

## Het plaatsen op een website van een hyperlink naar auteursrechtelijk beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende zijn gepubl...

HvJ EU 08-09-2016, ECLI:EU:C:2016:644, m.nt. A.R. Lodder (GS Media)

|                |  |
|----------------|--|
| Instantie      | Hof van Justitie van de Europese Unie  |
| Datum          | 8 september 2016   |
| Magistraten    | Mrs. M. Ilešič, C. Toader, A. Rosas, A. Prechal, E. Jarašiūnas   |
| Zaaknummer     | C-160/15   |
| Noot           | A.R. Lodder  |
| Roepnaam       | GS Media   |
| Folio weergave | <a href="#">Download gedrukte versie (PDF)</a>   |
| Vakgebied(en)  | EU-recht (V)   |
| Brondocumenten | ECLI:EU:C:2016:644, Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie, 08-09-2016;<br>ECLI:EU:C:2016:221, Conclusie, Hof van Justitie van de Europese Unie (Advocaat-Generaal), 07-04-2016; |

## Essentie

**Het plaatsen op een website van een hyperlink naar auteursrechtelijk beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende zijn gepubliceerd op een andere website, vormt geen “mededeling aan het publiek” wanneer de plaatser van deze link dit doet zonder winstoogmerk en zonder te weten dat de publicatie van deze werken illegaal was.**

## Partij(en)

In zaak C-160/15,<sup>1</sup>

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij beslissing van 3 april 2015, ingekomen bij het Hof op 7 april 2015, in de procedure

GS Media BV

tegen

Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

# Uitspraak

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. Ilešič (rapporteur), kamerpresident, C. Toader, A. Rosas, A. Prechal en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 februari 2016,

gelet op de opmerkingen van:

- GS Media BV, vertegenwoordigd door R. Chavannes en D. Verhulst, advocaten,
- Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. en Britt Geertruida Dekker, vertegenwoordigd door C. Alberdingk Thijm en C. de Vries, advocaten,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en D. Kuon als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Segoin, D. Colas en G. de Bergues als gemachtigden,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en T. Rendas als gemachtigden,
- de Slowaakse regering, vertegenwoordigd door B. Ricziová als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door F. Wilman, T. Scharf en J. Samnadda als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 april 2016,  
het navolgende

## Arrest

1

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10).

2

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen GS Media BV enerzijds en Sanoma Media Netherlands BV (hierna: 'Sanoma'), Playboy Enterprises International Inc. en Britt Geertruida Dekker (hierna tezamen: 'Sanoma e.a.') anderzijds, over de plaatsing op de door GS Media beheerde website GeenStijl.nl (hierna: 'site GeenStijl'), van hyperlinks naar andere sites, via welke foto's konden worden bekeken die gemaakt waren van Dekker voor het tijdschrift *Playboy* (hierna: 'betrokken foto's').

## Toepasselijke bepalingen

De overwegingen 3, 4, 9, 10, 23 en 31 van richtlijn 2001/29 luiden:

- “(3) De voorgestelde harmonisatie zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom — met inbegrip van de intellectuele eigendom — de vrije meningsuiting en het algemeen belang.
- (4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. [...]
- [...]
- (9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. [...]
- (10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. [...] Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.
- [...]
- (23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. [...]
- [...]
- (31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...]”

#### 4

Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

- “1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

[...]

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.”

## 5

In artikel 5, leden 3 en 5, van voornoemde richtlijn wordt bepaald:

- “3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:  
[...]  
c)  
weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen of uitzendingen of ander materiaal van dezelfde aard, in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, of het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voor zover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en, voor zover, de bron — waaronder de naam van de auteur — wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;  
[...]
5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.”

## Hoofding en prejudiciële vragen

### 6

De betrokken foto's, die moesten verschijnen in de decembereditie van 2011 van het tijdschrift *Playboy*, werden op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma, de uitgever van dat tijdschrift, vervaardigd door de fotograaf C. Hermès. Binnen dit kader heeft Hermès aan Sanoma het uitsluitende recht verleend om deze foto's in voornoemd tijdschrift te publiceren. Ook heeft hij Sanoma toestemming verleend om de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen.

### 7

GS Media beheert de site *GeenStijl*, waarop, volgens de door die site verstrekte inlichtingen, “nieuwsfeiten, schandelijke onthullingen en journalistiek onderzoek elkaar af[wisselen] met luchtige onderwerpen en prettig gestoorde onzin”. De site wordt elke dag bezocht door meer dan 230 000 bezoekers en behoort daarmee tot de tien best bezochte actualiteitensites van Nederland.

### 8

Op 26 oktober 2011 ontving de redactie van de site *GeenStijl* van een persoon die gebruikmaakte van

een pseudoniem een bericht dat een hyperlink bevatte naar een bestand op de website Filefactory.com (hierna: 'site Filefactory'), een Australische site voor dataopslag. Dat bestand bevatte de betrokken foto's.

**9**

Sanoma heeft diezelfde dag de moedermaatschappij van GS Media gesommeerd te verhinderen dat de betrokken foto's op de site GeenStijl werden verspreid.

**10**

Op 27 oktober 2011 werd op de site GeenStijl met betrekking tot deze foto's van Dekker een artikel geplaatst met als titel: "[...]! Naaktfotoos [van] Britt Dekker", in de marge waarvan een deel van een van de foto's was opgenomen en dat eindigde met de tekst: "En dan nu het linkje met de pics waar u op zat te wachten". Door te klikken op een in die tekst geplaatste hyperlink werden internetgebruikers doorgeleid naar de site Filefactory, waarop een andere hyperlink hen in staat stelde elf bestanden te downloaden, die elk een van de foto's bevatten.

**11**

Diezelfde dag heeft Sanoma de moedermaatschappij van GS Media een e-mail gestuurd waarin zij deze sommeert te bevestigen dat de hyperlink naar de betrokken foto's van de site GeenStijl was verwijderd. GS Media heeft aan deze sommatie geen enkel gevolg gegeven.

**12**

Van de site Filefactory zijn de betrokken foto's daarentegen op verzoek van Sanoma wel verwijderd.

**13**

Bij brief van 7 november 2011 heeft de raadsman van Sanoma e.a. GS Media gesommeerd het artikel van 27 oktober 2011, met inbegrip van de hyperlink, de foto's die deze bevatte en de op dezelfde pagina van de site GeenStijl geplaatste reacties van internetgebruikers, van die site te verwijderen.

**14**

Diezelfde dag werd op de site GeenStijl een artikel geplaatst over het geschil tussen GS Media en Sanoma e.a. over de betrokken foto's. Dat artikel eindigde met de zin: "Update: naaktpics [van Dekker] nog niet gezien? Ze staan HIERRR". Dit bericht bevatte eveneens een hyperlink, en wel naar de website Imageshack.us, waar een of meer van de betrokken foto's zichtbaar waren. Ook de beheerder van die website heeft echter later voldaan aan het verzoek van Sanoma om deze foto's te verwijderen.

**15**

Op 17 november 2011 verscheen op de site GeenStijl een derde artikel, getiteld: "Bye Bye Zwaai Zwaai Playboy", dat opnieuw een hyperlink naar de betrokken foto's bevatte. Vervolgens plaatsten internetgebruikers die het forum van die site bezochten nieuwe links naar andere websites waarop de betrokken foto's te zien waren.

**16**

In december 2011 werden de betrokken foto's gepubliceerd in het tijdschrift *Playboy*.

## 17

Sanoma e.a. hebben GS Media gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam, waarbij zij met name stellen dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks en van een uitsnede van een van de betrokken foto's op de site GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès en onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma e.a. De rechtbank Amsterdam heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.

## 18

Het gerechtshof Amsterdam heeft die beslissing vernietigd, daar het van oordeel was dat GS Media, door het plaatsen van de hyperlinks op de site GeenStijl, geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès omdat de betrokken foto's, door het online plaatsen ervan op de site Filefactory, al eerder openbaar waren gemaakt. Het heeft evenwel geoordeeld dat GS Media door het plaatsen van deze hyperlinks onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma e.a., aangezien de bezoekers van GeenStijl aldus werden aangespoord om de illegaal op de site Filefactory geplaatste foto's te bekijken. Zonder deze links zouden de foto's niet gemakkelijk te vinden zijn geweest. Bovendien oordeelde het gerechtshof Amsterdam dat GS Media door het plaatsen van een uitsnede van een van de betrokken foto's op de site GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès.

## 19

GS Media heeft tegen dat arrest beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

## 20

Sanoma e.a. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld, in het kader waarvan zij met name verwijzen naar het arrest van 13 februari 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), waarbij zij stellen dat het feit dat aan internetgebruikers een hyperlink ter beschikking wordt gesteld naar een website waarop een werk is geplaatst zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op dat werk, een mededeling aan het publiek vormt. Sanoma e.a. betogen bovendien dat de toegang tot de betrokken foto's op de site Filefactory werd beschermd door beperkingsmaatregelen in de zin van dat arrest, welke door de interventie van GS Media en haar site GeenStijl door de internetgebruikers konden worden omzeild, zodat deze foto's beschikbaar werden gesteld aan een ruimer publiek dan normaal gesproken toegang zou hebben gehad tot deze foto's op de site Filefactory.

## 21

In het kader van het onderzoek van dit incidentele cassatieberoep overweegt de verwijzende rechter dat noch uit het arrest van 13 februari 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), noch uit de beschikking van 21 oktober 2014, *BestWater International* (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315) met voldoende zekerheid kan worden afgeleid of er sprake is van een "mededeling aan het publiek" wanneer het werk daadwerkelijk eerder, maar zonder toestemming van de auteursrechthebbende, openbaar is gemaakt.

Eenzijds volgt, volgens de verwijzende rechter, uit deze rechtspraak van het Hof dat moet worden nagegaan of met de desbetreffende interventie een publiek wordt bereikt dat niet in de eerder door de rechthebbende gegeven toestemming begrepen moet worden geacht, hetgeen strookt met het exclusieve recht van de rechthebbende om het werk te exploiteren. Anderzijds wordt, indien een werk op internet reeds beschikbaar is voor het algemene publiek, met het plaatsen van een hyperlink naar de site waarop dit werk zich reeds bevindt, feitelijk geen nieuw publiek bereikt. Er dient bovendien rekening te worden gehouden met het feit dat via internet zeer veel werk te vinden is dat zonder toestemming van de rechthebbende is gepubliceerd. Voor de beheerder van een website is het niet steeds eenvoudig om, wanneer hij een hyperlink wil plaatsen die verwijst naar een site waarop een werk zich bevindt, na te gaan of de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de eerdere publicatie daarvan.

## 23

De verwijzende rechter merkt voorts op dat het incidentele cassatieberoep ook de vraag opwerpt onder welke voorwaarden kan worden gesproken van 'beperkingsmaatregelen' als bedoeld in het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76). Hij wijst er in dit verband op dat de betrokken foto's, voordat GS Media de hyperlink op de site GeenStijl plaatste, niet onvindbaar waren op internet, maar dat zij daar evenmin eenvoudig vindbaar waren, zodat het plaatsen van deze link op haar site de toegang tot deze foto's in hoge mate heeft gefaciliteerd.

## 24

Daarop heeft de Hoge Raad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- "1) a) Is sprake van een "mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende door middel van een hyperlink op een door hem beheerde website verwijst naar een door een derde beheerde, voor het algemene internetpubliek toegankelijke website, waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld?
- b) Maakt het daarbij verschil of het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?
- c) Is van belang of de 'hyperlinker' op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor de plaatsing van het werk op de bij 1.a genoemde website van de derde en, in voorkomend geval, van de omstandigheid dat het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?
- 2) a) Indien het antwoord op vraag 1.a ontkennend luidt: is in dat geval wel sprake van een mededeling aan het publiek, of kan daarvan sprake zijn, indien de website waarnaar de hyperlink verwijst, en daarmee het werk, voor het algemene internetpubliek weliswaar vindbaar is, maar niet eenvoudig, zodat het plaatsen van de hyperlink het vinden van het werk in hoge



mate faciliteert?

b)

Is bij de beantwoording van vraag 2.a van belang of de ‘hyperlinker’ op de hoogte is of behoort te zijn van de omstandigheid dat de website waarnaar de hyperlink verwijst voor het algemene internetpubliek niet eenvoudig vindbaar is?

- 3) Zijn er andere omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden bij beantwoording van de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek indien door middel van een hyperlink toegang wordt verschaft tot een werk dat niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

25

Met zijn drie vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of en onder welke omstandigheden het plaatsen, op een website, van een hyperlink naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

26

Binnen deze context vraagt hij zich met name af of het relevant is dat de betrokken werken nog niet met toestemming van die rechthebbende op een andere wijze zijn gepubliceerd, dat het verstrekken van deze hyperlinks het vinden van deze werken in hoge mate faciliteert — daar de website waarop deze voor alle internetgebruikers toegankelijk zijn niet eenvoudig vindbaar is — en dat de plaatser van deze hyperlinks kennis had, of moest hebben, van deze feiten, alsook van het feit dat die rechthebbende geen toestemming had gegeven voor de publicatie van de betrokken werken op laatstgenoemde site.

27

Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat auteurs het uitsluitende recht genieten de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

28

Krachtens deze bepaling beschikken auteurs dus over een recht van preventieve aard om te interveniëren tussen eventuele gebruikers van hun werk en de mededeling aan het publiek die deze gebruikers overwegen te doen, teneinde deze mededeling te verbieden (zie in die zin arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 75, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 30).

29



Aangezien artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 het begrip “mededeling aan het publiek” niet preciseert, moet voor de betekenis en de draagwijdte ervan rekening worden gehouden met de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen en met de context van de uit te leggen bepaling (zie in die zin arresten van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punten 33 en 34, en 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 184 en 185).

### 30

Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat uit de overwegingen 9 en 10 van richtlijn 2001/29 volgt dat deze als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen. Hieruit volgt dat aan het begrip “mededeling aan het publiek” een ruime betekenis moet worden gegeven, zoals overigens uitdrukkelijk vermeld staat in overweging 23 van die richtlijn (zie in die zin arresten van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 186, en 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU:C:2013:147, punt 20).

### 31

Tegelijkertijd volgt uit de overwegingen 3 en 31 van richtlijn 2001/29 dat de daardoor tot stand gebrachte harmonisatie beoogt, met name in de elektronische omgeving, een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de bescherming van hun door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: ‘Handvest’) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang.

### 32

Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, verbindt het begrip “mededeling aan het publiek” twee cumulatieve elementen met elkaar, namelijk een “handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een ‘publiek’ (arresten van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 16; 19 november 2015, SBS Belgium, C-325/14, EU:C:2015:764, punt 15, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 37).

### 33

Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip “mededeling aan het publiek” een geïndividualiseerde beoordeling vergt [zie arrest van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak, met betrekking tot het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*PB* 2006, L 376, blz. 28), welk begrip in die richtlijn dezelfde strekking heeft als in richtlijn 2001/29 (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 33)].

### 34

Bij een dergelijke beoordeling is het van belang rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast [arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 79; 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 30, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 35].

### 35

Van deze criteria heeft het Hof in de eerste plaats de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie benadrukt. Die gebruiker verricht namelijk een mededelingshandeling wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermd werk, met name daar deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk [zie in die zin arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 31].

### 36

In de tweede plaats heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip ‘publiek’ ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en overigens een vrij groot aantal personen impliceert [zie in die zin arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 33].

### 37

Bovendien volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat, om te kunnen spreken van een “mededeling aan het publiek”, een beschermd werk moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze, die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een ‘nieuw publiek’, dat wil zeggen een publiek dat door de houders van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 24, en beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

### 38

In de derde plaats heeft het Hof geoordeeld dat het niet zonder belang is te weten of met een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, winst wordt beoogd [zie in die zin arresten van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 204; 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 88, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 36].

### 39

Met name aan de hand van deze criteria dient te worden beoordeeld of, in een situatie zoals die in het hoofdgeding, het feit dat op een website een hyperlink is geplaatst naar beschermde werken die zonder

toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

#### 40

In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat het Hof in zijn arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus heeft uitgelegd dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij beschikbaar zijn op een andere website, geen “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt. Deze uitlegging werd ook gevolgd in de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315), met betrekking tot dergelijke hyperlinks die gebruikmaakten van de zogenoemde ‘framing-techniek’.

#### 41

Uit de motivering van die beslissingen blijkt evenwel dat het Hof zich daarmee enkel heeft willen uitspreken over de plaatsing van hyperlinks naar werken die met toestemming van de rechthebbende op een andere website vrij beschikbaar waren gesteld, aangezien het Hof tot de slotsom was gekomen dat er geen sprake was van een mededeling aan het publiek, daar de betrokken mededeling niet was gedaan aan een nieuw publiek.

#### 42

Binnen die context merkte het Hof op dat, aangezien de hyperlink en de website waarnaar deze verwijst volgens dezelfde technische werkwijze, namelijk via internet, toegang geven tot beschermd werk, een dergelijke link gericht moet zijn tot een nieuw publiek. Wanneer dat niet het geval is, met name omdat het werk reeds met toestemming van de auteursrechthebbenden voor het algemene internetpubliek vrij beschikbaar is op een andere website, kan die handeling niet worden aangemerkt als een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Aangezien dat werk vrij beschikbaar is op de website waartoe de hyperlink toegang verschaft, moet er immers vanuit worden gegaan dat de houders van het auteursrecht op dat werk, toen zij in die mededeling toestemden, het algemene internetpubliek als publiek beschouwden (zie in die zin arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., EU:C:2014:76, punten 24-28, en beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315, punten 15, 16 en 18).

#### 43

Bijgevolg kan noch uit het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), noch uit de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315) worden afgeleid dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij, doch zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op die werken, beschikbaar zijn gesteld op een andere website, in beginsel zou zijn uitgesloten van het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Integendeel, deze beslissingen bevestigen het belang van een dergelijke toestemming voor de toepassing van die bepaling, aangezien deze laatste nu juist bepaalt dat voor elke handeling bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek toestemming moet worden verleend door de auteursrechthebbende.

#### 44

GS Media, de Duitse, Portugese en Slowaakse regering en de Europese Commissie betogen evenwel dat indien elke plaatsing van dergelijke links naar op andere websites gepubliceerde werken automatisch als een “mededeling aan het publiek” zou worden aangemerkt wanneer de houders van het auteursrecht op die werken voor die plaatsing op internet geen toestemming hebben gegeven, dit sterk beperkende gevolgen zou hebben voor de vrijheid van meningsuiting en informatie, en het rechtvaardige evenwicht dat richtlijn 2001/29 tot stand beoogt te brengen tussen die vrijheid en het algemeen belang enerzijds, en een effectieve bescherming van hun intellectuele eigendom anderzijds, niet in acht zou nemen.

#### 45

Dienaangaande moet worden vastgesteld dat internet inderdaad van bijzonder belang is voor de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, en dat hyperlinks bijdragen tot de goede werking ervan, alsmede tot de uitwisseling van meningen en informatie binnen dat netwerk, dat wordt gekenmerkt door de beschikbaarheid van immense hoeveelheden informatie.

#### 46

Bovendien kan het, met name voor particulieren die dergelijke links willen plaatsen, moeilijk zijn om na te gaan of de website waar die links worden geacht naartoe te leiden, toegang geeft tot werken die worden beschermd en, in voorkomend geval, of de houders van auteursrechten op die werken toestemming hebben gegeven voor publicatie daarvan op internet. Een dergelijke verificatie kan nog moeilijker blijken te zijn wanneer deze rechten het voorwerp zijn van sublicenties. Verder kan de inhoud van een via een hyperlink toegankelijke website na de plaatsing van die link worden gewijzigd, en beschermde werken gaan bevatten zonder dat de plaatser van die hyperlink zich daarvan noodzakelijkerwijs bewust is.

#### 47

Voor de geïndividualiseerde beoordeling van het bestaan van een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet dan ook, wanneer een hyperlink naar een werk dat vrij beschikbaar is op een andere website, is geplaatst door een persoon die daarmee geen winstoogmerk heeft, rekening worden gehouden met de omstandigheid dat die persoon niet weet — en redelijkerwijs ook niet kan weten — dat dat werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende was gepubliceerd op internet.

#### 48

Een dergelijke persoon stelt voornoemd werk weliswaar beschikbaar aan het publiek, door de andere internetgebruikers rechtstreeks toegang daartoe te verlenen (zie in die zin arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 18–23), doch intervenueert immers in de regel niet met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze om klanten toegang te verschaffen tot een werk dat illegaal op internet is gepubliceerd. Bovendien kon, wanneer het betrokken werk reeds zonder enige toegangsbeperking beschikbaar was op de website waartoe de hyperlink toegang verschaft, het algemene internetpubliek in beginsel daartoe ook reeds toegang hebben zonder die interventie.

Wanneer daarentegen vaststaat dat een dergelijke persoon wist, of moest weten, dat de door hem geplaatste hyperlink toegang geeft tot een illegaal op internet gepubliceerd werk, bijvoorbeeld doordat hij daarover gewaarschuwd is door de auteursrechthebbenden, moet ervan uitgegaan worden dat de verstrekking van die link een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

## 50

Dit geldt ook in het geval waarin die link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar zich het beschermde werk bevindt, zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, zodat de plaatsing van een dergelijke link dus een weloverwogen interventie vormt zonder welke die gebruikers niet over de verspreide werken zouden kunnen beschikken (zie naar analogie arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 27 en 31).

## 51

Bovendien kan, wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winstoogmerk, van de hyperlink-plaatser worden verwacht dat deze de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die links leiden niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet. In dergelijke omstandigheden en voor zover dit weerlegbare vermoeden niet is weerlegd, vormt de handeling bestaande in het plaatsen van een hyperlink naar een illegaal op internet gepubliceerd werk een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

## 52

Niettemin zou er bij gebreke van een nieuw publiek geen sprake zijn van een mededeling aan het ‘publiek’ in de zin van die bepaling, in het — in de punten 40 tot en met 42 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte — geval waarin de werken waartoe via die hyperlinks toegang kan worden verkregen, met toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar zijn gesteld op een andere website.

## 53

Een dergelijke uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 waarborgt het door die richtlijn nagestreefde hoge niveau van bescherming van auteurs. Krachtens die richtlijn en binnen de door artikel 5, lid 3, daarvan gestelde grenzen, kunnen de auteursrechthebbenden immers niet alleen in rechte optreden tegen de oorspronkelijke publicatie van hun werk op een website, maar ook tegen eenieder die met een winstoogmerk een hyperlink plaatst naar het illegaal op die site gepubliceerde werk, alsook tegen personen die, in de in de punten 49 en 50 van het onderhavige arrest uiteengezette omstandigheden, zonder winstoogmerk een dergelijke hyperlink plaatsen. In dit verband dient er met name op te worden gewezen dat deze rechthebbenden in alle omstandigheden de mogelijkheid hebben om dergelijke personen te wijzen op het illegale karakter van de publicatie van hun werk op internet en in rechte tegen hen op te treden wanneer zij weigeren die link te verwijderen, zonder dat die personen zich kunnen beroepen op een van de in bovengenoemd artikel 5, lid 3, opgesomde uitzonderingen.

Wat het hoofdgeding betreft, staat vast dat GS Media de site GeenStijl beheert en dat zij, met een winsttoogmerk, hyperlinks heeft verstrekt naar de bestanden met de betrokken foto's, die waren opgeslagen op de site Filefactory. Ook staat vast dat Sanoma geen toestemming had gegeven voor de publicatie van deze foto's op internet. Bovendien lijkt uit de weergave van de feiten in de verwijzingsbeslissing voort te vloeien dat GS Media zich van die laatste omstandigheid bewust was en dus niet het vermoeden kan weerleggen dat plaatsing van deze links is geschied met volledige kennis van het illegale karakter van die publicatie. In deze omstandigheden heeft GS Media, onder voorbehoud van door de verwijzende rechter uit te voeren verificaties, door deze links te plaatsen een "mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht, zonder dat binnen deze context de andere door die rechter naar voren gebrachte, in punt 26 van het onderhavige arrest genoemde, omstandigheden behoeven te worden onderzocht.

Gelet op het voorgaande dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat, om vast te stellen of het plaatsen, op een website, van hyperlinks naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een "mededeling aan het publiek" vormt in de zin van die bepaling, bepaald moet worden of deze links zijn verstrekt zonder winsttoogmerk door een persoon die geen kennis had, of redelijkerwijs geen kennis kon hebben, van het illegale karakter van de publicatie van die werken op die andere website, dan wel of, integendeel, voornoemde links met een dergelijk oogmerk zijn verstrekt, in welk geval deze kennis moet worden vermoed.

## Kosten

Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moet aldus worden uitgelegd dat, om vast te stellen of het plaatsen, op een website, van hyperlinks naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een "mededeling aan het publiek" vormt in de zin van die bepaling, bepaald moet worden of deze links zijn verstrekt zonder winsttoogmerk door een persoon die geen kennis had, of redelijkerwijs geen kennis kon hebben, van het illegale karakter van de publicatie van die werken op die andere website, dan wel of, integendeel, voornoemde links met een dergelijk oogmerk zijn verstrekt, in welk geval deze kennis moet worden vermoed.**



# Noot

Auteur: A.R. Lodder

## Noot

Waar ik Britt Dekker in mijn noot bij de rechtbank nog aanduidde als “voor de meeste lezers van *Computerrecht* vast onbekende”,<sup>[1]</sup> was ze bij het arrest van het gerechtshof “de inmiddels bij de lezers van *Computerrecht* bekende”<sup>[2]</sup> en na de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) zal haar bekendheid zich uitstrekken tot ver over de grenzen. Bij het grote publiek werd Britt Dekker bekend door uitspraken als “Ik kan 30.000 euro winnen – dat is dus bijna een miljoen”. Met de meest recente uitspraak in de “Hyperlink-saga” lijkt haar onnozelheid te zijn overgeslagen op het HvJ EU.

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

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

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

- a. Er moet sprake zijn van een interventie.
- b. Er moet een nieuw publiek worden bereikt.
- c. Er is een commercieel oogmerk (ondergeschikt, niet doorslaggevend criterium), volkomen ongeschikt voor het internet genoemd.

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

Om mijn argumenten in deze context kracht bij te zetten, betoogde ik dat aan de voorwaarden a-c op internet gemakkelijk voldaan zal zijn, nl. (a) een link is een interventie, de plaatser brengt de clicker in contact met informatie; (b) er wordt al snel een publiek bereikt dat er daarvoor niet was; en (c) de plaatser van de link zal doorgaans een dienst van de informatiemaatschappij (art. 3:15e BW) leveren en deze behelst een economische (dus commerciële) activiteit.

Bijzonder eervol vind ik het dat de A-G bij de Hoge Raad de bijna 300 woorden die ik aan de ongeschiktheid van bovenstaande criteria wijdde in zijn conclusie integraal geciteerd heeft.<sup>[3]</sup> Echter,



ook wat ongemakkelijk, want in mijn noot bij *Svensson*<sup>4</sup> en eerder bij *Nederland.FM*<sup>5</sup> betoogde ik juist dat een karakteristiek van het internet is dat informatie die er staat voor de hele wereld bereikbaar is en dus iets als een nieuw publiek niet bestaat. Nu is recht zo interessant omdat het mogelijk is rationeel te argumenteren voor zowel een bewering (A) als de negatie van die bewering (niet A). De criteria vind ik ongeschikt, maar als je ze dan toch moet toepassen kies ik voor de argumentatie dat er niet een nieuw publiek kan worden bereikt.

De vraag blijft intrigerend: kan het enkel verspreiden van informatie over de locatie waar werken te vinden zijn openbaarmaking opleveren? Om een fysieke analogie te gebruiken, stel dat mijn boek op 31 oktober 2016 verschijnt en dan pas verkocht mag worden en ik in vertrouwen aan een collega vertel dat ze bij de VU boekhandel onder de toonbank liggen. Als deze collega mijn vertrouwen beschaamt en het doorvertelt aan een advocaat, die vervolgens op slinkse wijze voor 31 oktober een exemplaar weet te bemachtigen door hem onder die toonbank vandaan te grissen, heeft mijn collega dan het boek openbaar gemaakt door zijn mededeling aan de advocaat?

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

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

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

Stel nu dat zoals bij Playboy de informatie nog nergens stond. Dan is er nog een onderscheid te maken tussen gemakkelijk vindbare informatie, zoals een website *Brittnaakt.nl* (vooral als deze door Google geïndexeerd is) en een plek vergelijkbaar aan een document in Dropbox. In het eerste geval is de vraag hoe je met de link naar het publiek iets kan communiceren aangezien ze er toch al gemakkelijk bij konden. In het tweede geval is te betogen dat door het enkele plaatsen van de informatie in Dropbox er nog geen informatie openbaar is gemaakt. De uitspraak is echter zo breed geformuleerd dat zoals we

hierboven al zagen er ook hele andere situaties onder vallen. Stel nu dat het hof zijn uitspraak had beperkt en bepaald had dat ingeval er naar informatie gelinkt wordt die nog niet vrij op internet beschikbaar is, een hyperlink een communicatie naar het publiek kan zijn?

Een eerste complicatie is in dat geval vast te stellen wanneer informatie “nog niet vrij beschikbaar is”. Mijn Youtube-video is bij ongeveer 20 mensen bekend. Is deze video dan nog niet vrij beschikbaar? Wat nu als ik de link deel met al mijn collega's in de faculteit en er zo dus enkele honderden mensen mee bekend worden? Is deze video dan nog steeds niet vrij beschikbaar? De grens is moeilijk te bepalen. Het hangt wellicht ook samen met de aard van de content. Bij smaad kan zelfs een 1-op-1-communicatie (via WhatsApp bijvoorbeeld) kwalificeren als een in het openbaar gedane uiting. In dat geval wordt openbaarheid binnen de beslotenheid geconstrueerd als degene die de informatie deelde kon verwachten dat deze verder gedeeld zou worden. Maar hoe kun je een dergelijk criterium vertalen naar het auteursrecht? Het lijkt mij dat zeker naarmate ik het met meer mensen deel, maar je kan zelfs betogen al vanaf het moment dat ik het met één iemand deel, ik daarmee auteursrechtelijk gezien voor lief neem dat het publiek met mijn werk in contact kan komen. In geval van een privé-Youtube-video door ernaar te linken.

Een tweede complicatie is het dynamische karakter van content. Als je naar een pagina linkt, moet je dan constant monitoren of er op die pagina zonder toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste informatie aanwezig is? Voor de werkgelegenheid gunstig, want bedrijfjes kunnen zich gaan toeleggen op voor rechthebbenden geautomatiseerd het internet afstruinen en elke foto of video indexeren, om te controleren of links wel of niet rechtmatig verwijzen.<sup>[6]</sup>

Een derde complicatie is het toestemmingsaspect. Hoe stel je vast of als je naar informatie linkt, deze informatie daar met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatst is? Er zijn evidente gevallen, zoals een net verschenen e-book of streaming van een net in de bioscoop verschenen film. Maar doorgaans zal het niet zonneklaar zijn.

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

Mogelijk dat het HvJ EU zich realiseerde dat er ook nog een ander probleem zou ontstaan als anders dan vrij beschikbare informatie onder communicatie voor het publiek zou worden geschaard. In mijn voorbeeld van de privé video wordt door de link namelijk niet secundair, maar primair openbaar gemaakt. Daar zijn de criteria echter niet voor bedoeld. Mede in het licht van de bij *Svensson* ingeslagen weg dat de hele wereld toegang heeft tot met toestemming van de rechthebbende op internet geplaatste informatie, zou een mogelijk gevolg kunnen zijn dat een met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatste tekst of foto ook door anderen naar het publiek gecommuniceerd zou kunnen worden anders dan via hyperlink. Wel kan er dan sprake zijn van onrechtmatige veeveelvoudiging, maar daar zal niet altijd sprake van zijn, bijvoorbeeld als de plaatser van de digitale content over een legale kopie beschikte. Gevolg is dan dat deze communicatie naar het publiek niet auteursrechtelijk verboden kan

worden omdat de hele wereld er al bij kon. Dit verhoudt zich bovendien niet goed met het niet bestaan van uitputting in een digitale omgeving. Op het moment dat je criteria voor communicatie naar het publiek behandelt in de context van de hyperlink, maar deze criteria in algemene zin worden verwoordt dan zouden deze criteria ook voor andere communicatie dan via hyperlinks moeten gelden. Zoals bij wel meer nu nog onder auteursrecht vallende situaties, zou de onrechtmatige daad een beter alternatief zijn.

Het HvJ EU benadrukt dat het recht van de auteursrechthebbende goed beschermd moet worden. Om de in beginsel neutrale hyperlink hiervoor te slachtofferen is een ongelukkige keuze geweest. Het is te hopen dat in latere rechtspraak het HvJ EU op haar schreden terugkeert. Het is afwachten hoe de Hoge Raad deze uitspraak zal duiden. Het linken geheel buiten het auteursrecht houden zou het beste zijn, maar daar lijkt deze uitspraak, anders dan de conclusie van de A-G Wathelet<sup>[7]</sup> van het HvJ EU, helaas niet de ruimte toe te bieden.

In de week dat de rechtbank in september 2012 uitspraak deed, verscheen in *MR.* een opinie van Alberdingk Thijm (advocaat voor Sanoma in deze zaak) over *Auteursrecht op de schop*.<sup>[8]</sup> Hij zei onder andere:

“Het auteursrecht met zijn stelsel van verbodsrechten heeft een geconcentreerde media-industrie gecreëerd die innovatie belemmert. Het is tijd om te beoordelen of het auteursrecht niet op een andere wijze zijn doel kan bereiken, niet via verbodsrechten, maar met behulp van vergoedingsrechten (...) Uitbreiding van het handavingsinstrumentarium is niet de weg uit de crisis die het auteursrecht kenmerkt. Een grondige herbezinning van het systeem van exclusieve rechten is dat wel...”

Er bestaat geen behoefte aan het exclusieve recht om te verbieden naar content te hyperlinken. De noodzaak tot een grondige herbezinning is vier jaar later alleen maar urgenter geworden.

Voetnoten "Partij(en)"

[\*]

Procestaal: Nederlands.

Voetnoten "Noot"

[1.]

Rb. Amsterdam 12 september 2012, *Computerrecht* 2013/7.

[2.]

Hof Amsterdam 9 november 2013, *Computerrecht* 2014/39.

[3.]

Advies A-G HR 9 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:7, r.o. 2.3.15.

[4.]

HvJ EU 13 februari 2014, *Computerrecht* 2014/74.

[5.]

Rb. 's Gravenhage 19 december 2012, *Computerrecht* 2013/83, m.nt. M.G.A. Egeler en A.R. Lodder.

[6.]

Micha Schimmel suggereerde het mogelijk ontstaan van dergelijk bedrijven.

[7.]

Opinie van 7 April 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221.

[8.]

[www.solv.nl/weblog/het-auteursrecht-op-de-schop-als-ik-het-mag-zeggen/19060](http://www.solv.nl/weblog/het-auteursrecht-op-de-schop-als-ik-het-mag-zeggen/19060).