

# Browsen: hoe zit het met het bekijken van een website met ‘illegale’ publicaties?

Wieke During\*

De beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) van 5 juni 2014 in de Meltwater-zaak<sup>1</sup> heeft voor velen niet tot een verrassend resultaat geleid.<sup>2</sup> Het Hof kwam in deze zaak tot de conclusie dat de reproducties die automatisch worden gegenereerd op het moment dat een gebruiker een website bezoekt, kwalificeren als een tijdelijke reproductie en daarmee zonder de toestemming van de rechthebbende mogen worden gemaakt.<sup>3</sup> Een praktische uitkomst, aangezien dagelijks vele miljoenen mensen een website bezoeken en in dat kader dus automatisch vele miljoenen kopieën worden gemaakt.<sup>4</sup> De prejudiciële vraag in deze zaak ziet echter alleen op het bekijken van websites waar met toestemming van de rechthebbende auteursrechtelijk beschermd werk op is geplaatst. Dat laat de vraag onbeantwoord of je als gebruiker inbreuk maakt op het auteursrecht van de rechthebbende in het geval je een website met ‘illegale’ content bezoekt. In dit artikel wordt geprobeerd om het antwoord op die vraag in te vullen naar analogie van de beslissing van het Hof in de Meltwater-zaak.

## 1. Meltwater

De prejudiciële vraag in deze zaak is ingediend in het kader van een geding tussen Public Relations Consultants Association Ltd (hierna: PRCA) en Newspaper Licensing Agency Ltd e.a. (hierna: NLA) ten aanzien van de mediamonitoringdienst die wordt aangeboden door het concern Meltwater (hierna: Meltwater). NLA is een door krantenuitgevers opgericht orgaan dat bevoegd is om collectieve licenties met betrekking tot de inhoud van kranten te verlenen. PRCA is een organisatie van public relations professionals en haar leden maken gebruik van de Meltwater News dienst. Via Meltwater News kunnen zakelijke klanten zoekwoorden opgeven en vervolgens ontvangen zij van Meltwater een overzicht met samenvattingen van publicaties die deze zoekwoorden bevatten. In deze zaak wordt ervan uitgegaan dat in de samenvatting (eventueel samen met de titel) de auteursrechtelijk beschermde trekken van de publicatie zijn overgenomen en voor het reproduceren van de samenvatting dus in beginsel de toestemming van de rechthebbende is vereist.<sup>5</sup> De procedure spitst zich toe op de vraag of voor het bekijken van de samenvatting (hierna: het werk) op de website van Meltwater een licentie van NLA is vereist, aangezien er bij het bekijken automatisch een kopie van die website (inclusief het werk) op het beeldscherm wordt weergegeven en een kopie in het cachegeheugen van de computer wordt geplaatst.<sup>6</sup> Een licentie zou niet nodig zijn in het geval de kopieën kwalificeren als een tijdelijke reproductie, zoals geregeld in art. 5 lid 1 Auteursrechtrichtlijn.

## 2. De Engelse procedures

In eerste instantie en appel wordt beslist dat de klanten van Meltwater een licentie van NLA nodig hebben voor het bekijken van de werken op de website van Meltwater. De gebruiker maakt namelijk de keuze om een website te bezoeken en de reproducties die daarmee zijn gemoeid komen dus op zijn initiatief tot stand. De beperking van de tijdelijke reproductie zou hierdoor niet van toepassing kunnen zijn.<sup>7</sup> Zoals hieronder nader wordt besproken, komt het Supreme Court tot een andere conclusie. Dit komt omdat ten tijde van de voorgaande beslissingen de uitspraken van het Hof in de zaken Infopaq II<sup>8</sup> en Premier League<sup>9</sup> nog niet beschikbaar waren en het Supreme Court de uitleg die in deze zaken over de tijdelijke reproductie wordt gegeven wel tot zijn beschikking heeft. Daarnaast realiseert het Supreme Court ook dat de procedure weliswaar ziet op een zakelijk geschil, maar de uitspraak voor een veel grotere kring gevolgen kan hebben.<sup>10</sup> Er worden namelijk niet alleen bij het bezoeken van de website van Meltwater automatisch kopieën gegenereerd, maar er worden ook automatisch kopieën aangemaakt

\* Mevr. mr W.G.L. During is advocaat bij Bird & Bird te Den Haag.

1. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater).
2. Zie voor andere reacties: Eleonora Rosati, ‘*BREAKING NEWS: CJEU says that you can keep browsing the internet without (copyright owners’) permission*’, via [www.ipkitten.blogspot.com](http://www.ipkitten.blogspot.com), Mark Richardson, ‘*CJEU hands down Meltwater Decision – in-depth analysis*’, via [www.ipcopy.wordpress.com](http://www.ipcopy.wordpress.com), Micha Schimmel, ‘*Surfen is geen auteursrechtinbreuk (go figure...)*’, via [www.solv.nl](http://www.solv.nl) en Joshy Thomas, ‘*Internet Browsers rest easy – but the CJEU’s answer to Meltwater was there all along*’, via [www.blogs.lexisnexis.co.uk/wipit](http://www.blogs.lexisnexis.co.uk/wipit).
3. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 63.
4. Zie voor een maandelijkse reportage van internetconsumptie [www.vinex.nl](http://www.vinex.nl).
5. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 4, NLA v PRCA [2011] EWCA Civ 890, r.o. 29 en NLA v PRCA [2010] EWHC 3099 (Ch), r.o. 85 en 102.
6. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 4, NLA v PRCA [2011] EWCA Civ 890, r.o. 30 en NLA v PRCA [2010] EWHC 3099 (Ch), r.o. 6 en 22.
7. NLA v PRCA [2010] EWHC 3099 (Ch), r.o. 148 en NLA v PRCA [2011] EWCA Civ 890, r.o. 35.
8. HvJ EU 17 januari 2012, C-302/10 (Infopaq II).
9. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League).
10. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 4 en 38.

bij het bezoeken van iedere andere website. De uitspraak is aldus van belang voor alle internetgebruikers die op enig moment een willekeurige website bezoeken.

### 3. De beperkte prejudiciële vraag

Het Supreme Court acht het noodzakelijk om ten aanzien van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn uitleg te vragen aan het Hof, omdat het internet een grensoverschrijdend karakter heeft en diens gevolg heeft deze rechtsvraag dat ook. Het is belangrijk dat de beperking uniform wordt toegepast.<sup>11</sup> Volgens art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn is een reproductie-handeling van het in art. 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd op voorwaarde dat zij:

- tijdelijk is;
- van voorbijgaande of incidentele aard is;
- een integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé vormt;
- wordt toegepast met als enig doel de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken; en
- geen zelfstandige economische waarde bezit.

Met name gelet op het feit dat de kopie in het cachegeheugen enige tijd na het browsen blijft bestaan en de kopie op het beeldscherm pas wordt verwijderd bij het beëindigen van de browsesessie, is het niet zeker of aan alle voorwaarden wordt voldaan.<sup>12</sup> Met het oog op deze vragen maakt het Supreme Court de keuze om ten aanzien van het browsen uitleg te vragen over de eerste drie voorwaarden die de bepaling van de tijdelijke reproductie bevat. Hiermee ziet de vraagstelling op de uitleg van de begrippen 'tijdelijk', 'van voorbijgaande of incidentele aard' en 'integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé'.

In het onderhavige geval was het niet noodzakelijk om vragen te stellen over de overige voorwaarden van de tijdelijke kopie. De werken waren namelijk moet toestemming van de rechthebbenden op het internet gepubliceerd en volgens het Supreme Court was er door het Hof in de Premier League-zaak voldoende uitleg gegeven over de vijfde voorwaarde.<sup>13</sup> Dat laat echter onverlet dat vanuit een breder perspectief gezien door het Hof een interessante vraag kan worden beantwoord, wanneer er uitleg wordt gegeven over alle voorwaarden van de tijdelijke reproductie.

Zoals opgemerkt, waren in deze zaak de werken met toestemming van de rechthebbenden gepubliceerd, maar dat is op het internet niet altijd het geval. Er zijn namelijk ook websites die een gemixt aanbod hebben en websites die zich niks aantrekken van een gebrek aan toestemming voor hetgeen zij publiceren. Maar maak je nu als gebruiker inbreuk op de auteursrechten van de rechthebbende, indien je een website bezoekt waar bijvoorbeeld films en tv-series uit ongeoorloofde bron kunnen worden bekeken en bij het gebruik van die website kopieën van die werken op je beeldscherm en in je cachegeheugen worden gemaakt? Sinds april dit jaar weten we dat downloaden uit ongeoorloofde bron niet is toegestaan, maar hoe zit het met streamen uit ongeoorloofde bron?<sup>14</sup> In deze bijdrage wordt bekeken of hierover uit de Meltwater-beslissing van het Hof meer duidelijkheid volgt. Gelet op de beperkte prejudiciële vraag komen niet alle aspecten van deze vraag in de Meltwater-beslissing aan bod en daarom worden de zaken Infopaq (I & II) en Premier League ook nader bekeken.

### 4. De beslissing van het Hof van Justitie nader bekeken

Zoals opgemerkt is er voor de kopieën die automatisch worden gegenereerd bij browsen geen toestemming nodig, in het geval deze kopieën kwalificeren als een tijdelijke reproductie, zoals geregeld in art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof moeten de voorwaarden van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn beperkt worden uitgelegd, aangezien deze vrijstelling afwijkt van de algemene regel dat voor elke reproductie toestemming van de rechthebbende is vereist.<sup>15</sup> Uit eerdere beslissingen volgt ook dat de vrijstelling de ontwikkeling en de werking van nieuwe technologieën mogelijk moet maken en waarborgen en daarbij moet zorgen voor een rechtvaardig evenwicht tussen de belangen van de rechthebbenden en gebruikers van beschermde werken die gebruik willen maken van die technologieën.<sup>16</sup>

#### Tijdelijk en van voorbijgaande of incidentele aard

De eerste voorwaarde van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn is dat de kopie tijdelijk moet zijn. De kopie op het beeldscherm wordt gewist op het moment dat de gebruiker de website verlaat en de kopie in het cachegeheugen wordt na verloop van tijd verdrongen door andere gegevens. Het Hof komt tot de logische conclusie dat de kopieën daardoor tijdelijk zijn en daarmee aan de eerste voorwaarde voldoen.<sup>17</sup> Deze conclusie is niet anders in het geval een website wordt bekeken waar werken zonder de toestemming van de rechthebbende op zijn gepubliceerd.

De tweede voorwaarde is dat de kopie slechts van voorbijgaande of incidentele aard mag zijn. De kopie op het beeldscherm wordt automatisch gewist op het moment dat het venster wordt afgesloten en daarmee is de levensduur van de kopie beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het procedé. In Infopaq I is besloten dat vanwege de rechtszekerheid voor de rechthebbende het wissen van de reproductie niet afhankelijk mag zijn van menselijke tussenkomst.<sup>18</sup> Bij de kopie op het beeldscherm is dat niet het geval, omdat deze automatisch wordt gewist op het moment dat de browser wordt afgesloten. Hierbij maakt het volgens het Hof niet uit dat de kopie blijft bestaan zolang de website is geopend. Het procedé (het browsen) is dan immers nog niet beëindigd.<sup>19</sup> De AG heeft in zijn conclusie bij Infopaq I voorgesteld dat het bij deze voorwaarde slechts zou mogen gaan om reproducties met een zeer korte levensduur, maar het Hof volgt deze uitleg niet en hanteert ten aanzien van de levensduur dus de maatstaf dat deze is beperkt tot 'hetgeen noodzakelijk is voor het technisch procedé'.<sup>20</sup>

11. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 38.

12. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 38.

13. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 27. De uitleg van het Hof ten aanzien van de vijfde voorwaarde zal verderop in dit artikel worden besproken.

14. HvJ EU 10 april 2014, C-435/12 (ACI Adam/ThuisKopie).

15. HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (Infopaq I), r.o. 56.

16. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 164.

17. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 26.

18. HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (Infopaq I), r.o. 62.

19. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 44-46.

20. HvJ EU 12 februari 2009, C-5/08, Concl. A-G (Infopaq I), r.o. 81.

Omdat de kopie in het cachegeheugen van de computer niet wordt gewist op het moment dat de browsersessie wordt verlaten, laat het Hof in het midden of die kopie van voorbijgaande aard is en bekijkt of deze incidenteel kan zijn.<sup>21</sup> In tegenstelling tot het begrip 'van voorbijgaande aard', is het begrip 'van incidentele aard' nog niet eerder door het Hof besproken.<sup>22</sup> Het Hof beslist dat een kopie van incidentele aard is wanneer de kopie niet autonoom is en er geen eigen doel mee wordt nagestreefd.<sup>23</sup> Aangezien de kopie niet buiten het cachegeheugen om kan worden gebruikt, zal deze volgens het Hof geen autonome waarde bezitten en is daarmee aan deze voorwaarde voldaan.<sup>24</sup> Ook deze voorwaarde wordt niet anders op het moment dat de kopie wordt gemaakt bij het bezoeken van een website waar zonder de toestemming van de rechthebbende een werk op is gepubliceerd.

#### *Technisch procedé*

De derde voorwaarde is dat de betrokken kopieën een integraal en essentieel onderdeel moeten vormen van een technisch procedé, waarbij het cumulatieve voorwaarden zijn dat de reproductiehandelingen volledig in het kader van het procedé worden toegepast en voorts dat het verrichten van die reproductiehandelingen noodzakelijk is. Zowel de kopie op het beeldscherm als de kopie in het cachegeheugen worden gemaakt tijdens het technisch procedé 'browsen', en daarmee voldoen zij volgens het Hof aan het eerste onderdeel.<sup>25</sup> Waar de Engelse rechters in eerste aanleg en appel bezwaar hadden tegen het feit dat het technisch procedé op gang wordt gebracht op initiatief van menselijk handelen, herhaalt het Hof haar standpunt uit Infopaq dat de bepaling zich daar niet tegen verzet.<sup>26</sup>

Ten aanzien van de kopie op het beeldscherm is het duidelijk dat deze noodzakelijk is voor het technisch procedé, want zonder de weergave op het scherm wordt het lastig om de website te bekijken.<sup>27</sup> Ten aanzien van de kopie in het cachegeheugen is minder eenvoudig vast te stellen of deze noodzakelijk is, maar het Supreme Court heeft in haar vraagstelling al aangegeven dat het browsen minder doeltreffend zou zijn en niet naar behoren zou functioneren wanneer de kopieën in het cachegeheugen niet zouden worden gemaakt.<sup>28</sup> Volgens het Supreme Court is het namelijk wel mogelijk om software te ontwikkelen waardoor bij het browsen geen internetcachegeheugen wordt gebruikt, maar het resultaat daarvan zou zijn dat de huidige stand van de techniek dan het internetverkeer niet aan zou kunnen.<sup>29</sup> Blijkbaar is het doeltreffend laten functioneren van een procedé voldoende om als essentieel te worden aangemerkt. Hetzelfde kan gelden in het geval de reproducties worden gemaakt bij het bekijken van een website met inhoud uit ongeoorloofde bron.

#### *Rechtmatig gebruik*

De tijdelijke kopie mag ook slechts worden toegepast met het enige doel om de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken. Deze voorwaarde wordt door het Hof niet besproken in de Meltwater zaak, maar is reeds aan de orde gekomen in de vergelijkbare zaken Infopaq II en Premier League.<sup>30</sup> Ten aanzien van platforms met *user generated content* zou kunnen worden betoogd dat het technisch procedé wordt toegepast om doorgifte in een netwerk mogelijk te maken. Het platform maakt als tussenpersoon na-

melijk mogelijk dat aan de ene kant een persoon een werk op het internet beschikbaar maakt en aan de andere kant dat derden het werk kunnen bekijken. Ten aanzien van de Richtlijn Elektronische handel wordt het begrip tussenpersoon ruim opgevat, in die zin dat er ook onlineplatforms onder kunnen vallen.<sup>31</sup>

Het is echter de vraag of de vierde voorwaarde van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn ook zo ruim kan worden geïnterpreteerd. Door uitgevers die zelf de inhoud van hun website samenstellen, kan geen beroep worden gedaan op deze voorwaarde en daarvoor moet worden gekeken of de tijdelijke kopieën in dat geval rechtmatig gebruik van het werk mogelijk maken. In de conclusie bij Infopaq I is opgemerkt dat er bij het beantwoorden van deze vraag onderscheid moet worden gemaakt tussen de reproductie en het gebruik dat daarmee mogelijk wordt gemaakt.<sup>32</sup>

Het gebruik is voorts rechtmatig op het moment dat de rechthebbende het gebruik heeft toegestaan of toestemming voor dat gebruik niet nodig is. In dit geval maken de kopieën op het beeldscherm en in het cachegeheugen het mogelijk om de website te bezoeken en te lezen. Het enkele genot van een werk, zoals het lezen en bekijken, wordt van oudsher geacht niet onder het exclusieve recht van de rechthebbende te vallen. Voor dit rechtmatige gebruik is derhalve geen toestemming van de rechthebbende nodig. Mijns inziens is die toestemming ook niet nodig in het geval het werk online wordt bekeken.<sup>33</sup>

#### *Geen zelfstandige economische waarde*

De laatste voorwaarde van art. 5 lid 1 is dat de reproductie geen economische zelfstandige waarde mag bezitten. Deze voorwaarde is ook niet in de Meltwater-zaak besproken, maar kwam wel in de zaak Premier League aan bod.<sup>34</sup> De tijdelijke kopieën worden gemaakt om een werk te bekijken en daarmee wordt toegang verschaft tot het werk. Aangezien het werk een economische waarde heeft, heeft ook de toegang daartoe noodzakelijkerwijs een economische waarde.<sup>35</sup> Het betreft echter de vraag naar een zelfstandige waarde en dat wil zeggen dat er een extra waarde moet zijn bovenop

21. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 48.
22. In beide Infopaq-zaken en in Premier League zag de uitleg van het Hof op het begrip 'van voorbijgaande aard' uit art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn.
23. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 43.
24. HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (Infopaq I), r.o. 49.
25. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 29.
26. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 30 en 31.
27. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 36.
28. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 34.
29. PRCA v NLA [2013] UKSC 18, r.o. 2.
30. HvJ EU 17 januari 2012, C-302/10 (Infopaq II) en HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 167-173.
31. Vb. Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (Stokke/Marktplaats).
32. HvJ EU 12 februari 2009, C-5/08, Concl. A-G (Infopaq I), r.o. 67.
33. Vgl. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 171.
34. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 174-179.
35. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 174.

de waarde van de toegang tot het werk.<sup>36</sup> In beginsel kunnen de kopieën op het beeldscherm en in het cachegeheugen niet voor een ander doel worden gebruikt dan voor het browsen. Dit is niet anders in het geval het werk uit ongeoorloofde bron komt en daarmee is aan deze voorwaarde voldaan.

### Driestappentoets

Behalve aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 moet de beperking ook voldoen aan de driestappentoets die is neergelegd in lid 5 van dat artikel. De driestappentoets houdt in dat een beperking op het reproductierecht slechts in bepaalde bijzondere gevallen mag worden toegepast, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken en de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk worden geschaad. Opvallend is dat het Hof in de zaken Infopaq en Premier League het niet nodig vond om de drie stappen apart te bespreken en dat in deze beslissing wel doet. Daarnaast kiest het Hof ervoor om de stappen in een andere volgorde te bespreken en haar overweging ten aanzien van de tweede stap bouwt voort op hetgeen zij daarvoor onder de derde stap heeft besproken. Een interessante keuze, maar aangezien het Hof deze keuze niet toelicht is het de vraag of deze wijze in de toekomst ook zal worden toegepast.

Het Hof beslist ten aanzien van de eerste stap dat de kopieën uitsluitend worden gemaakt om de internetsite te raadplegen en daarom een bijzonder geval vormen.<sup>37</sup> Er wordt geen nadere onderbouwing gegeven waarom het raadplegen een bijzonder geval vormt en hierdoor blijft het onduidelijk welke argumenten hierbij zijn meegewogen. Is het raadplegen een bijzonder geval omdat hiermee in het kader van vrije nieuwsgaring een belangrijk grondrecht kan worden genomen? En zo ja, wordt dit anders in het geval het om het raadplegen van een werk uit onrechtmatige bron gaat? Of betreft het een bijzonder geval omdat het raadplegen van oudsher wordt geacht niet onder het exclusieve recht van de rechthebbende te vallen en dit ook niet in de digitale omgeving het geval zou moeten zijn? En zo ja, wordt dit anders in het geval het om het raadplegen van een werk uit onrechtmatige bron gaat, terwijl dit in de analoge omgeving niet uitmaakt? Uit de beslissing kan in ieder geval worden geconcludeerd dat er sprake kan zijn van een bijzonder geval, ondanks dat er zeer grote aantallen kopieën mee zijn gemoeid. Bij het bezoeken van een website met 'illegale' content kan dezelfde lijn worden gevolgd omdat de tijdelijke reproducties ook in dat geval slechts worden gemaakt om de website te raadplegen.

Het Hof behandelt vervolgens de derde stap en komt tot de conclusie dat de wettige belangen van de betrokken auteursrechthebbenden naar behoren zijn beschermd.<sup>38</sup> De rechthebbenden hebben namelijk de uitgevers van de websites toestemming gegeven om de werken op het internet beschikbaar te maken. Aangezien de uitgevers van de website al toestemming hebben verkregen voor de mededeling aan het publiek, zou het volgens het Hof niet gerechtvaardigd zijn om te eisen dat de gebruikers vervolgens ook nog eens toestemming moeten krijgen om die mededeling aan het publiek te ontvangen.<sup>39</sup>

De uitgever van een website die zonder de toestemming van de rechthebbende een werk publiceert, schaadt uiteraard de wettige belangen van die rechthebbende. Het online beschikbaar maken van een werk kwalificeert namelijk als een mededeling aan het publiek en daarvoor is de toestemming

van de rechthebbende nodig.<sup>40</sup> Een strikte lezing van hetgeen het Hof ten aanzien van de derde stap heeft overwogen zou ertoe leiden dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad op het moment dat de uitzondering van de tijdelijke reproductie wordt toegepast voor het bekijken van een website met 'illegale' content. Het Hof heeft eerder dit jaar ten aanzien van de beperking voor de privékopie overwogen dat deze niet van toepassing kan zijn op werken uit ongeoorloofde bron, onder meer omdat dit een ongerechtvaardigd nadeel voor de rechthebbende kan opleveren.<sup>41</sup>

Er zou echter betoogd kunnen worden dat de wettige belangen van de rechthebbende voldoende zijn gewaarborgd, omdat deze de partij kan aanspreken die de mededeling aan het publiek mogelijk maakt en zodoende kan tegengaan dat het werk wordt bekeken. In het geval dat de uitgever zelf de keuze maakt om content uit ongeoorloofde bron te publiceren, zou kunnen worden gesteld dat de rechthebbende via een rechterlijk verbod een voldoende wapen heeft om op te komen tegen het nadeel dat wordt geleden. Op het moment dat de website slechts een platform is en niet zelf bepaalt welke content er wordt gepubliceerd, moet de rechthebbende daarentegen vaak genoegen nemen met een *notice and takedown* beleid, omdat de daadwerkelijke inbreukmakers lastig te achterhalen zijn.<sup>42</sup> In het geval dat ook het platform niet wil meewerken aan het verwijderen van de illegale content, zou de rechthebbende de internet service provider kunnen aanspreken om de website ontoegankelijk te maken, maar in de praktijk blijkt dit niet altijd een effectief wapen te zijn.<sup>43</sup> Of de wettige belangen van de rechthebbende met de bovenstaande mogelijkheden voldoende zijn beschermd blijkt aldus een lastig vraagstuk en alleen nadere uitleg van het Hof zal hierover duidelijkheid kunnen verschaffen. Tot slot beslist het Hof in het kader van de tweede stap dat het raadplegen van de internetsites door middel van browsen een normale exploitatie van de werken vormt die gebruikers in staat stelt in het bezit te komen van de mededeling aan het publiek. Aangezien het maken van de betrokken kopieën een onderdeel vormt van dat raadplegen, kan het geen afbreuk doen aan een dergelijke exploitatie van de werken.<sup>44</sup> De uitleg van het Hof ten aanzien van de tweede stap hangt samen met de uitleg van de derde stap en hierbij wordt er van uitgegaan dat het werk met toestemming van de rechthebbende op het internet is geplaatst. Het is de vraag of slechts in dat geval geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de rechthebbende.

36. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League), r.o. 175.

37. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 55.

38. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 56-58.

39. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 59.

40. Art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn.

41. HvJ EU 10 april 2014, C-435/12 (ACI Adam/ThuisKopie), r.o. 40.

42. L.A.R. Siemerink, 'IE(-rechten), P2P en ISP: handhaving van auteursrechten op internet nog mogelijk?', *MvV* 2008, nr 7/8, p. 179.

43. The Pirate Bay is bijvoorbeeld nog steeds online toegankelijk.

44. HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13 (Meltwater), r.o. 61.

## 5. Conclusie

Het Hof komt in de Meltwater-zaak tot de conclusie dat de kopieën die worden gemaakt op het beeldscherm en in het cachegeheugen van de computer op het moment dat een website wordt bekeken, kwalificeren als een tijdelijke reproductie in de zin van art. 5 lid 1 Auteursrechtlijn. De beslissing geeft echter slechts duidelijkheid ten aanzien van een gedeelte van de kopieën die automatisch worden gegenereerd bij het browsen, omdat er in deze zaak van uit werd gegaan dat de werken met toestemming van de rechthebbenden op het internet zijn gepubliceerd. Wanneer de vraag of er ook met succes een beroep kan worden gedaan op de beperking van de tijdelijke reproductie in het geval een website met 'illegale' inhoud wordt bezocht tegen het licht van deze uitspraak wordt gehouden, dan lijkt de uitleg van het Hof ten aanzien van de driestappentoets zich daartegen te verzetten. Hierbij is het belangrijkste discussiepunt of de wettige belangen van de rechthebbende voldoende zijn beschermd, in het geval de kopieën die automatisch worden gegenereerd bij het bekijken van content uit ongeoorloofde bron door middel van de tijdelijke kopie zijn uitgezonderd van het exclusieve recht van de rechthebbende. Om hierover zekerheid te krijgen, is mijns inziens nadere uitleg van het Hof noodzakelijk.