klikfraude**. Affiliate marketing kent een aantal vergoedingsmodellen, waaronder de vergoeding per klik (zie paragraaf 2.3.1). Hoewel dit eigenlijk niet onder affiliate marketing in z'n zuiverste vorm valt te scharen kennen de meeste a.n.o. toch ook een klikvergoeding. De basis van affiliate marketing ligt natuurlijk in het afrekenen per gerealiseerde sale of lead. Bij een vergoeding per klik ligt het gevaar van klikfraude op de loer. Klikfraude is de laatste jaren een actueel onderwerp geworden, zeker sinds de start van Google AdSense¹³⁹. Een manier om klikfraude binnen a.m. te beteugelen is het koppelen van een klikvergoeding aan een salespercentage. Een affiliate heeft dan alleen recht op een klikvergoeding bij een minimum percentage aan sales. Op deze manier werken sommige a.n.o. al en de verwachting is dat binnen afzienbare tijd alle a.n.o. op die manier werken.

Een ander aan a.m. gerelateerd onderwerp is **Spam**. Voor Spam valt moeilijk een eenduidige definitie te geven, maar een gangbare definitie is ook wel 'ongevraagde, commerciële bulk e-mail'¹⁴⁰. Over Spam zelf is al veel geschreven¹⁴¹ en het valt eigenlijk buiten het bereik van deze scriptie dus daar zal ik hier verder niet nader op in gaan.

Zoals je de afgelopen jaren al spam voorbij zag komen van bedrijven die hun waren op deze manier aan de man probeerden te brengen, zie je dat nu ook op affiliate basis gebeuren. Een affiliate meldt zich aan bij een a.n.o. en binnen het netwerk van de a.n.o. selecteert de affiliate de merchants die hij wil gaan promoten. Het is de bedoeling dat deze promotie op de website van de affiliate zelf plaatsvindt, maar het gebeurt helaas steeds vaker dat affiliates de reclame als spam rondsturen per e-mail. De merchants zijn hier natuurlijk niet blij mee, want hun goede naam wordt hierdoor te grabbel gegooid. Het is voor zowel de a.n.o. als de merchants dus van groot belang om op reguliere basis te checken waar het verkeer dat de affiliate

¹³⁹ M. Jakobsson & Z. Ramzan, *Online Advertising Fraud*, Crimeware, Symantec Press 2008, p. 5.

¹⁴⁰ L.F. Asscher & S.A. Hoogcarpsel, 'Defining Spam', *Regulating Spam*, A European Perspective after the Adoption of the E-Privacy Directive, The Hague: T.M.C. Asser Press 2006, p. 9.

¹⁴¹ A.R. Lodder e.a., Het verschijnsel spam, *Spam, spammer, ...*, Analyse van het recht en de techniek rond elektronische ongevraagde commerciële communicatie, in het bijzonder via email, Den Haag: Sdu Uitgevers Den Haag, 2004, p 21-28.

doorstuurt vandaan komt. Bij geconstateerde overtreding van de regels kan zowel de merchant als de a.n.o. de affiliate uit het programma gooien¹⁴².

Het gebeurt steeds vaker dat affiliates voor het verkeer naar hun website **Google Adwords** inzetten¹⁴³. Het gevaar ligt dan echter op de loer dat de merchants die affiliate marketing als onderdeel van de marketingmix hebben opgenomen en dus zelf ook gebruik maken van de advertentieruimte op Google plotseling moeten gaan concurreren met hun eigen affiliates. Dit is natuurlijk een onwenselijke situatie en vandaar dat er binnen Google al geluiden opgaan om dit in de toekomst een halt toe te roepen¹⁴⁴. Soms gaat dit zelfs zo ver dat affiliates keywords inkopen op de merknaam¹⁴⁵ van de merchant zelf. Dat dit een ongewenste situatie is en al tot de nodige rechtszaken heeft geleid zal niemand verbazen¹⁴⁶.

De laatste manier van misbruik binnen a.m. die ik in de volgende paragraaf uitgebreider zal behandelen is de fraude door middel van het gebruik van spyware en cookies.

5.3 ‘Spyware fraude’ en cookies

Inleiding

In deze paragraaf zal ik eerst kort uitleggen wat ‘cookies’ in z’n algemeenheid zijn (5.3.1), vervolgens uiteenzetten op welke wijzen er door affiliates door middel van spyware fraude wordt gepleegd (5.3.2) om daarna het wettelijke kader op het gebied van cookies en spyware uiteen te zetten (5.3.3). Als laatste zal ik dan nog enkele aanbevelingen doen om cookie en spyware fraude beter te beteugelen (5.3.4).

¹⁴² In de algemene voorwaarden van de a.n.o. is opgenomen dat bij constatering van een overtreding van de regels door een affiliate zowel de a.n.o. als de merchant zelf de overeenkomst met de affiliate kunnen opzeggen.

¹⁴³ <http://www.affiliate-forum.nl/index.php?board=18.0>

¹⁴⁴ <http://www.seroundtable.com/archives/001164.html>

¹⁴⁵ J. Rutter, ‘Online use of trademarks and domain names’, in: Chris Reed & John Angel (red.), *Computer Law, The law and regulation of information technology*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 430-433.

¹⁴⁶ A.J. Clipper, Adwords en merkenrecht, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2005, nr. 4, p. 39-41.

5.3.1 Cookies

Omdat het woord ‘cookies’ voor de meeste lezers abracadabra is zal ik eerst kort toelichten wat cookies zijn: cookies zijn kleine hoeveelheden informatie die door de dienstverlener veelal op de computer van de gebruiker worden geplaatst¹⁴⁷. Het achterlaten van cookies op de computer van de gebruiker kan de gebruikersvriendelijkheid van een website ten goede komen. Pagina’s kunnen sneller worden geladen en sommige cookies bevatten de registratiegegevens van een gebruiker; de gebruiker hoeft ze dan bij een volgend bezoek niet opnieuw in te voeren¹⁴⁸.

Op het eerste gezicht lijken er dus enkel voordelen verbonden aan het gebruik van cookies. Dit is helaas niet helemaal het geval. Cookies kunnen ook worden ingezet voor commerciële doeleinden. Zo kunnen de advertenties die op een website getoond worden aangepast worden aan het profiel van de gebruiker, wat al tot veel ophef heeft geleid in verband met de privacy van internetgebruikers.

Ook binnen affiliate marketing wordt veelvuldig gebruik gemaakt van cookies. Zo kennen de meeste a.n.o. een cookieperiode van 30 dagen tot soms wel 100 dagen. Wat houdt dat in? Stel een internetgebruiker komt op de website van een affiliate en klikt daar op een affiliate link (van een merchant). Op dat moment wordt er op de pc van de internetgebruiker een cookie geïnstalleerd. De internetgebruiker besluit op dat moment nog geen aankoop te doen op de website van de merchant en sluit de website af. Een paar dagen later tikt diezelfde internetgebruiker de URL van de betreffende merchant rechtstreeks in de browser in en sluit zijn bezoek aan de website af met een aankoop. Als er nu geen cookie zou zijn geïnstalleerd dan liep de affiliate z’n commissie mis. Ook de a.n.o. zou in dat geval niets aan deze sale verdienen hebben. Dat zou natuurlijk niet helemaal eerlijk zijn tegenover de inspanningen die door hen eerder zijn verricht. Zonder het eerdere bezoek aan de website van de merchant via de affiliate link op de site van de affiliate zou het bezoek enkele dagen later waarschijnlijk ook niet hebben plaatsgevonden. Om deze situatie te voorkomen wordt er bij de meeste a.n.o. met een cookieperiode gewerkt.

Naast dit ‘vreedzame’ gebruik van cookies kunnen cookies ook gebruikt worden door personen die er minder goede bedoelingen op nahouden. Ook binnen a.m. wordt er fraude

¹⁴⁷ A.R. Lodder, Spam, cookies en ‘data retention’ in de sector elektronische communicatie: Nieuwe Richtlijn ter vervanging van Richtlijn 97/66/EC inzake privacy en telecom. Computerrecht 2002, nr. 4, p. 269.

¹⁴⁸ <http://www.cookiecentral.com/faq>

gepleegd door misbruik te maken van cookies. We hebben het dan over het verschijnsel spyware. Daarover nu meer in de volgende subparagraaf.

5.3.2 Spyware fraude binnen a.m.

Binnen affiliate marketing komt het helaas steeds vaker voor dat er door gebruikmaking van cookies fraude wordt gepleegd door affiliates¹⁴⁹. Alvorens ik de verschillende manieren van fraude zal beschrijven is het goed om eerst nog wat achtergrond bij cookies te schetsen.

Een cookie is een van de vele vormen van ‘spyware’. Van spyware valt moeilijk een eenduidige definitie te geven, omdat er momenteel duizenden vormen van spyware bestaan¹⁵⁰, maar je zou kunnen stellen dat spyware software is die doorgaans ongewild en ongevraagd op de computers van internetgebruikers wordt geïnstalleerd.

Volgens recente gegevens zouden de computers van meer dan 90% van de internetgebruikers aangetast zijn door een of andere vorm van spyware. Spyware wordt nu reeds beschouwd als een probleem dat minstens even bedreigend is voor de privacy van natuurlijke personen en de deugdelijke functionering van bedrijven en de economie in zijn geheel als spam¹⁵¹.

Ook sommige malafide affiliates maken gebruik (of beter gezegd: misbruik) van bepaalde vormen van spyware. Ze zorgen ervoor dat internetgebruikers een veelal gratis programma/software kunnen downloaden. Aan deze zogeheten ‘freeware’ of ‘shareware’ wordt dan spyware gekoppeld die dan zo op de pc’s van de internetgebruikers wordt geïnstalleerd. Een tweede methode waardoor spyware op de pc van een internetgebruiker kan komen is door het loutere bezoeken van bepaalde websites (‘drive-by downloads’)¹⁵². De spyware wordt zodanig ingesteld dat affiliates op de volgende manieren onterecht affiliate commissie opstrijken van een merchant:

- 1) ‘Direct type ins’: Een internetgebruiker tikt zelf de URL in van een webshop (zonder daarbij in een van de voorgaande dagen reeds op een affiliate link geklikt te hebben, zoals besproken in 5.1.1 onder a) en zonder dat de internetgebruiker het in de gaten heeft zorgt het spyware programma ervoor dat de URL verandert in een affiliate URL

¹⁴⁹ <http://www.affiliatefairplay.com>

¹⁵⁰ Zo vallen ook de beruchte ‘trojans’ onder het begrip spyware.

¹⁵¹ S. de Schrijver en J. Schraeyen, ‘ ‘Spyware’: onschuldige spionage in cyberspace?’ *Computerrecht* 2005, nr. 2, p. 3.

¹⁵² S. de Schrijver en J. Schraeyen, ‘ ‘Spyware’: onschuldige spionage in cyberspace?’ *Computerrecht* 2005, nr. 2, p. 2-3.

van, u raadt het al, de affiliate. Normaal gesproken zou dit ‘gratis verkeer’ voor de webshop zijn geweest.

- 2) Een internetgebruiker klikt op een van de organische (normale/gratis) zoekresultaten in Google. Het spyware programma zorgt er ook hier voor dat de link als een affiliate link wordt geregistreerd. Normaal gesproken zou dit ‘gratis verkeer’ voor de webshop zijn geweest.
- 3) Een internetgebruiker klikt op een advertentie van een webshop op Google (Adwords). Hiervoor betaalt de webshop een clickfee aan Google, maar het spyware programma zorgt er wederom voor dat de malafide affiliate commissie opstrijkt. De webshop betaalt zo 2 keer voor het aangeleverde verkeer!
- 4) ‘Cookie overwriting’: een internetgebruiker klikt op een affiliate link van een bonafide affiliate. Het spyware programma zorgt er voor dat de affiliate link door de affiliate link van de malafide affiliate wordt overschreven. Zo wordt dus ook de commissie op het conto van de malafide affiliate geschreven.

5.3.3 Wettelijk kader cookies & spyware

In 2002 werd Richtlijn nr. 2002/58/EG uitgevaardigd betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie. Art. 5.3 van deze richtlijn is voor dit hoofdstuk van belang. Uit de overwegingen 24 en 25 van de toelichting bij deze richtlijn kan men afleiden dat de richtlijn strekt tot de invoering van een regeling die het gebruik van cookies e.d. beperkt tot gebruik voor legitieme doeleinden en alleen indien de wederpartij in een dergelijk besluit heeft toegestemd¹⁵³. In 2004 heeft de Nederlandse wetgever de richtlijn omgezet in nationale wetgeving. Art. 5.3 van de richtlijn is omgezet waardoor cookies, adware en spyware vanaf 7 mei 2004 vallen onder de regeling van art. 4.1 lid 1 van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (BUDE) dat mede invulling geeft aan verschillende bepalingen van de herziene Telecommunicatiewet.

Art. 4.1 van het besluit luidt:

¹⁵³ H.W.K. Kaspersen, ‘Nederlandse wetgeving tegen cookies en spyware. Enkele aantekeningen vanuit Nederlands perspectief’. *Computerrecht* 2005, nr. 3, p. 12.

1. Een ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een abonnee of gebruiker van openbare elektronische communicatiediensten dan wel gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de abonnee of gebruiker van openbare publieke communicatiediensten, dient voorafgaand aan de desbetreffende handeling de abonnee of gebruiker:
 - a. op een duidelijke en nauwkeurige wijze te informeren omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen tot de desbetreffende gegevens dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan, en
 - b. op voldoende kenbare wijze gelegenheid te bieden de desbetreffende handeling te weigeren.

Krachtens art. 15.1, lid 3 Tw¹⁵⁴ is de OPTA belast met de handhaving van de voorschriften van de wet anders dan die tot de competentie van de minister behoren. De OPTA heeft naast een geschilbeslechtende vooral een toezichthoudende taak¹⁵⁵. Ook art. 4.1 BUDE dient in dit kader door de OPTA te worden gehandhaafd. Art. 15.4, lid 4 TW geeft OPTA de bevoegdheid tot het opleggen van een maximale boete van 450.000 euro. Ook is het opleggen van een last onder dwangsom mogelijk, bijvoorbeeld om verder af te zien van het gebruik van cookies of de verspreiding van spyware. In december 2007 werd door de OPTA een boete aan drie Nederlandse bedrijven en hun twee directeuren uitgereikt van in totaal een miljoen euro voor het verspreiden van spyware¹⁵⁶.

Andere wettelijke mogelijkheden tegen het misbruik van cookies en spyware betreffen de computerbepalingen in het Strafrecht. Het installeren van een vreemde 'coding' in het computersysteem van een ander zonder diens toestemming kan onder omstandigheden een wederrechtelijk binnendringen in de zin van art. 138a Sr opleveren. De opslag van die coding in het systeem van de gebruiker levert zonder diens toestemming in ieder geval overtreding op van art. 350a, lid 1 Sr. Dit artikel stelt immers het opzettelijk en wederrechtelijk veranderen, wissen, onbruikbaar of ontoegankelijk maken van gegevens strafbaar. Een andere strafrechtelijke mogelijkheid is art. 326c Sr die het strafbaar stelt om door een technische ingreep gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt

¹⁵⁴ Telecommunicatiewet.

¹⁵⁵ S.J.H. Gijrath & P.C. Knol, 'Telecommunicatierecht', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel (Recht en Praktijk bundel)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 281.

¹⁵⁶ http://www.nu.nl/news/1360136/50/rss/Boete_van_1_miljoen_voor_verspreiden_spyware.html

aangeboden. Kaspersen stelt ‘dat het met de handhaving van deze delicten niet zo’n vaart zal lopen, te meer daar ze in individuele gevallen als bagateldelicten moeten worden aangemerkt’. Even later nuanceert hij dat wel enigszins door het volgende er aan toe te voegen: ‘Het is evenwel een geruststellende gedachte dat het strafrecht zonder meer toepassing kan vinden bij grootschalig en stelselmatig misbruik’¹⁵⁷.

Ik ben het niet helemaal met Kaspersen eens. Hij heeft het over bagatel delicten, terwijl ik vind dat het installeren van spyware op andermans computer om er zelf financieel beter van te worden niet iets kleins en onbenulligs is. Je zou het zelfs een moderne vorm van diefstal kunnen noemen. De malafide affiliate benadeelt in het eerder genoemde voorbeeld in de eerste drie gevallen de merchant en in het laatste geval een andere affiliate door de affiliate tracking cookie van de bonafide affiliate te overschrijven.

Wel stelt Kaspersen dat het Cybercrime Verdrag¹⁵⁸ meer mogelijkheden schept om tegen websites op te treden door de productie, verspreiding of beschikbaarstelling van schadelijke software, zoals spyware, strafbaar te stellen. Het verdrag is in Nederland geïmplementeerd in de Wet Computercriminaliteit II die op 1 september 2006 in werking is getreden. Omdat de opsporingsambtenaar bij de bestrijding van cybercrime voortdurend tegen een kennisachterstand aan liep is in oktober 2004 een tijdelijke projectorganisatie opgericht genaamd National High Tech Crime Centre (NHTCC). Deze organisatie heeft iets meer dan een jaar bestaan en hield zich onder meer bezig met het in kaart brengen van de speciale bedreigingen van cybercrime¹⁵⁹. De bestrijding van cybercrime valt nu weer onder het KLPD¹⁶⁰.

5.3.4 Is het wettelijk kader rondom cookies & spyware afdoende geregeld voor a.m. ?

Ik denk dat de huidige wet- en regelgeving op het gebied van cookies & spyware afdoende geregeld is. Het toezicht wordt gehouden door de OPTA die bevoegd is tot het uitdelen van forse boetes. Daarnaast kan er ook nog strafrechtelijk opgetreden worden als er sprake is van grootschalig en stelselmatig misbruik. Wel ben ik van mening dat de samenwerking tussen

¹⁵⁷ H.W.K. Kaspersen, ‘Nederlandse wetgeving tegen cookies en spyware. Enkele aantekeningen vanuit Nederlands perspectief’. *Computerrecht* 2005, nr. 3, p. 14.

¹⁵⁸ Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Boedapest, 23-11-2001(ETS nr. 185).

¹⁵⁹ Chr. Alberdingk Thijm, ‘Kroniek van technologie en recht’, *NJB* 2007, nr. 13, p. 841-842.

¹⁶⁰ http://www.computable.nl/artikel/ict_topics/ictbranche/1086075/2379258/nhtcc-opgeheven-taken-gaan-over-naar-klpd.html

politie en justitie enerzijds en de OPTA anderzijds op het gebied van opsporing en het uitwisselen van informatie beter kan. Beide instanties zijn zich hier ook van bewust en hebben inmiddels afspraken gemaakt om tot een betere samenwerking te komen¹⁶¹. Blijkens de ‘Nota van bevindingen Visie en Jaarplan 2007’ schort er echter in de praktijk nog het nodige aan deze samenwerking en de OPTA doet in dit plan dan ook een oproep aan Justitie, OM en parlement om de wetgeving op dit terrein eens in totaal-context te bezien en de handhaving te verbeteren¹⁶². Hoewel de meeste aandacht in het kader van de bestrijding van Cybercrime uitgaat naar het bestrijden van kinderporno, ‘radicale en terroristische uitingen’ en spam¹⁶³ heeft de OPTA aangekondigd zich in de toekomst intensiever te gaan bezighouden met de aanpak van spyware¹⁶⁴. Dat dit een stap in de goede richting is is duidelijk. Minpunt vind ik echter wel dat de aandacht bij de bestrijding van spyware vooral is gericht op de bestrijding van spyware gericht aan bedrijven. De spyware waar malafide affiliates zich echter van bedienen is vooral gericht op consumenten. Mijn voorkeur zou het dan ook zijn dat de aandacht naar dit gebied verschuift, teneinde de malafide affiliates beter te kunnen bestrijden en zodoende te zorgen voor een schonere affiliate marketing industrie.

¹⁶¹ http://www.nu.nl/news/1243229/50/KLPD_en_OPTA_gaan_cybercrime_samen_aanpakken.html

¹⁶² http://www.opta.nl/download/Nota_van_bevindingen_Visie_en_Jaarplan_2007.pdf, p. 42-43.

¹⁶³ W. Stol e.a., ‘Internetcriminaliteit: kinderporno in meervoudig perspectief’. *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 534.

¹⁶⁴ <http://webwereld.nl/articles/44189/opta--in-2007-eerste-boetes-voor-verspreiding-spyware.html>

Hoofdstuk 6: Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste conclusies van deze scriptie samengebracht. Ik heb in deze scriptie duidelijk willen maken dat een relatief nieuw, maar razend snel groeiend fenomeen als affiliate marketing op een aantal punten juridische aandacht nodig heeft.

Centraal in dit onderzoek stond de volgende vraag: *Behoeft de huidige wet- en regelgeving omtrent affiliate marketing aanpassing met het oog op de regels rondom reclame, de aansprakelijkheid voor onrechtmatige inhoud en het probleem van fraude om er voor te zorgen dat affiliate marketing een betere juridische basis krijgt?*

Om te komen tot een antwoord op deze vraag heb ik eerst een aantal deelvragen beantwoord. Zo heb ik allereerst gekeken of affiliate marketing valt te scharen onder de normale regels voor het maken van reclame. In art. 3:15e, lid 3 BW is een definitie opgenomen van het begrip commerciële communicatie. Dit begrip valt uiteen in drie delen. Hoewel affiliate marketing strikt genomen niet aan alle drie de voorwaarden voldoet, moet zij toch tot commerciële communicatie worden gerekend, omdat affiliate hyperlinks, in tegenstelling tot gewone hyperlinks, niet onafhankelijk en zonder financiële tegenprestatie geplaatst worden.

Aan het begrip commerciële communicatie zijn een aantal verplichtingen verbonden. Van art. 3:15e lid 1 BW is voor wat betreft affiliate marketing vooral de zinsnede onder sub a van belang. Hierin is opgenomen dat commerciële communicatie als duidelijk zodanig herkenbaar dient te zijn. Bij gebruik van een banner zal dit geen problemen opleveren. Affiliate marketing maakt echter vooral gebruik van tekstlinks, die voor een gemiddelde bezoeker niet als reclame herkenbaar zijn. Er is sprake van een zeker tegenstrijdig belang: enerzijds heeft de affiliate marketing industrie er belang bij dat de affiliate hyperlinks niet als reclame worden gezien en anderzijds is er het belang van de consument die behoort te weten wanneer hij/zij met reclame te maken heeft. Aangezien het uit praktisch oogpunt ondoenlijk is om bij iedere affiliate link het woordje ‘reclame’ of ‘advertentie’ te plaatsen lijkt het me een goede zaak als er op iedere website waar affiliate links op voorkomen een algemene mededeling op de site geplaatst wordt dat er reclame gemaakt wordt.

Feit is wel dat de huidige regels op grote schaal overtreden worden. Daarom is het van belang te kijken naar het bestaande toezicht op de naleving. Art. 3:15f, lid 3 BW heeft de Belastingdienst/FIOD-ECD aangewezen als ambtenaren belast met de opsporing van overtredingen van de voorschriften gesteld bij de artikelen 15d en 15e lid1. In de Memorie

van Toelichting staat dat dit artikel slechts als beperkt aanvullende handhavingmogelijkheid is opgenomen voor geval partijen in een eerdere fase niet tot een bevredigende oplossing hebben kunnen komen. In Nederland gevestigde dienstverleners dienen namelijk eerst een aan te wijzen rechtspersoon alle informatie te verstrekken die betrekking heeft op de naleving van de artikelen 15d en 15e lid 1. De rechtspersoon is bevoegd een rechtsvordering in te stellen op grond van art. 3:305a, lid 2 t/m 5 BW. Hiertoe is wel vereist dat er eerst overleg is geweest en dat de in te stellen rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding. De Memorie van Toelichting stelt dat de rechtspersoon alleen zal optreden n.a.v. binnengekomen klachten. In de praktijk is dat zeer beperkt. Ook in het geval van strafrechtelijke handhaving is er geen sprake van actieve opsporingsinstantie. Bovendien is strafrechtelijke handhaving weinig zinvol omdat de artikelen 15d en 15e lid 1 bewust een vrij ruim bereik hebben en onder dergelijke omstandigheden is strafrechtelijke handhaving niet wenselijk.

De conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat het huidige handhavingmechanisme niet werkt. Als alternatief stel ik zelfregulering voor. Zelfregulering kent hier een aantal voordelen boven wetgeving.

De huidige Reclame Code Commissie zou daarin samen met een nieuw op te zetten branchevereniging voor affiliate marketing (“BAM”) een grote rol kunnen spelen. Het opstellen van een aparte reclame code voor affiliate marketing acht ik niet nodig. Wel dient het toezicht op de naleving van de bestaande reclameregels te worden aangescherpt. De op te richten ‘BAM’ dient breed gedragen te zijn en in de ideale situatie komt er een verplicht lidmaatschap van de branchevereniging. Alle leden dienen de code te onderschrijven. Bij geconstateerde overtreding kan het lidmaatschap van de branchevereniging worden ontzegd. Geen lid meer zijn betekent dan tevens een einde aan de inkomsten. Mijn advies luidt tevens om zolang de BAM nog niet is opgericht Thuiswinkel.org aan te stellen als partner voor de Reclame Code Commissie.

Geconcludeerd was al dat ook online reclame maken (binnen de geldende regels, zoals art. 3:15 BW) is toegestaan. Maar mag er ook reclame gemaakt worden voor verboden zaken? Of in dit geval: hoe is het gesteld met de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met een onrechtmatige inhoud?

Uit de jurisprudentie blijkt dat als men weet dat de op eigen website geplaatste links verwijzen naar onrechtmatige publicaties of goederen men aansprakelijk is als men geen (technische) maatregelen treft om de informatie te bereiken.

Verder is de in 2000 ingetreden Richtlijn Elektronische Handel van belang. Hierin wordt bepaald wat onder het begrip ‘diensten van de informatiemaatschappij’ moet worden verstaan. In de richtlijn is een aansprakelijkheidsuitsluitingsregime opgenomen voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en daarbij is een bepaalde gradatie opgenomen. Dit betreft respectievelijk ‘mere conduit’, ‘caching’ en ‘hosting’. In de richtlijn is geen specifieke regeling opgenomen voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks en dus blijft hier het nationale recht gelden. In de meeste lidstaten is er echter geen specifieke wettelijke regeling, zodat de aansprakelijkheid voor hyperlinks onderworpen blijft aan het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Sommige lidstaten zijn bij de implementatie van de richtlijn verder gegaan dan de richtlijn en hebben voor hyperlinks een wettelijk aansprakelijkheidsuitsluitingsregime ingevoerd dat identiek is aan het bestaande regime voor hosting. Daarbij is men niet aansprakelijk als men niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie of zodra hij die kennis wel heeft prompt handelt om de informatie te verwijderen of te blokkeren. De Nederlandse Aanpassingswet elektronische handel bepaalt niet expliciet dat de daarin opgenomen regeling voor hosting ook geldt voor hyperlinks, maar uit de memorie van toelichting bij de wet blijkt dat dit wel het doel van de wetgever is.

Onder de huidige regelgeving is kennis dus het enige criterium. In de rechtspraak van enkele Duitstalige landen is echter een ander criterium ontwikkeld, namelijk de zogenaamde ‘zu eigen maken’ theorie. Onder dit criterium is men aansprakelijk als uit de begeleidende omstandigheden blijkt dat men zich die onrechtmatige inhoud eigen maakt. Daarvoor zijn een aantal criteria opgesteld waaraan een affiliate hyperlink voldoet. Debusseré pleit voor een wettelijke regeling voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar een website met onrechtmatige inhoud. Deze regeling dient op Europees niveau uitgevaardigd te worden. Op een dienstverlener die tussenpersoon is kan dan het wettelijke regime voor hosting worden toegepast en voor de aansprakelijkheid van de hyperlinker zelf zou een wettelijke regeling op basis van de zu eigen maken jurisprudentie gemaakt kunnen worden.

Een affiliate netwerk organisatie (a.n.o.) valt ook te beschouwen als een tussenpersoon die een dienst van de informatiemaatschappij verricht, maar er is mijns inziens een groot verschil. Een a.n.o. heeft vanwege z’n commerciële belang altijd weet van de eventuele illegaliteit van een hyperlink. Het hosting regime hierop toepassen zou een wassen neus zijn. Mijn voorstel is om aan art. 6:196c BW een 4^e lid toe te voegen zodat de a.n.o. altijd aansprakelijk is indien de aan de affiliates beschikbaar gestelde hyperlinks onrechtmatig van aard zijn.

Op de affiliates stel ik voor de zu eigen machen jurisprudentie toe te passen. Dat dit al snel tot aansprakelijkheid zal leiden vanwege de commerciële belangen van de affiliate (zie punt 3 van de criteria van de zu eigen machen theorie), zal niet verbazen.

Tot de tijd dat er specifieke wetgeving voor de aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud verschijnt, zullen we het met het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) moeten doen.

Binnen affiliate marketing zijn er een aantal vormen van fraude mogelijk, zoals klikfraude, spam, 'keyword buying' op merknaam en cookie/spyware fraude. Met name deze laatste vorm van fraude is in opkomst en nog erg onderbelicht gebleven. Een cookie kan op een legale manier zorgen voor meer gebruikersgemak voor een internetgebruiker. Er kan echter ook misbruik worden gemaakt van cookies. Een cookie valt dan onder een van de vele vormen van spyware. Malafide affiliates plaatsen deze spyware op de pc's van onwetende internetgebruikers en strijken zo onterecht geld op via commissie-uitbetalingen van merchants.

Cookies, adware en spyware vallen onder art. 4.1, lid 1 BUDE en krachtens de Telecommunicatiewet is de OPTA belast met de handhaving van de voorschriften. Daarnaast geven de computerbepalingen in het Strafrecht wettelijke mogelijkheden tegen misbruik van cookies en spyware. De vraag of het wettelijk kader rondom cookies en spyware afdoende geregeld is moet ik met een 'ja' beantwoorden. Wel dient er een verbeterde samenwerking tussen de diverse partijen (politie en justitie enerzijds en de OPTA anderzijds) tot stand te komen. Partijen zijn zich hier ook van bewust en hebben beterschap beloofd.

Tevens is de aandacht voor Cybercrime nu nog sterk op de bestijding van kinderporno, 'radicale en terroristische uitingen' en spam gericht. Er is al wel geopperd om de aanpak van spyware in de toekomst te intensiveren, wat ik een goede zaak vind, echter zou de aandacht hierbij vooral uitgaan naar de bestrijding van spyware richting bedrijven. De spyware die malafide affiliates gebruiken is vooral gericht op consumenten. Mijn voorkeur zou het dan ook zijn dat de aandacht naar dit gebied verschuift.

Zo kunnen we komen tot een 'schonere' affiliate marketing industrie: een industrie die mist in goede banen geleid een prachtige toekomst tegemoet gaat. Ik hoop dat deze scriptie daar een bijdrage aan heeft geleverd.

Literatuurlijst

Boeken, boekbijdragen en artikelen:

Alberdingk Thijm 2007

Chr. Alberdingk Thijm, 'Kroniek van technologie en recht', *NJB* 2007, nr. 13, p. 841-842.

Alberdingk Thijm 2008

Chr. Alberdingk Thijm, 'Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?', *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 574-575.

Ang 2003

A. Ang, *Auteursrechtelijke relevantie van hyperlinks* (doctoraalscriptie Amsterdam UvA) 2003.

Asscher & Hoogcarspel 2006

L.F. Asscher & S.A. Hoogcarspel, 'Defining Spam', *Regulating Spam, A European Perspective after the Adoption of the E-Privacy Directive*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2006.

Bartholomew 2005

M. Bartholomew, 'Making a mark in the internet economy: a trademark analysis of search engine advertising', *Okla. L. Rev.*, 2005 58, p. 179.

Bauer e.a. 2001

B. Bauer e.a., 'De inrichting van de website, wanneer zijn hyperlinks toelaatbaar?', in: E.P.M. Thole & A.E. Dekhuijzen (red.), *50 vragen over e-commerce*, Deventer: Kluwer 2001.

Benediktova & Nevosad 2008

B. Benediktova & L. Nevosad, '*Affiliate marketing: Perspective of content providers*' (Master Thesis Luleå University of Technology 2008).

Boogert 2006

E. Boogert, 'Affiliate marketing werkt: Miljoenenomzet via virtuele wederverkopers', *Twinkle*, vakblad voor webwinkeliers, Jaargang 2, nr. 1 februari 2006, p. 30-31.

Bose & Pal 2006

I. Bose & R. Pal, 'Predicting the survival or failure of click-and-mortar corporations: A knowledge discovery approach', *European Journal of Operational Research*, Volume 174, Issue 2, 16 October 2006, p. 959-982.

Chavannes 2003

R.D. Chavannes, 'Hype of echte link'? *JAVI* februari 2003 nummer 1, p. 2-5.

Clipper 2005

A.J. Clipper, Adwords en merkenrecht, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2005, nr. 4, p. 39-41

Crook 2004

J. Crook, On covert communication in advertising, *Journal of Pragmatics* 36 (2004) nr. 4, p. 731-733.

Cuijpers 2006

C.M.K.C. Cuijpers, 'Gokspelletjes via internet'. *Computerrecht* 2006, 129, nr. 4, p. 239.

Debusseré 2006

F. Debusseré, 'Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud. Een voorstel voor een wettelijke regeling'. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 15-18.

van Esch 2006

R. van Esch, 'Een nieuwe toezichthouder erbij: de Consumentenautoriteit'. *Computerrecht* 2006, 93, p. 182-183.

Fill 2006

Chr. Fill, The Marketing Communication Mix, *Simply Marketing Communications*, Harlow: Pearson Education Limited 2006.

Fuentes-Camacho 2000

T. Fuentes-Camacho, *The international dimensions of cyberspace law*, Ashgate: Unesco Publishing 2000.

Galle 2001

R.C.J. Galle, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en zelfregulering'. *Stichting & Vereniging* 2001-1, p. 2.

Gijrath & Knol 2002

S.J.H. Gijrath & P.C. Knol, 'Telecommunicatierecht', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel* (Recht en Praktijk bundel), Deventer: Kluwer 2002.

Goldschmidt, Junghagen & Harris 2003

S. Goldschmidt, S. Junghagen & U. Harris, *Strategic Affiliate Marketing*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2003.

Grazini 2008

E. Grazini, 'Wat affiliates werkelijk willen: Affiliate vriendelijke programma's', *Twinkle*, vakblad voor webwinkeliers, Jaargang 4, nr. 4 april 2008, p. 48-50.

Jakobsson & Ramzan 2008

M. Jakobsson & Z. Ramzan, *Online Advertising Fraud, Crimeware*, Symantec Press 2008.

Kabel 2001

J.J.C. Kabel, 'Reclamerecht online - Problemen in theorie en praktijk (I)'. *IER* 2001-6, p. 260.

Kabel 2005

J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, frictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005.

Kaspersen 2005

H.W.K. Kaspersen, 'Nederlandse wetgeving tegen cookies en spyware. Enkele aantekeningen vanuit Nederlands perspectief'. *Computerrecht* 2005, nr. 3, p. 12-14.

de Koning 2004

M. de Koning, 'Het Nederlandse kansspelbeleid onder vuur'. *Computerrecht* 2004, nr. 3, p. 106.

Koops 2000

B-J Koops e.a., *Overheden over internationalisering en ICT*, ITER 39, Deventer: Kluwer 2000.

de Kuunder 2006

M. de Kuunder, *Hoe groot is het World Wide Web?* (afstudeerscriptie Tilburg) 2006.

Lodder 2002

A.R. Lodder, 'Spam, cookies en 'data retention' in de sector elektronische communicatie: Nieuwe Richtlijn ter vervanging van Richtlijn 97/66/EC inzake privacy en telecom'. *Computerrecht* 2002, nr. 4, p. 269.

Lodder e.a. 2004

A.R. Lodder e.a., Het verschijnsel spam, *Spam, spammer, ...*, Analyse van het recht en de techniek rond elektronische ongevroegde commerciële communicatie, in het bijzonder via email, Den Haag: Sdu Uitgevers Den Haag, 2004.

Mifsud 2008

J.P. Mifsud Bonnici, *Self Regulation in Cyberspace*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2008.

Netze-Ritsema 2002

C.L.H. Netze-Ritsema, 'De Nederlandse Thuiswinkel Organisatie; een waarborg voor (een toenemend aantal) online shoppers'? *Computerrecht* 2002, nr. 5, p. 341-343.

Rutter 2007

J. Rutter, 'Online use of trademarks and domain names', in: Chris Reed & John Angel (red.), *Computer Law*, The law and regulation of information technology, Oxford: Oxford University Press 2007.

Schellekens 2001

M.H.M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.

van Schelven 2002

P.C. van Schelven, 'Auteursrecht in het digitale tijdperk', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel* (Recht en Praktijk bundel), Deventer: Kluwer 2002.

de Schrijver & Schraeyen 2005

S. de Schrijver & J. Schraeyen, '‘Spyware’: onschuldige spionage in cyberspace?' *Computerrecht* 2005, nr. 2, p. 2-3.

Siemerink, van Eijden & van Esch 2006

L.A.R. Siemerink, M. van Eijden & R.E. van Esch, 'Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid via disclaimers op een website'. *Computerrecht* 2006, nr. 3, p. 143-149.

Stol 2008

W. Stol e.a., 'Internetcriminaliteit: kinderporno in meervoudig perspectief'. *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 534.

Vermeer 2002

M. Vermeer, 'De IPR-kluwen van elektronische ongeoorloofde mededinging. De warboel na de implementatie van de E-commerce Richtlijn'. *JAVI* juni 2002, nr. 1, p. 17.

de Vreede 2003

W. de Vreede, 'Regulering van reclame voor receptgeneesmiddelen: een geschiedenis van de interactie tussen zelfregulering en overheidsregulering'. *Zelfregulering* 2003, p. 88.

Wagemans 2002

A.W. Wagemans, 'Zelfreguleringsinitiatieven', in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel* (Recht en Praktijk bundel), Deventer: Kluwer 2002.

Wefers Bettink 2004

H.W. Wefers Bettink, 'ICT en media: Nieuwe wetgeving elektronische handel', *Contracteren*, 03, 2004, p. 80.

Elektronische bronnen:

- <http://www.affiliatefairplay.com>
- <http://www.affiliateforum.nl>
- http://www.affiliatetip.com/affiliate_tip_4.php
- http://www.computable.nl/artikel/ict_topics/ictbranche/1086075/2379258/nhtec-opgeheven-taken-gaan-over-naar-klpd.html
- <http://www.consumentenautoriteit.nl/Aandachtsgebieden>
- <http://www.cookiecentral.com/faq>
- <http://www.eerstekamer.nl/9324000/1f/j9vvgh5ihkk7kof/vhrzhfvz7np8>
- <http://www.economics.pomona.edu/msmith/econ157/DotComMania.pdf>
- <http://www.elsevier.nl/nieuws/economie/nieuwsbericht/asp/artnr/118134/index.html>
- <http://www.emerce.nl/nieuws.jsp?id=614336>
- <http://www.google.com/technology/>
- <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/Statements/338%20FAQs%20ICC%20Advertising%20and%20Marketing%20Code.pdf>
- http://www.intercheat.com/is_an_affiliate_program_bad_for_the_consumers.htm
- <http://www.iusmentis.com/aansprakelijkheid/hyperlinks>
- <http://www.gotdot.com/home-business-ideas.html>
- http://www.marketingfacts.nl/berichten/20080330_affiliate_marketing_nog_stees_groeiende
- http://www.nu.nl/news/1360136/50/rss/Boete_van_1_miljoen_voor_verspreiden_spware.html
- <http://www.om.nl/files/file.php5?id=81#search=%223%3A15e%2C%20lid%201%2C%20sub%20a%20BW%22>
- http://www.opta.nl/download/Nota_van_bevindingen_Visie_en_Jaarplan_2007.pdf
- http://www.radio-online.nl/archives/archive_2006-m02.php

- <http://www.recht.nl/doc/kst30928-3.pdf?RNLSSESSIONaa27ce2fff2862d238bf28f46030ea95>
- <http://www.reclamecode.nl/>
- <http://sbinfocanada.about.com/cs/marketing/g/nichemarket.htm>
- <http://www.seroundtable.com/archives/001164.html>
- <http://www.ssrn.com>
- <http://statline.cbs.nl/StatWeb/table.asp?STB=T&LA=nl&DM=SLNL&PA=70655ned&D1=a&D2=0&D3=a&HDR=G1,G2>
- <http://www.thuiswinkel.org>
- <http://www.thuiswinkel.org/onderdeel/thuiswinkelbiz/nieuwsarchief.asp?zoek=verschuiwing&navid=5&chkMarketing=1&chkOnderzoek=1&nieuwsItem=5196>
- http://www.twinklemagazine.nl/onderwerpen/doorsturen_artikel.asp?subnavId=4&id=2154
- <http://www.unethicalaffiliates.com>
- <http://webwereld.nl/articles/44189/opta--in-2007-eerste-boetes-voor-verspreiding-spyware.html>¹⁶⁵

Rechtspraak:

- HvJ 6 november 2003, zaak C-243/01 (Gambelli)
- HR 22 maart 2002, LJN AD9138 (NVM/EI Cheapo)
- Rb Arnhem 2 juni 2004, LJN AP0418 (Ladbrokes III)
- LJN: AA6826, Rechtbank Rotterdam, 139609/KG ZA 00-846, 22 augustus 2000, m.nt. K. Koelman (Kranten.com)
- LJN: AE4427, Rechtbank Amsterdam, KG 02/1073 OdC, 20 juni 2002 (Indymedia/Deutsche Bahn)

¹⁶⁵ Alle internetbronnen zijn laatstelijk bezocht op 16-08-08.

Europese regelgeving:

- Richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178).
- Verdrag inzake de bestijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Boedapest, 23-11-2001 („Cybercrime Verdrag”) (ETS nr. 185).
- Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (*PbEG* 2005, L 149).

Wetgeving:

Burgerlijk Wetboek

Telecommunicatiewet

Wet op de Kansspelen

Parlementaire stukken:

Kamerstukken I 2007/08, 30 362

Kamerstukken II 1998/99, 24 557, nr. 28

Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3

Kamerstukken II 2005/06, 30 362, nr. 3

Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 2

Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3