

14/01158
9 januari 2015

mr. G.R.B. van Peurse

Conclusie inzake:

GS Media B.V.
(hierna: GS Media)
eiseres tot cassatie in het principaal
cassatieberoep, verweerster in het
incidenteel cassatieberoep

tegen

1. Sanoma Media Netherlands
B.V.
2. Playboy Enterprises
International Inc.
3. Britt Geertruida Dekker
(hierna afzonderlijk: Sanoma,
Playboy en Dekker en
gezamenlijk: Sanoma c.s.)
verweersters in cassatie het
principaal cassatieberoep,
eiseressen in het incidenteel
cassatieberoep

In deze zaak, waarin foto's van Dekker, een *TV-personality*, voorafgaand aan publicatie in het blad Playboy zijn uitgelekt en waar Geenstijl.nl naar heeft gelinkt, handelt het principaal cassatieberoep over de toepassing van het citaatrecht uit art. 15a Aw op een uitsnede van een foto, de verhouding tussen auteursrecht en communicatievrijheid en de afwijzing van GS Media's beroep op art. 10 EVRM, de vraag of GS Media onrechtmatig heeft gehandeld door te (blijven) linken naar de uitgelekte reportage en haar berichtgeving daarover op Geenstijl.nl en over compensatie van proceskosten in feitelijke instanties. Het incidenteel cassatieberoep gaat om de vraag of het hyperlinken naar foto's in deze zaak een openbaarmaking is volgens de Auteursrechtlijn¹ en ook over compensatie van proceskosten in feitelijke instanties.

¹ Richtlijn 2001/29 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 EG L 167, p. 10-19), in art. 3 "mededeling aan het publiek" genoemd. Geerts kwalificeert dit als immateriële openbaarmaking "op afstand", door deze richtlijn Europees geharmoniseerd, in: Gielen (red), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 11e druk 2014, p. 492, hierna te noemen: Kort Begrip 2014.

Dat leidt mij in het incidentele cassatieberoep tot het voorstel om prejudiciële vragen te stellen over wat auteursrechtelijk gezien de kernkwestie in deze zaak lijkt: is linken naar een ongeautoriseerde bron op internet (een bron met auteursrechtelijk beschermd materiaal, voor welke openbaarmaking de rechthebbende geen toestemming heeft gegeven, in jargon: *illegale content*) in dit geval een mededeling aan het publiek of openbaarmakingshandeling? Dat is na de Svensson en Best Water uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) uit 2014 volgens mij bepaald nog niet duidelijk. Ik zal in deze conclusie verder in het principaal beroep concluderen tot vernietiging en verwijzing (praktisch gesproken: na schorsing gemoeid met de prejudiciële gang naar Luxemburg). De belangrijkste reden daarvoor is dat sinds het Ashby Donald-arrest uit Straatsburg bij botsing tussen auteursrecht en communicatievrijheid (en een relevant beroep op schending van art. 10 lid 1 EVRM) een rechterlijke auteursrechtinbreukconstatering met een beroep op de wettelijke uitzondering van het auteursrecht niet volstaat, maar concreet getoetst moet worden aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereisten uit art. 10 lid 2 EVRM. Dat is niet gebeurd. De klachten gericht tegen het onrechtmatige daadsoordeel van het hof, de subsidiaire grondslag van de vorderingen van Sanoma c.s. in deze zaak, stel ik voor uit overwegingen van proceseconomie nu nog niet te behandelen, aangezien daar mogelijk na prejudiciële verwijzing² geen belang meer bij bestaat en dat geldt dan ook voor de resterende klachten over – hoofdzakelijk – kostencompensatie bij gemengde zaken. Dit onder de aantekening dat desgewenst op korte termijn aanvullend geconcludeerd kan worden over deze restmaterie.

1. Feiten³ en procesverloop

1.1 Sanoma is uitgever van het maandblad Playboy (hierna: Playboy). Dekker treedt geregeld op in Nederlandse televisieprogramma's.

1.2 GS Media exploiteert de website Geenstijl.nl (hierna: GeenStijl). Deze website vermeldt:

“Op GeenStijl wisselen nieuwsfeiten, schandelijke onthullingen en journalistiek onderzoek elkaar af met luchtige onderwerpen en prettig gestoorde onzin. De redactie informeert dagelijks ruim 230.000 bezoekers over de andere kant van het nieuws. De site behoort tot de top 10 van de best bezochte actualiteitsites van Nederland.”

GeenStijl kwalificeert zichzelf op haar website als:

“Tendentieus, Ongefundeerd & Nodeloos Kwetsend”.

² Of in geval Uw Raad het zonder prejudiciële vragen te stellen duidelijk acht dat dit openbaarmaking betreft.

³ Zie rov. 2.2 van het bestreden arrest van gerechtshof Amsterdam van 19 november 2013.

1.3 De fotograaf C. Hermès (hierna: Hermès) heeft op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma een fotoreportage gemaakt van Dekker (hierna: de foto's). In de desbetreffende overeenkomst, gedateerd 9/11/ 2011, is onder meer het volgende opgenomen:

“(…) 2. [Hermès] verleent [Sanoma] exclusief, derhalve met uitsluiting van derden en [Hermès] zelf, toestemming om de Productie in zijn geheel of in gedeelten in bovengenoemde editie van Playboy te publiceren. Dit recht omvat het recht om de Productie eveneens geheel of gedeeltelijk te publiceren op de (mobiele) website(s) van Playboy (…)

4. [Hermès] machtigt [Sanoma] om in het kader van deze overeenkomst de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen. In het bijzonder is [Sanoma] bevoegd om zelfstandig in rechte op te treden en schadevergoeding en winstafracht te vorderen (…).”

Voorts heeft Hermès op 14 december 2011 aan Sanoma volmacht verleend hem te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van zijn uit voormelde opdracht voortvloeiende intellectuele eigendomsrechten.

1.4 Op 26 oktober 2011 heeft GeenStijl een “linktip” ontvangen van iemand die kennelijk een schuilnaam gebruikte. Die tip verwees naar een bestand op de Australische website voor dataopslag Filefactory.com (hierna: Filefactory), welk bestand de foto's bevatte, en had als begeleidende tekst:

“Omdat ik jullie stijlloze mannen de primeur weer gun”.

Diezelfde dag is in het televisieprogramma Pownews gemeld dat de foto's vóór publicatie waren uitgelekt en zijn enkele van de foto's getoond. Eveneens die dag heeft H. Scheenstra, Chief Operating Officer van Sanoma, telefonisch contact opgenomen met F. Volmer, directeur van Telegraaf Media Nederland B.V. (hierna: TMG), het moederbedrijf van GS Media, met het verzoek te voorkomen dat de foto's via GeenStijl zouden uitlekken.

1.5 Op 27 oktober 2011 stond op GeenStijl een bericht met als kop

“Fucking uitgelekt! Naaktfoto's (...) Dekker”.

Bij dat bericht was in de linkerbovenhoek van de site een deel van een (of twee) van de foto's opgenomen. Het bericht eindigde met de volgende tekst:

“En dan nu het linkje met pics waar u op zat te wachten. Wie het eerst fapt, die het eerst komt. HIERRR. (...) “

De lezer werd door middel van een klik op een hyperlink aangeduid met “HIERRR” doorgeleid naar Filefactory. Door het aanklikken van een volgende hyperlink werd een nieuw venster geopend. Dat venster bevatte de knop “DOWLOAD NOW”. Door op die knop te

klikken werd een zip-bestand geopend met elf pdf-bestanden die ieder één van de foto's bevatten.

1.6 Sanoma heeft op 27 oktober 2011 een e-mail aan TMG gestuurd met daarbij een conceptbrief waarin zij sommeert voor 18.00 uur te bevestigen dat de hyperlink naar de foto's zal worden verwijderd. GS Media heeft geen gevolg gegeven aan deze sommatie.

1.7 Na daartoe door Sanoma te zijn gesommeerd, heeft Filefactory de foto's van haar website verwijderd.

1.8 Bij brief van 7 november 2011 heeft de raadsman van Sanoma c.s. GS Media gesommeerd om het onder 1.5 aangehaalde bericht met de daarin opgenomen links, foto's en de erbij geplaatste reacties van haar website te verwijderen.

1.9 Op GeenStijl stond op 7 november 2011 een bericht met de titel:

“Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh”,

met betrekking tot het inmiddels ontstane geschil tussen GS Media en Sanoma c.s. over de uitgelekte foto's. Het bericht eindigde met:

“Update: naaktpics [Dekker] nog niet gezien? Ze staan HIERRR”

Ook dit bericht bevatte een hyperlink, deze leidde naar de website Imageshack.us (hierna: Imageshack) waar een of meer foto's te vinden waren. Ook Imageshack heeft voldaan aan het verzoek van Sanoma tot verwijdering.

1.10 Een derde bericht met een hyperlink die naar de foto's leidde, verscheen op 17 november 2011 op GeenStijl en had als titel:

“Bye Bye Zwaai Zwaai Playboy”.

1.11 Op het forum van GeenStijl plaatsten haar “reaguurders” nieuwe links naar andere websites waar de foto's te zien zouden zijn. Voorts heeft Dekker zelf op 1 november 2011 op Twitter een link geplaatst die leidde naar een Mexicaanse website waar de foto's zijn geplaatst. Ook die foto's zijn verwijderd.

1.12 De foto's zijn in het decembernummer 2011 van Playboy gepubliceerd.

1.13 Jaarlijks publiceert GeenStijl een lijst van de 50 best gelezen *topics* van haar site. In 2011 was dat het artikel over Dekker. In 2012 stond berichtgeving over Dekker op de tweede plaats. Ter zitting van het hof heeft M. Burema, hoofdredacteur van GeenStijl, verklaard dat

deze lijsten onzin zijn en dat hij ze zelf verzint, rekening houdend met de interessesfeer van het geenstijl-publiek.

1.14 Bij dagvaarding van 15 december 2011 hebben Sanoma c.s. GS Media gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en een scala⁴ aan primaire en subsidiaire bevelen gevorderd op auteursrechtelijke, portretrechtelijke en onrechtmatige daadsgrondslag om aan dit berichten en linken een eind te maken, met inbegrip van verboden tot verdere berichtgeving, dan wel verklaringen voor recht terzake, verzoeken aan Google om hyperlinks naar de gewraakte berichten uit haar zoekindex en cache te halen, verboden om in de procedure beschikbaar gekomen informatie te verspreiden, een en ander met nevenvorderingen, waaronder het doen van opgaven, versterkt met dwangsom en verder schadevergoeding op te maken bij staat, alles kosten rechtens (integraal, dan wel op de voet van art. 1019h Rv).

1.15 GS Media heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Voor de auteursrechtelijke grondslag maakt zij aanspraak op een kostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv.

1.16 Op de comparitie na antwoord op 19 juli 2012 hebben partijen aan de hand van hun overgelegde spreekantekeningen hun standpunten toegelicht.

1.17 Bij vonnis van 12 september 2012⁵, heeft de rechtbank:

- (i) voor recht verklaard dat GS Media door de openbaarmaking van de foto's inbreuk maakt en heeft gemaakt op (a) de auteursrechten van Sanoma dan wel haar licentiegevers en (b) het portretrecht en de persoonlijke levenssfeer van Dekker, en daarmee onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld;
- (ii) GS Media verboden door middel van openbaarmaking van de foto's inbreuken te plegen op auteursrechten van Sanoma en/of haar licentiegevers en portretrechten van Dekker, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- (iii) GS Media veroordeeld tot vergoeding van de schade die Sanoma c.s. ten gevolge van deze inbreuk hebben geleden, op te maken bij staat; en
- (iv) GS Media veroordeeld in de proceskosten van Sanoma c.s., op de voet van artikel 1019h Rv begroot op € 28.396,52.

1.18 GS Media is onder aanvoering van vijf grieven bij hof Amsterdam van dit vonnis in hoger beroep gekomen en Sanoma c.s. hebben de grieven gemotiveerd bestreden.

1.19 Nadat partijen de zaak op 7 oktober 2013 hadden doen bepleiten, heeft het hof bij arrest van 19 november 2013⁶ het rechtbankvonnis vernietigd en:

- a) voor recht verklaard dat GS Media inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès, die in dit geding door Sanoma wordt vertegenwoordigd, door een uitsnede van één van diens meerbedoelde foto's op de website GeenStijl te plaatsen;

⁴ Het petitum omvat ruim 2 pagina's in kleinprint. Precieze weergave is voor deze cassatie niet van belang.

⁵ ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043, Computerrecht 2013/7, m.nt. Lodder, IER 2013/4, m.nt. Seignette.

⁶ ECLI:NL:GHAMS:2013:4019, Computerrecht 2014/39, m.nt. Lodder.

- b) GS Media verboden tot verdere openbaarmaking van deze uitsnede, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- c) voor recht verklaard dat GS Media onrechtmatig jegens Sanoma c.s. heeft gehandeld door meerbedeelde hyperlinks op de website van GeenStijl te plaatsen;
- d) GS Media veroordeeld tot vergoeding van de schade die Sanoma c.s. door de bedoelde inbreuk en onrechtmatige daad hebben geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- e) bepaald dat iedere partij de eigen kosten draagt, zowel van de eerste aanleg als het hoger beroep.

1.20 GS Media heeft tijdig⁷ beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Sanoma c.s. hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Zij hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. GS Media heeft in het incidenteel cassatieberoep verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping. Op 10 oktober 2014 hebben partijen aan de hand van hun pleitnota's de zaak mondeling toegelicht en (mondeling) gere- en gedupliceerd.

2. Beoordeling

2.1 GS Media heeft een principaal cassatiemiddel voorgesteld met onderdelen I-V en verdere onderverdelingen. Onderdelen I en II, alsook het incidentele cassatieberoep van Sanoma c.s., zien op auteursrechtelijke aspecten en de botsing tussen de grondrechten informatievrijheid en auteursrechtbescherming en die behandel ik gegroepeerd, waarna ik voorstel in dit stadium nog niet te concluderen over de principale onderdelen III-IV, die zien op de vraag of GS Media onrechtmatig heeft gehandeld, de subsidiaire grondslag van de vorderingen van Sanoma c.s. Datzelfde geldt voor principaal onderdeel V en de resterende onderdelen 2.8 en 3 van het incidenteel beroep over compensatie van proceskosten in gemengde zaken.

getoonde uitsnedes uit foto's

2.1.1 Principaal *onderdeel I* bevat rechts- en motiveringsklachten over de foto-uitsnede en citaatrecht overwegingen van het hof in rov. 2.5.3-2.5.4, 2.6.3 en 2.7. Ik geef ook de context van deze overwegingen hier weer:

“2.5 Grief 3.1 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank (rechtsoverweging 4.17) dat GS Media met de openbaarmaking op haar website op 27 oktober 2011 van een uitsnede van één van de foto's inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Sanoma.

2.5.1 Volgens Sanoma c.s. gaat het niet om één maar twee, alternerend getoonde uitsnedes van de foto's. De eerste is een deel van een foto van Dekker in badkleding de andere is volgens Sanoma c.s. een vergelijkbaar deel van een foto, maar dan zonder badkleding. GS Media erkent dat de foto met badkleding een uitsnede is van één van de foto's, maar betwist dat ten aanzien van de andere foto.

⁷ De cassatiedagvaarding is op 19 februari 2014 uitgebracht.

Indien Sanoma c.s. de tweede foto alsnog in het debat hadden willen betrekken hadden zij, gelet op vaststelling van de rechtbank en het standpunt van GS Media, dienen te bewijzen dat dit inderdaad een uitsnede van één van de foto's is. Dat bewijs hebben zij aangeboden noch geleverd, zodat het hof alleen als vaststaand kan aannemen dat op GeenStijl een uitsnede van één van de foto's met badkleding- (hierna: de uitsnede) is getoond.

2.5.2 Niet in geschil is dat de foto's auteursrechtelijk beschermde werken zijn, in die zin dat steeds kan worden gesproken van een eigen intellectuele schepping van Hermès die de persoonlijkheid van deze weerspiegelt en tot uiting komt door de door hem gemaakte vrije creatieve keuzen.

2.5.3 Volgens GS Media is de uitsnede een dermate klein en onherkenbaar deel van één van de foto's, dat deze op zichzelf niet voldoet aan de auteursrechtelijke definitie van een werk, zodat evenmin kan worden gesproken van de openbaarmaking daarvan.

Sanoma c.s. voeren daar tegen aan dat ook uit de uitsnede blijkt van originele en subjectieve keuzes van Hermès zoals compositie, kleur, afstand tot Dekker, hoek, belichting en positionering.

2.5.4 Het enkele feit dat een derde slechts een klein deel van een beschermd werk verveelvoudigt en openbaar maakt, betekent niet zonder meer dat daardoor geen auteursrecht wordt geschonden. In dit geval was de uitsnede bedoeld als een zogenaamde 'teaser', dat wil zeggen om de aandacht van het geenstijlpubliek naar de gehele foto en de andere foto's te trekken. Het hof beschouwt de uitsnede daarom als een citaat uit de gehele foto. In artikel 15a Aw is geregeld aan welke voorwaarden een citaat moet voldoen om niet te worden beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht op een werk. Allereerst is daarvoor van belang dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig openbaar is gemaakt. Uit de rechtsoverwegingen 2.4.2 en 2.4.6 volgt dat een derde de foto's zonder recht of titel, en derhalve onrechtmatig, openbaar heeft gemaakt. GS Media was daarvan op de hoogte, zo al niet aanstonds dan toch sinds het verzoek dat Sanoma heeft gedaan om niet tot publicatie over te gaan. Bovendien heeft GS Media verzuimd duidelijk de naam van de maker te vermelden. Nu GS Media niet heeft voldaan aan voornoemde eisen van art. 15a Aw levert de openbaarmaking van de uitsnede inbreuk op auteursrecht op.

(...)

2.6.3 Onder een portret is te verstaan een herkenbare afbeelding van (het gelaat van) een persoon met of zonder andere lichaamsdelen. In dit geval is niet het gelaat van Dekker afgebeeld bij meergenoemd artikel doch haar in badkleding gehulde buik. Zelfs met een ruime uitleg van het begrip portret, kan in dit geval niet worden aanvaard dat GS Media een portret van Dekker heeft geopenbaard, zodat het tweede deel van grief drie slaagt.

2.7 Uit het voorgaande volgt dat de primaire grondslag waarop Sanoma c.s. hun vordering doen steunen voor het overgrote deel ondeugdelijk is. Alleen de openbaarmaking van de uitsnede van één foto op GeenStijl levert een inbreuk op het auteursrecht van Hermès op. Op grond van de devolutieve werking van het appel dient het hof daarom de subsidiaire grondslag van de vorderingen van Sanoma c.s. aan de orde te stellen."

2.1.2 *Onderdeel I.1* bevat geen uitgewerkte klacht, *onderdeel I.2* eerst de rechtsklacht dat rov. 2.5.3-2.5.4 niet juist zijn, omdat alleen is onderzocht of aan de citaatrechteisen is voldaan. Het hof had eerst moeten onderzoeken of de uitsnede zelf een werk is en of sprake is van relevant verveelvoudigings- of openbaarmakingshandelingen, zeker nu GS Media het tegendeel heeft betoogd (MvG 125-128, 183, pleitnota GS Media hb 45, cva 33), zodat het

oordeel onbegrijpelijk is, ook door deze essentiële stellingen te passeren, aldus de motiveringsklacht uit onderdeel I.2 – en in feite herhaald in *onderdeel I.3*, met de klacht: voor zover dit niet is miskend, is dat onvoldoende kenbaar gemotiveerd – althans is niet voldoende kenbaar vastgesteld dat aan de werktoets en auteursrechtelijke openbaarmaking of verveelvoudiging is voldaan. Met het passeren van deze stellingen is volgens onderdeel I.2 bovendien ten onrechte of onvoldoende gemotiveerd het daarmee samenhangende bewijsaanbod gepasseerd (pleitnota GS Media hb 45).

Onderdeel I.4 richt zich tegen het *teaser*-oordeel met de klacht dat voor het auteursrecht-inbreukoordeel niet het doel van het gebruik van de foto-uitsnede relevant is, maar de vraag of de uitsnede zelf als auteursrechtelijk werk kan gelden, of zoals de rechtsklacht precies luidt: (veeleer) is de vraag of de foto-uitsnede op zich de oorspronkelijkheid van het (volledige) werk in zich draagt, hetgeen niet/althans niet voldoende kenbaar is getoetst.

De motiveringsklacht van *onderdeel I.5* komt erop neer dat het hof in rov. 2.5.1 en 2.6.3 uitsnedes uit de verkeerde foto heeft beoordeeld, namelijk (alleen) die met roze badpak: GS Media hebben aangevoerd dat de foto met het roze badpak gebruikt op GeenStijl (prod. 36 Sanoma eerste pagina) juist *geen* uitsnede is uit de foto op p. 92 van de Playboy-reportage, mede omdat GS Media helemaal niet over die pagina beschikte (de lek hield één pagina eerder op). Nu hierop niet is gerespondeerd door Sanoma c.s. is onbegrijpelijk dat het hof respectievelijk overweegt “dat GS Media erkent dat de foto met badkleding een uitsnede is van de foto”, “dat op GeenStijl een uitsnede van de foto’s met badkleding (hierna: de uitsnede) is getoond” (rov. 2.5.1) en “haar in badkleding gehulde buik” is getoond (rov. 2.6.3).

verkeerde foto beoordeeld?

2.1.3 Om met dat laatste te beginnen: zijn de juiste foto-uitsnedes beoordeeld door het hof? Ik denk het niet. Het hof heeft (uitsnede’s uit) foto’s door elkaar gehaald zo te zien: de foto *zonder badpak* kwam uit de Playboy-reportage, die *met badpak* juist niet en *alleen die laatste foto* is beoordeeld in rov. 2.5.1 en 2.6.3. Dat kaart onderdeel I.5 op zichzelf terecht aan. Het is alleen de vraag of dat tot cassatie moet leiden en dat denk ik niet.

2.1.4 Hoe zit dat? Sanoma c.s. hebben bij MvA 7 en 89 gesteld dat bij het bericht op GeenStijl een deel van een “verspringende” foto (lees dus eigenlijk: twee foto’s) uit de reportage is (eigenlijk: zijn) overgenomen, die het ene moment een uitsnede/deel vertoont van een foto van Dekker met badkleding (p. 92 van de reportage) en het andere moment een uitsnede/deel van een foto zonder badkleding (p. 85 van de reportage)⁸. Dat heeft GS Media bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota 46) weersproken: na sommatie is de uitsnede van de laatste (naakt)foto op p. 85 van de fotoreportage onmiddellijk vervangen door een uitsnede uit een andere foto. De foto *met het roze badpak* (prod. 36 MvA, p. 1) is volgens GS Media geen

⁸ Allebei onder verwijzing naar prod. 13 bij de inleidende dagvaarding.

uitsnede uit de foto op p. 92 van de gelekte fotoreportage (prod 13 dagvaarding, de pagina die links boven begint met de tekst F*UCKING VET INTERVIEW!!!): ze tonen allebei een roze badpak maar het is duidelijk te zien dat dit verschillende foto's zijn: het model is anders gepositioneerd en ook lichtinval, schaduwen en achtergrond verschillen, zo is haar stelling. Zij beschikte ook niet over de badpakfoto, die komt van p. 92 van de Playboyreportage, terwijl het lek stopte bij p. 91: het op Filefactory gepubliceerde zip-bestand bevatte 11 pdf-bestanden met p. 81-91 en dus niet p. 92 (prod. 5 Sanoma c.s.). Daar hebben Sanoma c.s. niet kenbaar op gerepsondeerd, waarna het hof in rov. 2.5.1 en 2.6.3 aanneemt dat op GeenStijl delen van een badpakfoto zijn getoond, terwijl het andersom was. De vraag of de uitsnede van de foto van Dekker *zonder badkleding*⁹ een auteursrechtelijk werk is, is door het hof nog niet beantwoord. Een mogelijke redenering is dan: dat is grotendeels feitelijke materie die niet in cassatie kan plaatsvinden. GS Media heeft bij pleidooi in cassatie wel aangevoerd dat “[g]ezien de stellingen van partijen (...) GeenStijl er vanuit [gaat] dat het Hof heeft beoogd vast te stellen dat GeenStijl van één foto - namelijk die zónder badpak - een uitsnede heeft gepubliceerd.¹⁰”, maar wat de precieze draagwijdte van die stelling is, is niet duidelijk. Mogelijk is daarmee bedoeld dat met of zonder badpak niet uitmaakt. Ik kom daar twee nummers verder op terug.

2.1.5 Dat dit gegeven op zichzelf niet tot cassatie hoeft te leiden, licht ik hierna toe. Deze nevenkwestie lijkt mij overigens betrekkelijk academisch, gelet op de volgens mij slagende hoofdklachten uit het verderop te bespreken principaal onderdeel II (concrete noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets nagelaten bij botsing auteursrecht-informatievrijheid).

werkdrempel en citaatrecht

2.1.6 “Het auteursrecht is het uitsluitend recht¹¹ van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld”,

zo leert art. 1 Aw. Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst kunnen ook foto's vallen (art. 10 lid 1 onder 9° Aw). Het Nederlandse auteursrecht is inmiddels op een aantal belangrijke aspecten Europees geharmoniseerd door de Auteursrechtlijn. De richtlijn hanteert corresponderende begrippen “reproductierecht” (art. 2) “mededeling aan het publiek” (art. 3) en “distributierecht” (art. 4) met “beperkingen en restricties” in art. 5. Art. 5 lid 3 sub d Auteursrechtlijn geeft het citaatrecht weer:

⁹ In de pleitnota GS Media HR van mr. Chavannes op pp. 23 en 24 zijn na elkaar afgedrukt de uitsnede en de volledige foto zonder badkleding waar het hier om gaat.

¹⁰ Pleitmotie onder 70.

¹¹ Onder invloed van Europese rechtspraak wordt steeds verder aan het karakter van absoluut recht getornd, zoals we verderop in deze conclusie ook nog zullen zien.

“het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd.”

Dit verschilt niet wezenlijk van art. 15a Aw¹²:

“1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk (...) wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling poliemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel mits:

1°. het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is;

2°. het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;

3°. artikel 25¹³ in acht wordt genomen; en

4°. voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.

(...)”

Wel zie ik dat de richtlijn citeren in die zin ruimer trekt, dat het moet gaan om een werk “of ander materiaal” dat rechtmatig is geopenbaard.

2.1.7 De werkdrempel is recent door Uw Raad¹⁴ als volgt ingevuld in de Stokke/H3-zaak, onder verwijzing naar de Endstra-tapes en Infopaq-arresten (voor zover relevant voor onze zaak):

“(...) ”

(a) Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, is vereist dat het desbetreffende werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556 (Endstra)). Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om “een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk” (HvJEU 16 juli 2009, nr. C-5/08, LJN BJ3749, NJ 2011/288 (Infopaq I)).

(...) ”

(f) De beoordeling van de auteursrechtelijke beschermingsomvang van een bepaald werk en van de vraag of daarop door een ander werk inbreuk wordt gemaakt, is in hoge mate feitelijk van aard en derhalve slechts in (zeer) beperkte mate vatbaar voor toetsing in cassatie (vgl. HR 5 januari 1979, LJN AB7291, NJ 1979/339 (Heertje/Hollebrand)). Klachten die in wezen een nieuwe feitelijke beoordeling in cassatie vragen, miskennen de grenzen van de cassatierechtspraak. Overigens dient de wijze waarop de toetsing door de feitenrechter is uitgevoerd in overeenstemming te zijn met de hiervoor weergegeven rechtsregels en moet de

¹² In beide bepalingen weerklinkt de echo van art. 10 lid 1 Berner Conventie: citeren mag, “mits (...) verenigbaar met de goede gebruiken en voor zover door het doel gerechtvaardigd” en van lid 3: bronvermelding en naamvermelding auteur vereist, als die in de bron voorkomt.”

¹³ Art. 25 Aw handelt over persoonlijkheidsrechten.

¹⁴ HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, NJ 2013/501, m.nt. P.B. Hugenoltz onder NJ 2013/503, AMI 2013-5, nr. 8, p. 158, m.nt. Koelman, rov. 3.4. Zie ook HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737, RvdW 2014/1036; HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2013/503, m.nt. P.B. Hugenoltz en HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502, m.nt. P.B. Hugenoltz onder NJ 2013/503.

uitspraak tenminste zodanig zijn gemotiveerd dat deze voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden - in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen - controleerbaar en aanvaardbaar te maken (HR 4 juni 1993, LJN ZC0986, NJ 1993/659). Daartoe is evenwel niet steeds vereist dat alle door een partij aangedragen stellingen door de rechter uitdrukkelijk in de motivering worden betrokken.¹⁵,

2.1.8 De oorspronkelijkheid van een foto kan zijn gebaseerd op subjectief bepaalde keuzes van de fotograaf voor de belichting, sluitertijd, scherptediepte, afstand, hoek, uitsnede en dergelijke¹⁶. Voor openbaarmaking van de foto's is dan toestemming van de fotograaf nodig¹⁷. Een beperking op het auteursrecht vormt het citaatrecht (art. 15a Aw¹⁸). Onder bepaalde voorwaarden is het geoorloofd zonder toestemming van de maker van het werk uit het werk te citeren¹⁹. De keuze van de wetgever voor het woord "citeren" impliceert dat de aanhaling verband moet houden met de context waarin deze plaats heeft. Bij het citeren wordt het overgenomen als het ware geïntegreerd met deze context²⁰.

verwerping principaal onderdeel I

2.1.9 De constructie van het verweer van GS Media in het feitelijk debat was telkens: dit is zo'n minuscuul deel van de foto, dat geen werk is openbaargemaakt/verveelvoudigd, nu de auteursrechtelijk beschermde trekken daarin niet meer zijn te herkennen, althans dat sprake is van een geoorloofd citaat²¹. Dat laatste subsidiaire verweer veronderstelt dat wanneer wél sprake zou zijn van auteursrechtelijk ongeoorloofd openbaarmaken, de wettelijke uitzondering van het citaatrecht opgaat. Het subsidiaire verweer "althans geoorloofd citaat" veronderstelt dus impliciet het voorhanden zijn van een (deel van een) werk dat is geopenbaard, want dat is de voorbehouden handeling die door de citaatrechtuitzondering geoorloofd is. Het hof is meteen doorgestoken naar dat subsidiaire verweer en geeft daarmee impliciet te kennen dat zij de betreffende uitsnede nog een geopenbaard deel van een werk vindt, omdat daarin nog de auteursrechtelijk relevante trekken zijn te zien. Dat is een feitelijke beoordeling voorbehouden aan het hof. Gelet op pp. 23-24 van GS Media HR van mr. Chavannes is dat vanwege de daaruit blikende voor een auteursrechtelijk fotowerk relevante

¹⁵ Voor verdere achtergronden en rechtspraakgegevens verwijs ik naar de uitvoerige conclusie van A-G Verkade vóór dit arrest.

¹⁶ Geerts in Kort Begrip 2014, par 505 en Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, par. 3.36.

¹⁷ Zie vorige voetnoot.

¹⁸ Vgl. ook art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn.

¹⁹ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, par. 5.17 e.v.; Visser, T&C IE 2013, art. 15a Aw, alle aant. en Alkema in Kort Begrip 2014, par. 574.

²⁰ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, par. 5.18. Ik wijs voor verdere jurisprudentiële randvoorwaarden op HR 22 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1160, NJ 1991/268, m.nt. Spoor, AA 1991/672, m.nt. HCJ, AMI 1990/202, m.nt. EJD (Zienderogen Kunst): citeren mag geen wezenlijke afbreuk doen aan exploitatiemogelijkheden, HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0647, NJ 1993/205 m.nt. DWFV, BIE 1993/20, m.nt. Ste, IER 1992/154, m.nt. Quaadvlieg (Damave/Trouw): illustratie uit boek bij boekrecensie o.o. geoorloofd citaat.

²¹ GS Media: cva 33, MvG 125-128 en 183, pleitnota hb 45, waar tegen Sanoma cs stelling nemen bij MvA 89 met het betoog dat dat niet klopt.

elementen als belichting, scherptediepte, hoek, positionering, afstand tot het model en dergelijke, niet onbegrijpelijk, zodat ik geen motiveringsgebrek ontwaar. Dat het hof overigens een deel van een foto als citaat uit een werk bestaande uit de hele foto heeft gezien (op dat spoor gezet door het partijdebat), doet misschien nog een werkbrauw fronsen. Meestal is een beeldcitaat een hele foto of afbeelding uit een meer foto's/afbeeldingen of andere elementen omvattend werk, zoals een illustratie uit een boek bij een recensie van dat boek. Dat is ons klassieke beeld van een citaat, maar ik zie niet in waarom de gedachte van het hof auteursrechtelijk fout is. Ik denk dat het hof dit op zichzelf methodisch zo heeft kunnen doen. Vaststaat dat de foto's werken zijn van Hèrmes. Als je dan een deel overneemt, kun je dat als een citaat uit dat werk beschouwen en daar gelden eisen voor die het hof is nagelopen en aan die citaateisen is volgens het hof niet voldaan. Ik heb me nog wel afgevraagd of dit hele betoog niet op de verkeerde gedachte berust dat voor een citaat *sec* de werkdrempel moet gelden. Dat kan denk ik blijven rusten in de zo begrepen en hiervoor verworpen stelling van GS Media, dat de auteursrechtelijk relevante trekken niet (voldoende) naar voren komen in de minuscule uitsnede.

2.1.10 Het hof was bij die stand van zaken niet gehouden expliciet in te gaan op het primaire verweer dat met de uitsnede geen inbreuk wordt gepleegd, omdat daarmee geen werk wordt geopenbaard (vgl. ook het hiervoor in 2.1.7 weergegeven element f. uit het Stokke/H3 arrest). Daarbij moet bedacht worden dat die werkdrempel niet erg hoog is²². Waar het om gaat is dat in GS Media's publicatie een deel van een foto is opgenomen, waar de net genoemde fotowerktechnische elementen die een foto tot auteursrechtelijk werk maken, nog gewoon in te herkennen zijn (er is niet zo ingezoomd/uitgesneden dat die elementen niet meer te ontwaren zijn). Het lijkt me duidelijk dat je voor de vraag of dit nog een als citaat herkenbaar deel van het fotowerk betreft, moet letten op de context²³ van het artikel dat gaat over uitgelekte Playboyfoto's van Dekker. De lezer begrijpt meteen dat de "teasers" niet willekeurige lichaamsdeelfoto's zijn, maar te maken zullen hebben met de uitgelekte Playboyfotoreportage in kwestie. Het hof vond dit kennelijk zo evident, dat meteen is doorgestoken naar het citaatrechtverweer en dat is volgens mij een aanvaardbare juridische techniek in dit geval. En of het hier nu om de foto met of zonder badpak gaat, is wat de hier besproken aspecten betreft lood om oud ijzer, in beide gevallen is de uitsnede zodanig, dat de foto-auteurswerkrechtelijk relevante elementen nog te herkennen zijn. Voor beide foto's zou deze citaatrecht-redenering van het hof opgaan, zodat zo bezien geen belang bestaat bij cassatie op dit punt, omdat dit toch niet tot een ander oordeel kan leiden; ook dan is niet aan de citeervereisten voldaan van rechtmatige openbaarmaking en deugdelijke bronvermelding. Formeel is dat het terrein van de feitenrechter, maar deze door het hof aangelegde toets, die mijns inziens passabel is, geeft eenzelfde uitkomst.

²² HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, net als de overige vermelde Luxemburgse rechtspraak onder dit zaaksnummer te vinden op de site <http://curia.europa.eu> en NJ 2011/288, m.nt. Hugenholtz onder NJ 2011/289 (Infopaq I) waar het voorhanden zijn van korte zinsdelen (11 woorden) nog genoeg was om van werken te kunnen spreken.

²³ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, par 5.18 en Alkema in Kort Begrip 2014, par. 574.

2.1.11 Ik merk nog op dat men bij een onvoldoende gesubstantieerd verweer niet aan bewijslevering toekomt²⁴. In het licht van het partijdebat in feitelijke instanties meen ik dat het hof GS Media niet tot tegenbewijs heeft hoeven toe te laten.

2.1.12 Terzijde: het kan ook nog zijn dat onderdeel I berust op de volgende verkeerde gedachte (ik denk niet dat dit bedoeld is, maar voor het geval dat). Het kan zijn dat het onderdeel een soort bagatel-benadering bepleit voor het auteursrecht, maar daar moeten we niet aan beginnen. In ons auteursrecht geldt geen “de minimis”-regel: een beetje openbaarmaken/verveelvoudigen/inbreuk maken bestaat niet, het is auteursrechtinbreuk of niet, men kan niet profiteren van een één of andere ongeschreven bagatelnorm die hier misschien lijkt te worden bepleit.

2.1.13 Zodoende slaagt onderdeel I niet. Mocht Uw Raad menen dat het wel uitmaakt of het hof de juiste (uitsnede’s uit) foto(‘s) beoordeelt, dan slaagt onderdeel I.5 en moet op dat punt worden vernietigd en verwezen. We zullen hierna zien dat onderdeel II slaagt en daar kan ook een reden in gevonden worden de motiveringsklacht van onderdeel I.5 mede tot cassatie te laten leiden.

principaal onderdeel II: botsing auteursrecht en informatievrijheid

2.2 *Onderdeel II* richt zich tegen rov. 2.5.5 over de spanning tussen auteursrecht en vrijheid van meningsuiting, naar ik meen in hoofdzaak terecht:

“2.5.5 GS Media betoogt dat in dit geval nog een belangenafweging moet plaatsvinden. Voor zover zij daarmee bedoelt dat een volledige afweging moet plaatsvinden tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht, is haar opvatting onjuist. Het recht op vrijheid van meningsuiting is een hoogwaardig recht dat -zo volgt uit artikel 10 lid 2 EVRM- alleen kan worden onderworpen aan bij de wet voorziene beperkingen voor zover deze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het auteursrecht zoals geregeld in de Nederlandse Auteurswet is zo een beperking, die overigens weer wordt ingeperkt door het wettelijk citaatrecht. Slechts in uitzonderlijke gevallen, die ten aanzien van de onderhavige uitsnede zijn gesteld noch gebleken, kan worden aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht van een ander rechtvaardigt.”

Onderdeel II.1, met uitwerking in *onderdelen II.4-II.6*, klaagt dat het oordeel over afwezigheid van een noodzaak tot volledige afweging tussen vrijheid van meningsuiting/auteursrecht onjuist, althans onbegrijpelijk is.

²⁴ Vgl. o.a. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7245, NJ 2012/96, JBPr 2012/38 m.nt. Thoe Schwarzenberg; HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 en HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4841, NJ 2005/269, m.nt. DA onder NJ 2005/270. Zie voor verdere rechtspraakgegevens Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 224 en genoemde noot van Thoe Schwarzenberg.

Onderdeel II.2 bevat geen klacht bevat, maar constateert dat het hof terecht voorop stelt dat de informatievrijheid een hoogwaardig recht is waar alleen beperkingen op mogelijk zijn die voldoen aan art. 10 lid 2 EVRM.

Onderdeel II.3, met uitwerking in *onderdelen II.7-II.9*, klaagt dat het oordeel dat de Auteurswet zo'n wettelijke beperking is, waar slechts in uitzonderlijke (niet gestelde of gebleken) gevallen door de informatievrijheid op kan worden ingebroken, onjuist is.

Onderdeel II.4 werkt onderdeel I.1 uit met de rechtsklacht dat het hof miskent dat geldt dat de rechter *in concreto* een belangenafweging moet maken tussen auteursrecht en vrijheid van meningsuiting, althans in een situatie als in deze zaak. Toetsing *in abstracto*, dus alleen de toets: levert een uiting auteursrechtinbreuk op, zoals het hof gedaan heeft, volstaat niet.

Concreet moet onderzocht worden of een auteursrechtelijke beperking op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving: is voor deze beperking op art. 10 EVRM een dringende maatschappelijke noodzaak (*pressing social need*) aanwezig en is deze beperking in overeenstemming met eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat heeft het hof miskend, althans is die beslissing onvoldoende gemotiveerd (gelet op de stellingen bij MvG 131-145 in het bijzonder).

Althans is volgens *onderdeel II.5* deze beslissing onbegrijpelijk, nu het hof het auteursrecht voorrang geeft in deze zaak, waarin slechts sprake is van de publicatie van een (zeer kleine en onherkenbare) uitsnede van een foto (MvG 125-128, pleitnota GS Media hb 45-47 en cva 33), waarmee geen reëel exploitatiebelang voor Sanoma c.s. is gemoeid en die dus van onvoldoende gewicht is om GS Media's vrijheid van meningsuiting in te perken (MvG 128, cva 35 – niet door het hof weersproken stellingen, aldus de klacht). In dat licht is onvoldoende gemotiveerd waarom het verbod ten aanzien van de uitsnede in dit geval noodzakelijk en proportioneel is.

Als het hof wel een concrete noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets zou hebben aangelegd, is dat volgens *onderdeel II.6* zonder nadere (ontbrekende) motivering onbegrijpelijk nu onvoldoende kenbaar is op welke wijze het hof dat heeft gedaan.

In *onderdeel II.7* begint de uitwerking van onderdeel II.3 met een rechts- en motiveringsklacht: onjuist is dat slechts in uitzonderlijke gevallen, die voor deze betreffende onderhavige uitsnede niet zijn gesteld of gebleken, de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht rechtvaardigt, althans is dat onbegrijpelijk. Auteursrecht en vrijheid van meningsuiting zijn in beginsel twee gelijkwaardige grondrechten die in concreto tegen elkaar moeten worden afgewogen; het is niet zo dat auteursrecht prevaleert, zoals het hof te kennen geeft. Ook is miskend dat op Sanoma c.s., als degenen die een auteursrechtelijk verbod vorderen, stelplicht en bewijslast rusten van gerechtvaardigd belang bij en noodzaak van het verbod op de uitsnede en het niet aan GS Media is om te stellen en te bewijzen dat haar handelwijze noodzakelijk is.

Onderdeel II.8 richt een rechtsklacht tegen de vooropstelling door het hof bij de belangenafweging in concreto van deze twee grondrechten van de vraag of in dit geval het wettelijk citaatrecht het auteursrecht kan inperken. Dat is een miskenning van het feit dat toepasselijkheid van art. 15a Aw niet leert of het auteursrecht in concreto zwaarder weegt:

ook als art. 15a Aw niet van toepassing is, kan auteursrecht in strijd komen met art. 10 EVRM.

Onderdeel II.9 richt eerst een motiveringsklacht tegen het oordeel dat uitzonderlijke gevallen ten aanzien van deze uitsnede niet zijn gesteld of gebleken, nu GS Media het volgende met betrekking tot de uitsnede hebben aangevoerd:

- dat Sanoma c.s. geen, althans onvoldoende belang heeft om haar auteursrechten t.a.v. de uitsnede te handhaven (MvG 128, cva 35);
- (mede om)dat de uitsnede slechts zeer kortstondig op de GeenStijl website is getoond en na sommatie direct is vervangen door een andere foto (pleitnota GS Media hb 46 en 47);
- dat de uitsnede bovendien dermate klein is (0,2% van de foto) en een onherkenbaar deel van de foto betreft (MvG 125-128 en pleitnota GS Media hb 45-47, cva 33).

Het onderdeel eindigt met de rechts- en motiveringsklacht dat het hof deze omstandigheden ten onrechte niet (voldoende kenbaar) in zijn beslissing heeft meegewogen, waardoor het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans dit een motiveringsgebrek oplevert. Daarmee is ook onvoldoende inzichtelijk op welke gronden het hof het beroep op de vrijheid van meningsuiting afwijst.

2.2.1 Ik denk dat de kernklachten uit dit onderdeel vanwege recente Europese rechtspraak uit Straatsburg en Luxemburg opgaan. Bij een dergelijke botsing van auteursrecht en communicatievrijheid is een nadere noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets vereist, die het hof niet kenbaar heeft aangelegd, sterker nog: specifiek lijkt te hebben afgewezen.

communicatievrijheid tegenover bescherming auteursrecht

2.2.2 A-G Verkade is in zijn conclusie vóór het Scientology-arrest²⁵ uitgebreid ingegaan op de verhouding tussen art. 10 EVRM en het auteursrecht²⁶. Met instemming haal ik het volgende daaruit aan:

“6.2. Artikel 10 EVRM luidt:

“1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de

²⁵ HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2056, NJ 2006/9, (Scientology/xs4all en Spaink).

²⁶ Zie al eerder o.m. de noot van Hugenholtz, AMI 1999-7, p. 119-120 en Hugenholtz, Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa, in: Hins & Nieuwenhuis (red.), Van ontvanger naar zender, 2003, p. 157-174. Botsing tussen vrijheid van meningsuiting en (bijv.) auteursrecht was toen nog niet door het EHRM concreet getoetst.

verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.”

6.3. Onverminderd de begrenzings in lid 2 van art. 10 EVRM, heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) in een reeks uitspraken, ingezet met het Handyside-arrest(63), het belang en de strekking van de informatievrijheid benadrukt:

“The freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individuals self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to information or ideas that are favourable received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society.”

6.4. Het EHRM heeft geoordeeld dat de beperkingen op grond van art. 10 lid 2 EVRM 'must [...] be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly'.(64)

6.5. Een beperking is slechts noodzakelijk in een democratische samenleving, zoals vereist in art. 10 lid 2 EVRM, indien deze beantwoordt aan een pressing social need, en proportioneel is aan het na te streven doel. De lidstaten, waaronder de wetgever en de autoriteiten die de wetgeving toepassen, zoals de onafhankelijke rechter, bezitten hier een margin of appreciation, doch deze is onderworpen aan toezicht door het EHRM.(65)

Een en ander brengt mee dat in een voorliggend geval het EHRM zich niet beperkt tot een onderzoek naar de legitimiteit van de aan de beperking ten grondslag liggende regelgeving, doch de omstandigheden van het concrete geval bij zijn onderzoek betreft(66), hetgeen neerkomt op een afweging van het belang dat met de beperking wordt nagestreefd tegen het belang van de informatievrijheid ('balancing the rights in issue').(67)

6.6. Het EHRM heeft zich tot dusverre niet hoeven buigen over de vraag naar de verhouding tussen het auteursrecht en art. 10 EVRM. Er zijn twee uitspraken van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens over deze kwestie(68), doch deze bieden ons weinig aanknopingspunten.

6.7. Bezien wij de nationale regeling in de Auteurswet 1912, dan valt het volgende op. De informatievrijheid van art. 10 EVRM heeft niet (expliciet) gefungeerd als toetsingskader, noch (uiteraard: in 1912!) bij de totstandkoming, maar ook niet bij herzieningen van de Auteurswet nadat het EVRM in werking was getreden(69), al laat de jongste aanpassing van de Aw aan de Auteursrechtlijn ten deze een zekere kentering zien. Ook al noemt de Aw de informatievrijheid van art. 10 EVRM niet als zodanig als beperkingsgrond, er zijn - reeds van oudsher - in de Aw een aantal auteursrechtbeperkende bepalingen opgenomen met het oog op de informatievrijheid.(70)

6.8. De Auteurswet 1912 kent van oudsher een 'open systeem' van aan de auteur toekomende rechten, met de ruime openbaarmakings- en verveelvoudigingstermen in art. 1, die volgens de MvT aan de hand van technische en maatschappelijke ontwikkelingen verdere inhoud konden krijgen, en waarop in de artt. 12, 13 en 14 in zoverre slechts enkele voorschotten werden genomen. Het valt op dat, omgekeerd, naast de in art. 15 expliciet opgenomen beperkingen van het auteursrecht, niet expliciet een soortgelijk handvat is gegeven voor de verdere ontwikkeling van beperkingen van het auteursrecht. Een veel gehoorde (en nog niet uitgestorven) mening was dat de Auteurswet een open systeem van rechten, en een gesloten systeem van beperkingen kent, en dat die beperkingen bovendien nog beperkt zouden moeten worden uitgelegd.(71)

Schijn kan evenwel bedriegen. Artikel 1 Aw luidt: 'Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk [...] om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld'. In de eerste plaats behoeven de 'bij de wet gestelde beperkingen' uiteraard niet in de Auteurswet zélf te staan, maar kunnen zij ook in een andere wet van gelijke staatsrechtelijke orde voorkomen.⁽⁷²⁾ In de tweede plaats komt het anno 2005 al te formeel voor om het woord 'wet' in de strofe 'behoudens de beperkingen bij de wet gesteld' anders te lezen dan 'recht' in de zin van art. 79 RO c.q. rechtersrecht.⁽⁷³⁾ In de derde en niet de minste plaats, kan hetgeen een nationale wetgever in zijn eigen wet bepaalt over de omvang van het auteursrecht, vanzelfsprekend niet afdoen aan Verdragsbepalingen van hoger orde, zoals art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR. Die Verdragen dienen immers juist om te vergaande nationaal-wettelijke beperkingen van grondrechtelijke vrijheden, waaronder de informatievrijheid, te kunnen redresseren, aan de hand van de in die Verdragsartikelen neergelegde criteria. De toetsingsbevoegdheid hierbij is (mede) in handen gelegd van de nationale rechter, in zoverre mede optredend als Europese (grondrechten-)rechter⁽⁷⁴⁾, terwijl een in hoogste nationale instantie afgewezen beroep op het EVRM kan leiden tot een beroep op het Straatsburgse EHRM. ⁽⁷⁵⁾

6.9. Ik onderken dat de al eerder genoemde Auteursrechtlijn 2001/29/EG, volgens de considerans onder 32, een uitputtende opsomming van toegelaten beperkingen bevat. Ook indien dit gegeven EU-rechtelijk de nationale wetgevers ertoe verplicht geen andere beperkingen in hun Auteurswetten op te nemen, kan deze richtlijn er m.i. nog steeds niet aan in de weg staan dat art. 10 EVRM onder omstandigheden zijn eigen verdragsrechtelijke rol kan blijven spelen in auteursrechtelijke geschillen.⁽⁷⁶⁾

6.10. In de lagere rechtspraak is de vraag naar de verhouding tussen art. 10 EVRM en het auteursrecht een aantal keren aan bod gekomen.⁽⁷⁷⁾ Ik wil in het bijzonder wijzen op de zgn. Boogschutter-zaak⁽⁷⁸⁾ waarin de rechtbank Amsterdam het auteursrecht rechtstreeks toetste aan art. 10 EVRM in een geval waarin De Volkskrant bij een interview een foto had afgebeeld, waarop de geïnterviewde directeur naast een in het gebouw van diens onderneming aanwezige auteursrechtelijk beschermde sculptuur was afgebeeld, en De Volkskrant van inbreuk op het auteursrecht op die sculptuur werd beticht. Hoewel de afweging door de rechtbank voor De Volkskrant per saldo negatief uitpakte, vormt het vonnis m.i. een goed voorbeeld van de wijze waarop de Nederlandse rechter te werk moet gaan wanneer een partij in een auteursrechtelijk geschil een beroep doet op art. 10 EVRM."

2.2.3 We zijn nu tien jaar verder. In de eerste plaats leert inmiddels de Straatsburgse Anheuser-Busch zaak²⁷ dat (weinig verrassend) art. 1 van het Eerste Protocol EVRM ook kan worden ingeroepen in het kader van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten.

2.2.4 Een voor onze zaak belangrijke stap is daarna begin 2013 gezet in de Ashby Donald zaak²⁸. Een Franse modedefotograaf had foto's gemaakt op de Parijse catwalk en die gepubliceerd op een website van Ashby Donald en een derde over mode zonder toestemming van de modehuizen. Tezamen worden Ashby Donald c.s., alledrie modedefotografen, (strafrechtelijk) veroordeeld tot boetes en schadevergoeding wegens inbreuk op het auteursrecht van de modehuizen op de ontwerpen van hun (gefotografeerde) kleding. Dat

²⁷ EHRM 11 januari 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA2627, nr. 73049/01, NJ 2008/534, m.nt. Gielen, rov. 66-72 (Anheuser-Busch Inc./Portugal) – Grote Kamer uitspraak.

²⁸ EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, Mf 2013-2, nr. 4, m.nt. Voorhoof, AMI 2014-2, p. 57 e.v., m.nt. Dommering (Ashby Donald e.a./Frankrijk).

blijft in cassatie overeind. In de opvolgende Straatsburgse procedure maakt het EHRM voor het eerst uit dat een dergelijke veroordeling wegens auteursrechtinbreuk kan worden beschouwd als een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 lid 1 EVRM (ook al was het een publicatie op een website gewijd aan mode en hadden de fotografen een commercieel oogmerk, namelijk verkoop van de foto's, of in jargon: ook al was er sprake van *commercial speech*) en dat die inbreuk moet voldoen aan de vereisten uit art. 10 lid 2 EVRM (noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets) wil dat passabel zijn. Dat de belangenafweging in deze Franse zaak in het voordeel van auteursrechtinbreuk uitviel, kon volgens het EHRM overigens de toets van art. 10 lid 2 EVRM doorstaan, als ik het goed versta met name nu de "margin of appreciation" in dergelijke gevallen groot is:

"34. La Cour rappelle que l'article 10 de la Convention a vocation à s'appliquer à la communication au moyen de l'Internet (voir, notamment, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (nos 1 et 2), nos 3002/03 et 23676/03, CEDH 2009, et *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, no 33014/05, CEDH 2011 (extraits)), quel que soit le type de message qu'il s'agit de véhiculer (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, § 55, série A no 173), et même lorsque l'objectif poursuivi est de nature lucrative (voir par exemple, *mutatis mutandis*, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47, série A no 178 et *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 35, série A no 285-A). Elle rappelle aussi que la liberté d'expression comprend la publication de photographies (voir, notamment, *Von Hannover c. Allemagne* (no 2) [GC], nos 40660/08 et 60641/08, § 103, CEDH 2012). Elle en déduit que la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci.

35. Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si, « prévue par la loi », elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour le ou les atteindre.

36. La Cour constate que les requérants ont été condamnés pour contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, sur le fondement des articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu'interprétés par les juridictions internes. Elle en déduit que l'ingérence était prévue par la loi. Elle estime en outre qu'elle poursuivait l'un des buts légitimes énumérés par le second paragraphe de l'article 10 de la Convention - la protection des droits d'autrui - dès lors qu'elle visait à préserver les droits d'auteur des maisons de mode dont les créations étaient l'objet des photographies litigieuses.

37. Il reste à déterminer si l'ingérence était « nécessaire, dans une société démocratique ».

38. Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour ; ils ont été résumés comme il suit (voir, parmi d'autres, *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A no 298, *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, § 46, *Recueil des arrêts et décisions 1998-VI*, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, § 87, CEDH 2005-II et *Guja c. Moldova* [GC], no 14277/04, § 69, CEDH 2008) :

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou «

idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante.

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents.

39. L'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants en la matière varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de « discours » ou d'information en cause revêt une importance particulière. Ainsi, si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les Etats contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial (Mouvement raëlien c. Suisse [GC], no 16354/06, § 61), étant entendu que l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement « commerciale » de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général (Hertel c. Suisse, 25 août 1998, § 47, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI).

En l'espèce, les photographies litigieuses ont été publiées sur un site Internet appartenant à une société gérée par les deux premiers requérants, dans le but notamment de les vendre ou d'y donner accès contre rémunération. La démarche des requérants était donc avant tout commerciale. De plus, si l'on ne peut nier l'attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier, on ne saurait dire que les requérants ont pris part à un débat d'intérêt général alors qu'ils se sont bornés à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public.

40. La Cour rappelle ensuite qu'elle a jugé sur le terrain de l'article 11 de la Convention que, lorsque le but poursuivi est celui de la « protection des droits et libertés d'autrui » et que ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante (Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113, CEDH 1999-III). Ces considérations valent aussi dans le contexte de l'article 10 de la Convention, lorsque le but poursuivi par l'ingérence est la « protection » « des droits d'autrui

» au sens de cette disposition (voir *MGN Limited c. Royaume-Uni*, no 39401/04, § 142, 18 janvier 2011).

Or, comme indiqué précédemment, l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des requérants visait à la protection des droits d'auteur des créateurs de mode. Dès lors que l'article 1 du Protocole no 1 s'applique à la propriété intellectuelle, (*Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], no 73049/01, § 72, CEDH 2007-I), elle visait ainsi à la protection de droits garantis par la Convention ou ses Protocoles.

41. Ces deux éléments cumulés conduisent la Cour à considérer que les autorités internes disposaient en l'espèce d'une marge d'appréciation particulièrement importante.

42. Elle prend note du fait que les requérants considèrent que leur condamnation pour contrefaçon n'était pas « nécessaire » dès lors qu'ils avaient été invités aux défilés en question en leur qualité de photographes pour y prendre des photographies des créations de modes présentées en vue de leur diffusion, que la publication de photographies en-dehors du cadre de l'accréditation ne crée pas de risque supplémentaire de contrefaçon puisque les mêmes images sont concomitamment diffusées par les journaux accrédités et que, l'exclusivité n'étant plus de mise en pratique, le système de l'engagement de presse n'est plus véritablement suivi. Cela étant, elle constate que la cour d'appel de Paris a jugé que les requérants avaient, en connaissance de cause, diffusé les photographies litigieuses sans l'autorisation des titulaires des droits d'auteurs, qu'ils ne pouvaient se dégager de leur responsabilité en se prévalant du fait que le système de l'engagement de presse était inadapté ou mal respecté, et qu'ils s'étaient donc rendus coupables du délit de contrefaçon. Elle ne voit pas de raison de considérer que le juge interne a excédé sa marge d'appréciation en faisant par ces motifs prévaloir le droit au respect des biens des créateurs de mode sur le droit à la liberté d'expression des requérants.

43. Les requérants soutiennent en outre que les condamnations dont ils ont fait l'objet étaient à ce point sévère qu'elles étaient disproportionnées. Il est vrai que la nature et la gravité des sanctions infligées sont à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression (voir, parmi d'autres, *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 95, 7 février 2012). Or les requérants ont été condamnés non seulement à des amendes pénales significatives (8 000 EUR pour chacun des deux premiers requérant ; 3 000 EUR pour le troisième) mais aussi au paiement de dommages-intérêts élevés (équivalant à 100 000 EUR pour les deux premiers requérants et 55 000 EUR pour le troisième). La Cour observe toutefois avec le Gouvernement que, si les requérants affirment avoir été « étranglés financièrement », ils ne produisent aucun élément relatif aux conséquences de ces condamnations sur leur situation financière. Elle relève en outre que le juge interne a fixé ces montants à l'issue d'une procédure contradictoire dont l'équité n'est pas en cause et a dûment motivé sa décision, précisant en particulier les circonstances qui, selon son appréciation, les justifiaient.

44. Dans ces circonstances et eu égard à la marge d'appréciation particulièrement importante dont disposaient les autorités internes, la nature et la gravité des sanctions infligées aux requérants ne sont pas telles que la Cour puisse conclure que l'ingérence litigieuse était disproportionnée par rapport au but poursuivi.

45. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention."

2.2.5 Het volstaat niet langer te constateren dat sprake is van auteursrechtinbreuk, indien het verweer wordt gevoerd dat een auteursrechtelijk verbod niet door de beugel van art. 10 lid 2 EVRM kan. Uit dit arrest volgt dat een dergelijke als inbreuk op art. 10 lid 1 EVRM aan te

merken situatie moet sporen met art. 10 lid 2 EVRM: deze “inbreuk” moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ter bescherming van één van de in het tweede lid genoemde belangen (zoals bescherming van de rechten van anderen, waaronder eigendom, lees in ons geval: auteursrechtbescherming). Onder het vereiste “noodzakelijk in een democratische samenleving” wordt volgens het EHRM verstaan dat er een *pressing social need* moet bestaan voor de beperking, dat er een proportionele verhouding moet zijn tussen doel en beperking en dat de aangevoerde redenen relevant en adequaat moeten zijn²⁹.

2.2.6 Nog niet helemaal duidelijk is wat dit betekent. Het EHRM heeft in de zaak *Ashby Donald* duidelijk overwogen dat sprake was van een ruime “margin of appreciation” voor de nationale rechter door cumulatie van twee factoren: de aard van de publicatie en het feit dat sprake was van in het EVRM gewaarborgde botsende rechten. De aard van de publicatie was hier: “commercial speech”: publicatie van de catwalkfoto’s was niet verbonden met een kwestie van algemeen belang, zoals het maatschappelijk debat of iets politieks, maar had het karakter van een commerciële uiting. Zowel auteursrecht als informatievrijheid zijn door het EVRM gewaarborgde grondrechten. In de Straatsburgse *Pirate Bay*-zaak³⁰ is overwogen dat het doorgeven van informatie via internet binnen de reikwijdte van art. 10 EVRM valt en dat in het kader van de proportionaliteitstoets daartegenover het zwaarwegende belang van IE-rechtenbescherming staat uit art. 1 Eerste Protocol. Bij de proportionaliteitsbeoordeling volgens art. 10 lid 2 EVRM zijn aard en de ernst van de opgelegde straffen factoren waarmee rekening moet worden gehouden³¹. In de *Mouvement Raëlien Suisse*-zaak³² was het EHRM in rov. 61 al ingegaan op de bandbreedte van deze “margin of appreciation”:

“61. The breadth of such a margin of appreciation varies depending on a number of factors, among which the type of speech at issue is of particular importance. Whilst there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech (see *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 34, ECHR 1999-IV), a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion (see *Murphy*, cited above, § 67). Similarly, States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters or advertising (see *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 November 1989, § 33, Series A no. 165, and *Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 50, Series A no. 285-A).”

2.2.7 Een Straatsburgse zaak over afweging van auteursrecht tegenover informatievrijheid buiten de context van “commercial speech” is nog niet voorhanden bij mijn weten. Het lijkt niet gewaagd te veronderstellen dat daarbij een minder ruime beoordelingsmarge zal worden gegund aan de nationale rechter. GS Media doet in deze zaak beroep op dat algemene belang

²⁹ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980/146 m.nt. Alkema (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

³⁰ EHRM 19 februari 2013, ECLI:NL:XX:2013:BZ9842, nr. 40397/12 (*The Pirate Bay*).

³¹ *Idem*.

³² EHRM 13 juli 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX9103, nr. 16354/06, NJ 2014/319, m.nt. Dommering (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).

aspect (berichten over (andermaal) voortijdig uitlekken van Playboyfoto's). Maar uit Ashby Donald volgt ook dat dan nog steeds sprake is van een ruime beoordelingsmarge, omdat het ook dan gaat over afweging van door het EVRM gewaarborgde grondrechten.

2.2.8 Ook de Luxemburgse rechtspraak is inmiddels duidelijk over de noodzaak van afweging van grondrechten uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dat Handvest waarborgt de communicatievrijheid in art. 11 en intellectuele eigendomsrechten in art. 17 lid 2. In de Promusicae-zaak³³ is overwogen dat in voorkomend geval auteursrechten moeten worden afgewogen tegen de bescherming die de andere grondrechten bieden:

“De grondrechten

61 De verwijzende rechter verwijst in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing naar de artikelen 17 en 47 van het Handvest, die respectievelijk betrekking hebben op de bescherming van het eigendomsrecht, in het bijzonder van de intellectuele eigendom, en op het recht op een doeltreffend beroep. Aldus wenst de verwijzende rechter te vernemen of de uitlegging van de drie genoemde richtlijnen volgens welke de lidstaten niet gehouden zijn om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht de verplichting op te leggen om in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken, geen schending inhoudt van het fundamentele eigendomsrecht en het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming.

62 Het fundamentele eigendomsrecht, waarvan de intellectuele-eigendomsrechten, zoals het auteursrecht, deel uitmaken (zie in die zin arrest van 12 september 2006, Laderdisken, C-479/04, Jurispr. blz. I-8089, punt 65), en het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming vormen algemene beginselen van gemeenschapsrecht (zie in die zin respectievelijk arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

(...)

68 Bij de omzetting van bovengenoemde richtlijnen moeten de lidstaten niettemin erop toezien dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest Lindqvist, reeds aangehaald, punt 87, en arrest van 26 juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., C-305/05, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).”

³³ HvJEG 29 januari 2008, C-275/06, onder dit zaaksnummer te vinden op <http://curia.europa.eu>, zie ook NJ 2009/551, m.nt. Hugenholtz (Promusicae/Telefónica de España).

Auteursrechtelijke bescherming moet dus ook in de leer van het HvJEU onder omstandigheden die daar aanleiding toe geven worden afgewogen tegen de bescherming van andere grondrechten, zoals die van vrijheid van meningsuiting, waarbij de rechter op zoek moet naar “een juist evenwicht”.

2.2.9 Dit is nu vaste rechtspraak³⁴. In het Scarlet/SABAM-arrest (afweging auteursrecht en vrijheid van ondernemerschap) overweegt het HvJEU dat IE-rechten wel door art. 17 lid 2 Handvest worden beschermd, maar dat daaruit niet volgt dat dit recht onaantastbaar is en daarom absolute bescherming moet genieten, hetgeen ook niet volgt uit de rechtspraak van het HvJEU (punt 43)³⁵. Het gaat dus om het vinden van “een juist evenwicht” door de rechter.

2.2.10 Het wegen van grondrechten is in dit soort zaken overigens al langer doorgedrongen in onze nationale rechtssfeer; de Cruijff/Tirion-zaak is een goed voorbeeld³⁶, maar ook de genoemde Scientology-zaak.

de onderhavige zaak

2.2.11 De door het hof in rov. 2.5.5 gehanteerde abstracte toets lijkt mij in het licht van deze ontwikkeling niet langer toereikend. Anders gezegd: het feit dat de Auteurswet met een stelsel van beperkingen voorziet in voorschriften in het belang van de communicatievrijheid betekent nog niet dat concrete toetsing bij botsing van auteursrecht met communicatievrijheid niet meer hoeft te gebeuren, als een art. 10 lid 2 EVRM-verweer wordt gevoerd zoals door GS Media in deze zaak. Na de Ashby Donald-uitspraak kan niet meer worden volstaan met de enkele vaststelling dat de te beoordelen uiting een krachtens de Auteurswet toegestane beperking vormt, zoals het hof heeft gedaan. Scherper: het hof heeft ten onrechte niet beoordeeld of het op te leggen auteursrechtinbreukverbod voldoet aan de (overige) vereisten van art. 10 lid 2 EVRM.

2.2.12 Dat betekent dat onderdeel II.1 met uitwerkingen in II.4-II.6 en onderdeel II.3 met uitwerking in II.7, alsook II.8 in hoofdzaak slagen en tot cassatie moeten leiden. Nu het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, slaagt onderdeel II.9 ook. Indien het hof al zou zijn uitgegaan van een juiste rechtsopvatting, is zijn oordeel in het licht van de door GS Media aangevoerde stellingen onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd

³⁴ Herhaald in HvJEU 24 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BU6683, C-70/10, <http://curia.europa.eu>, zie ook NJ 2012, 479, m.nt. Hugenholtz, NTER 2012-2, p. 75, m.nt. Helberger en Van Hoboken, Mf 2012/3 p. 98, m.nt. Kulk en Zuiderveen Borgesius, AMI 2012-2, p. 49, m.nt. Dommering, IER 2012, nr. 34, p. 299, m.nt. Van der Heijden en Kulk, Computerrecht 2012, nr. 11, p. 77, m.nt. Werkers en Somers (Scarlet/SABAM e.a.), punten 44-45.

³⁵ Vgl. recent ook nog HvJEU 27 maart 2014, ECLI:NL:XX:2014:132, C-214/12, <http://curia.europa.eu> en RvdW 2014/744, IER 2014/52, m.nt. Kulk, punt 61. Zie voor verdere rechtspraakgegevens voetnoot 6 van het artikel van Tsoutsanis, Why copyright and linking can tango, JIPLP 2014-6, p. 495-509.

³⁶ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, RvdW 2013/789 (Cruijff/Tirion).

2.2.13 Ik acht het overigens goed mogelijk dat na verwijzing een eventueel auteursrechtelijk verbod de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets uit art. 10 lid 2 EVRM gewoon doorstaat in dit geval (al helemaal als na de nog door mij te bepleiten verwijzing naar Luxemburg blijkt dat linken naar illegale content in dit geval de auteursrechtelijk voorbehouden handeling openbaarmaken betreft), vanwege de ruime beoordelingsmarge die de Straatsburgse jurisprudentie ademt, maar dat is nu eenmaal het terrein van de feitenrechter die bij weging op zoek naar “een juist evenwicht” rekening dient te houden met alle omstandigheden van dit geval.

incidenteel beroep: is linken naar illegale content hier een mededeling aan het publiek?

2.3 Dan kom ik toe aan het auteursrechtelijke deel (onderdelen 2.1-2.7) van het incidentele cassatieberoep van Sanoma c.s. (één middel met twee onderdelen en verdere onderverdelingen). Dit lijkt de auteursrechtelijke hamvraag in deze zaak: is bij linken naar illegale content als gedaan op GeenStijl.nl sprake van auteursrechtelijke openbaarmaking? Als de lijn van het hierna te bespreken omstreden Svensson-arrest zou worden doorgetrokken, zou dat best eens kunnen, maar het is zeer onduidelijk (en mogelijk onwenselijk en naar ik meen onnodig). Voorafgaand aan Svensson hebben 19 eminente Europese auteursrechtgeleerden verenigd in de European Copyright Society (hierna ook: ECS), onder wie de hoogleraren Lionel Bently (Cambridge), Graeme B. Dinwoodie (Oxford), Thomas Dreier (KIT, Karlsruhe), Jonathan Griffiths (Queen Mary, Londen), Reto Hilty (Max Planck, München), Bernt Hugenholtz (IVIR, Amsterdam), Marie-Christine Janssens (Leuven), Martin Senftleben (VU, Amsterdam) en Alain Strowel (Luik) aangegeven dat en waarom hyperlinken geen mededeling aan het publiek is in de zin van de Auteursrechtlijn³⁷. Maar sindsdien zijn Svensson en BestWater gewezen in Luxemburg en dat lijkt de kwestie verder te hebben gecompliceerd. Over deze voor de praktijk belangrijke kwestie zullen vragen van uitleg gesteld moeten worden aan het HvJEU voor de broodnodige verfijning.

2.3.1 Voorafgaand dit: GS Media heeft in cassatie aangevoerd³⁸ dat Sanoma c.s. geen belang hebben bij beoordeling van deze onderdelen 2.1-2.7 – die zich richten tegen het oordeel van het hof dat GS Media niet auteursrechtelijk openbaar heeft gemaakt – als onderdelen III en IV van het principaal cassatieberoep over de o.d.-grondslag falen. Volgens GS Media staat dan vast dat GS Media in verband met de plaatsing van de hyperlinks schadeplichtig is, zodat het niet uitmaakt of dat, behalve onrechtmatig, ook auteursrechtelijk inbreukmakend is en resteert slechts de proceskostenklacht in onderdeel 2.8.

³⁷ Ik trof het advies aan in een hyperlink in deze IPKat blogpost: <http://ipkitten.blogspot.co.uk/2013/02/save-our-hyperlinks-paws-for-reflection.html>.

³⁸ Pleitnotitie mr. Chavannes HR onder 77.

2.3.2 Dat klopt niet. Volgens vaste rechtspraak levert een proceskostenveroordeling voldoende belang op voor het aanwenden van een rechtsmiddel³⁹. Ook als geen belang meer bestaat bij toewijzing van een vordering, zal de hogere rechter hebben te onderzoeken of de vordering in de lagere instantie al dan niet terecht is afgewezen in verband met dat proceskostenbelang. Nu Sanoma c.s. bij wege van compensatie zijn veroordeeld in een deel van de proceskosten, is er procesbelang.

2.3.3 Voor een goed begrip verder vooraf een korte omschrijving van hyperlinken. Dat is het plaatsen van informatie op een website door een automatische verbinding te maken naar een andere plaats op het internet waar die informatie al staat en waar deze door iemand anders al dan niet met toestemming van de rechthebbende is opgezet. Bij gewoon hyperlinken verlaat de gebruiker de website waar de link op staat en komt hij terecht op de site waar naar wordt gelinkt. Dat kan naar de homepage zijn of naar achterliggende pagina's; dat laatste wordt deeplinken genoemd. Bij embedded linken wordt de informatie getoond binnen de website waar de automatische verbinding is geplaatst⁴⁰.

2.3.4 *Onderdeel 2* richt acht subonderdelen tegen rov. 2.4, in het bijzonder tegen rov. 2.4.4 en rov. 2.4.7; ik citeer rov. 2.4 voor de leesbaarheid integraal:

“2.4 Met grief 2 betoogt GS Media dat zij door het plaatsen van de hyperlinks op GeenStijl de foto's niet heeft openbaar gemaakt.

2.4.1 De rechtbank heeft, na het geven van een definitie van het begrip openbaarmaking en een uiteenzetting met betrekking tot de criteria waarvan, ingevolge de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), kan worden beoordeeld of in een voorkomend geval van openbaarmaking kan worden gesproken (te weten: interventie, (nieuw) publiek en winstoogmerk), onder meer het volgende overwogen.

Het plaatsen van een hyperlink die verwijst naar de locatie op internet waar een bepaald werk voor publiek toegankelijk is gemaakt, is in beginsel geen zelfstandige openbaarmaking. De terbeschikkingstelling aan het publiek vindt plaats op de website waar de hyperlink naar verwijst (rechtsoverweging 4.11). Als onbetwist staat vast dat de op Filefactory geplaatste bestanden niet door middel van zoekprogramma's kunnen worden gevonden maar alleen toegankelijk zijn voor internetgebruikers indien zij het exacte URL-adres intoetsen (rechtsoverweging 4.10). Niet de plaatsing van de foto's in een voor het publiek onvindbare file binnen Filefactory, maar de plaatsing van de hyperlink op GeenStijl heeft er voor gezorgd dat het publiek vanaf 27 oktober 2011 kennis kon nemen van de foto's voordat deze door Sanoma werden gepubliceerd in Playboy (rechtsoverweging 4.11). De rechtbank is onder meer op grond van het voorgaande tot de conclusie gekomen dat GS Media inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès en het portretrecht en het recht op privacy van Dekker.

2.4.2 In deze procedure is niet komen vast te staan wie de foto's op Filefactory of Imageshack heeft geplaatst. Uit niets blijkt dat dit door of vanwege GS Media is gedaan. De suggestie van

³⁹ Vaste rechtspraak: o.a. HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9705, NJ 2007/188 (Aruba/New Millenium). Zie voor verdere rechtspraakgegevens en literatuurverwijzingen de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór deze uitspraak onder 2.11, i.h.b voetnoot 31. Zie ook mijn conclusie van 19 december 2014 in de My Little Pony-zaak (rolnr. 13/01515, inmiddels gepubliceerd op het IE-blog boek9.nl: B913433) onder 2.15.

⁴⁰ Voor een uiteenzetting over verdere varianten zie Becker en Jansen, Het Svensson-arrest; iedere link met het auteursrecht doorbroken?, IEF 13705.

GS Media dat Sanoma dit om publicitaire redenen zelf heeft gedaan is louter speculatief en op geen enkele wijze onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Indien juist zou zijn, Sanoma heeft dat op basis van een deskundigenrapport deugdelijk betwist, dat iemand vanuit de organisatie van Sanoma de foto's op de genoemde websites heeft geplaatst is van belang dat onvoldoende is onderbouwd dat dit met toestemming of medeweten van Sanoma zou zijn geschied. Het hof gaat er daarom vanuit dat de foto's door een onbekende derde (of derden) zonder recht of titel op Filefactory, Imageshack en andere websites, zijn geplaatst.

2.4.3 Dat Pownews tijdens haar uitzending van 26 oktober 2011, waarin zij het uitlekken als nieuwsfeit meldde zonder een vindplaats op internet (c.q. het desbetreffende URL-adres) te tonen of te noemen, ook één of twee van de foto's heeft getoond, maakt niet dat zij daardoor de fotoreportage op voor de onderhavige zaak relevante wijze door het publiek toegang te verschaffen heeft openbaar gemaakt, zodat het hof daaraan voorbij kan gaan.

2.4.4 Het hof neemt tot uitgangspunt dat het internet in zijn huidige vorm een vrij, open en voor een ieder toegankelijk communicatienetwerk is. Degene die een werk op internet plaatst zodanig dat dit toegankelijk is voor het publiek (en daardoor mededeling doet aan het publiek in de zin van de Auteursrechtlijn), is degene die dit werk ter beschikking stelt van het publiek en dus openbaart. Verwijzing met een hyperlink naar een aldus op een andere locatie openbaar gemaakt werk is niet veel anders dan met een voetnoot in een boek of tijdschriftartikel verwijzen naar een reeds gepubliceerd ander werk. Een zelfstandige manier van openbaar maken of van interventie daarbij is het geven van een hyperlink in dat geval in beginsel niet.

2.4.5 Sanoma c.s. betogen dat deze algemene regel in dit geval niet opgaat, omdat Filefactory een digitale kluis is waartoe niet geautoriseerde derden geen toegang hebben. De bestanden die een gebruiker op Filefactory heeft opgeslagen, zijn alleen bereikbaar voor die gebruiker. Wanneer deze een bestand in zijn kluis wil delen met een ander kan hij een unieke code genereren, de accesslink. Derden kunnen alleen toegang krijgen tot de bestanden in de digitale kluis indien zij kennis hebben gekregen van de specifieke code van het te delen bestand. Het is dus niet zo dat iedere internetgebruiker toegang heeft tot de digitale kluis. Dat is te minder het geval omdat bestanden op Filefactory niet worden geïndexeerd voor zoekmachines. Tot voor kort was het niet mogelijk de site van Filefactory zelf te doorzoeken, doch dat is sedert september 2013 gewijzigd voor gratis accounts, echter premium accounts blijven private by default, aldus nog steeds Sanoma c.s.

2.4.6 GS Media heeft het voorgaande betoog van Sanoma c.s. en daarmee ook rechtsoverweging 4.10 van de rechtbank bestreden. Volgens haar kunnen bestanden op internet niet alleen gevonden worden door het exacte URL-adres handmatig in te tikken in een browser, maar ook door een hyperlink aan te klikken op een andere webpagina, een e-mailbericht of een twitterboodschap. GS Media betwist dat de bestanden op Filefactory niet door zoekmachines geïndexeerd worden. Websitehouders kunnen zoekmachines weliswaar verzoeken om hun website niet te doorzoeken, maar dat biedt geen garantie dat het desbetreffende bestand onvindbaar blijft.

2.4.7 Indien, zoals Sanoma c.s. stelt maar GS Media betwist, de door een gebruiker op Filefactory geplaatste bestanden inderdaad volmaakt privé blijven, kan door de enkele plaatsingshandeling niet worden gesproken van ter beschikking stellen aan het publiek. Dat kan anders zijn indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend maakt of indien een ander dat doet. Doch daarvoor dient eerst te komen vast te staan dat de inhoud van de bij Filefactory opgeslagen bestanden inderdaad onvindbaar en onbereikbaar is voor het publiek, zoals Sanoma c.s. stellen. Nu GS Media die stelling voldoende gemotiveerd heeft bestreden, ligt het op de weg van Sanoma c.s. bewijs te leveren van hun stelling. Sanoma c.s. hebben geen bewijs laat staan specifiek bewijs, zoals in hoger beroep wordt verlangd- van hun stelling aangeboden. Dat betekent dat hun stelling onbewezen blijft. Derhalve is niet komen vast te

staan dat de foto's op Filefactory volmaakt privé zijn gebleven, zodat het hof er daarom vanuit moet gaan dat een derde de foto's heeft geopenbaard door deze op Filefactory te plaatsen en dat GS Media, hoewel zij de toegang tot de foto's tot op zekere hoogte heeft gefaciliteerd (zie hieronder 2.7.3) niet aan het publiek daartoe een nieuw toegangskanaal heeft verschaft en derhalve geen interventie heeft gepleegd in de zin van de jurisprudentie van het HvJEU. Een onderzoek naar de plaatsing van de foto's op Imageshack en andere websites waar de foto's konden worden bekeken, kan verder onbesproken blijven."

2.3.5 *Onderdeel 2.1* richt een rechts-/motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat geen mededeling aan het publiek (art. 3 Auteursrechtlijn)/openbaarmaking (art. 12 Aw) plaatsvindt bij linken zoals gedaan door GS Media. Volgens de klacht is (ook) dit een openbaarmakingshandeling: plaatsing van een aanklikbare link op een website naar een bron/website met auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan vaststaat dat dit zonder toestemming van de rechthebbende aan een algemeen internetpubliek ter beschikking is gesteld, al dan niet in samenhang met de omstandigheid dat deze rechthebbende het auteursrechtelijk beschermde materiaal nog niet (voor de eerste maal) aan een publiek heeft openbaar gemaakt, althans dat deze rechthebbende het auteursrechtelijk beschermde materiaal alleen via een ander medium (papier) aan een beperkt publiek ter beschikking wenste te gaan stellen, wat ook geldt voor door Sanoma c.s. voorgenomen digitale publicatie ervan, onderworpen aan een toegangsbeperking.

In *onderdeel 2.2* is ter toelichting op deze klacht verwezen naar het Svensson-arrest⁴¹ onder aanhaling van punten 14-32.

Onderdeel 2.3 vervolgt met de klacht dat het oordeel in rov. 2.4.4 en 2.4.7 dat linken geen auteursrechtelijke openbaarmaking is, onjuist/onbegrijpelijk is: in Svensson is uitgemaakt dat door plaatsing op een website van aanklikbare links naar een website met beschermde werken die zonder toegangsbeperking zijn gepubliceerd, de gebruikers van eerstgenoemde website een directe toegang tot die werken wordt geboden, waarbij die plaatsing van aanklikbare links een mededeling aan het publiek is. Daarbij had het hof niet voorbij mogen gaan aan de feitelijke vaststellingen dat het GeenStijl-publiek de foto's niet op eenvoudige wijze had kunnen vinden zonder die aanklikbare links en de aanklikbare links in hoge mate faciliterend zijn. Daarmee is volgens de klacht ook een nieuw publiek bereikt, nu vaststaat dat de website van GeenStijl zich richt tot een algemeen internetpubliek en Sanoma c.s. geen toestemming hebben gegeven voor mededeling van de foto's aan een publiek, laat staan een algemeen internetpubliek, onder verwijzing naar punt 27 van Svensson.

Onderdeel 2.4 voert een rechtsklacht aan tegen het beslissende betekenis toekennen aan de vraag of de door een gebruiker zonder recht of titel op internet geplaatste bestanden "volmaakt privé" blijven. De juiste toets is of de bestanden die door of via de aanklikbare link beschikbaar worden gesteld (al dan niet) gericht zijn op een (nieuw) publiek, zijnde een publiek dat door de auteursrechthebbende niet in aanmerking werd genomen bij toestemmingverlening voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek. Nu feitelijk vast

⁴¹ HvJEU 13 februari 2014, zaak C-466/12, <http://curia.europa.eu> en AMI 2014-7, p. 85 e.v., m.nt. Koelman, IER 2014/59 m.nt. Seignette, SEW 2014-10, p. 474-480, m.nt. Tanghe, Computerrecht 2014/75 m.nt. Lodder (Svensson e.a./Retriever).

staat dat de fotoreportage ongeautoriseerd is (zonder oorspronkelijke toestemming van de rechthebbende op internet geplaatst), is in beginsel sprake is van een (nieuw) publiek.

Onderdeel 2.5 vervolgt met de motiveringsklacht dat als wel een juist criterium is toegepast, de aangevallen overwegingen onbegrijpelijk zijn, gelet op de vaststelling in rov. 2.4.2 dat de gelekte foto's zonder toestemming van Sanoma op het internet zijn geplaatst, en in rov. 2.2.5, 2.2.9 en 2.2.10 dat GS Media op haar - voor een algemeen internetpubliek toegankelijke - website links aanbood naar foto's uit die fotoreportage.

Onderdeel 2.6 klaagt dat het hof ten onrechte essentiële stellingen van Sanoma heeft gepasseerd waaruit blijkt dat er beperkingsmaatregelen in de zin van punt 31 van Svensson waren getroffen, die door gebruikers van GeenStijl omzeild konden worden door de interventie van GS Media, waardoor de gelekte foto's beschikbaar zijn gesteld aan een ruimer publiek dan het publiek waarvoor de foto's in de "digitale kluis" werden geplaatst; althans waardoor deze foto's werden ontsloten aan een publiek dat deze foto's zonder die interventie niet (op eenvoudige wijze) had kunnen vinden en dus voor die categorie onbereikbaar zou zijn gebleven. Ook heeft het hof stelplicht en bewijslast miskend doordat GS Media dient te stellen en bewijzen dat al openbaar gemaakt was, althans dat de foto's toegankelijk of eenvoudig vindbaar waren voor het GeenStijl-publiek onafhankelijk van de interventie van de hyperlink, nu GS Media zich erop beroept dat al onafhankelijk van haar interventie openbaar was gemaakt. Althans is dit oordeel onbegrijpelijk tegen de achtergrond van deze (onbetwiste) stellingen dat:

- a) filefactory een opslagdienst is die is ontwikkeld om te zorgen dat internetgebruikers bestanden in een besloten omgeving, een digitale kluis, kunnen opslaan;
- b) toegang verschaffen door middel van een gepersonaliseerde sleutel, de accesslink, een exacte url, de enige manier is om de digitale kluis te openen en aldus toegang te krijgen tot het bestand;
- c) het alleen mogelijk is voor derden (buiten de persoon die de bestanden op Filefactory heeft geplaatst) kennis te nemen van de bestanden wanneer derden kennis hebben van de specifieke url, de accesslink, van het te delen bestand. In het geval van Filefactory was die code "ce978bc:http://www.filefactory.com/file/ce978bc/nA/et_.zip.";
- d) het delen van de bestanden geschiedt door het bekendmaken van de accesslink die door Filefactory alleen aan de gebruiker van de digitale kluis en uploader van het bestand bekend wordt gemaakt;
- e) de accesslink en het bestand niet geïndexeerd worden door zoekmachines;
- f) er ook met andere zoekmethodes (zoals op de site van Filefactory zelf) niet gezocht kan worden naar de bestanden;
- g) de dienst van Filefactory website vermeldt: "All files you upload to FileFactory are private by default. We do not share your links with anyone, nor do we provide an internal search engine, In addition all download pages are not able to be crawled by search engines.";
- h) de "tipgever" zijn e-mail aan GeenStijl begeleidde met de opmerking dat hij GeenStijl "de primeur" gunde;
- i) gesteld noch gebleken is dat de accesslink, de specifieke url die leidde naar de fotoreportage op Filefactory behalve aan Geen Stijl, publiekelijk bekend was gemaakt;
- j) de fotoreportage niet publiek toegankelijk was gemaakt voor de publicatie van de accesslink door GeenStijl;
- k) uit niets blijkt dat het GeenStijlpubliek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden;

- l) het bewijs voor deze stellingen door middel van de beschreven (en gedocumenteerde) feitelijke werking van de betreffende “digitale kluis-dienst” van Filefactory zoals specifiek uiteengezet in de pleitnota van Sanoma c.s. in beroep (nrs. 24-29) is dan wel kon worden bewezen;
- m) de naaktfoto’s van Dekker achter slot en grendel zaten en de sleutel tot de bestanden de acceslink was. Die sleutel heeft GeenStijl verspreid. Pas daarna was de fotoreportage toegankelijk voor de 230.000 dagelijkse bezoekers van GeenStijl.

Onderdeel 2.7 besluit met de rechts/motiveringsklacht dat voor zover het hof wel de juiste openbaarmakingsmaatstaf heeft toegepast en terecht Sanoma c.s. hebben belast met het bewijs dat de inhoud van de bij Filefactory opgeslagen bestanden onvindbaar en onbereikbaar is voor het publiek, het oordeel van het hof in rov. 2.4.7 dat Sanoma c.s. deze stelling niet zouden hebben bewezen en geen specifiek bewijsaanbod hebben gedaan rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van de stellingen weergegeven bij onderdeel 2.6 onder a-l.

mededeling aan het publiek

2.3.6 Het Nederlandse auteursrechtelijke openbaar maken (art. 12 Aw) omvat zowel “mededeling aan het publiek” uit art. 3 Auteursrechtrichtlijn⁴² als het “distributierecht” van art. 4 van die richtlijn en is overigens nog breder dan die twee begrippen⁴³. Voor onze zaak volstaat dat we nader moeten bepalen wat de openbaarmakingshandeling “mededeling aan het publiek” betekent. De Auteursrechtrichtlijn definieert dit begrip niet⁴⁴. Het HvJEU heeft dit autonoom Unierechtelijk ingevuld⁴⁵. Er zijn inmiddels drie categorieën te onderscheiden die er onder vallen:

- 1 uitzending (ether, kabel, satelliet);
- 2 secundaire doorgifte via ether, kabel of satelliet of op een openbare plaats; en
- 3 het *making available right*: beschikbaarstelling voor het publiek zodanig dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is.

⁴² Art. 3 lid 1 van de richtlijn luidt zo: “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 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.”

⁴³ Visser, Openbaar maken met ketchup, AMI 2013/2 p. 41 noemt live uitvoeringen en tentoonstellen. De hierna te noemen 3 categorieën zijn ook ontleend aan dit artikel.

⁴⁴ De bepaling is geïnspireerd op art. 8 van het WIPO WCT-Verdrag dat als volgt luidt: “Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14 bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorising any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at time individually chosen by them”.

⁴⁵ Begonnen met HvJEG 14 juli 2005, C-192/04, <http://curia.europa.eu>, zie ook AMI 2006/1, nr. 2, m.nt. Seignette (Lagardère/GVL) en na een reeks arresten recent via HvJEU 13 februari 2014, zaak C-466/12, <http://curia.europa.eu> (Svensson) voorlopig eindigend in HvJEU 21 oktober 2014, C-348/13, <http://curia.europa.eu> (BestWater). Art. 3 beoogt maximumharmonisatie. Zie voor een overzicht: Geerts in Kort Begrip 2014, p. 493-494.

De HvJEU-rechtspraak construeerde aanvankelijk drie voorwaarden wil sprake zijn van mededeling aan het publiek: er moet een interventie zijn, waardoor (nieuw) publiek bereikt wordt met winstoogmerk.

i) interventie

2.3.7 Het werk moet op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar worden gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, waarbij niet van beslissend belang is of zij daar gebruik van maken. Zie punt 42 uit *Hoteles*⁴⁶:

“(…) Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.”

Zie ook punt 82 uit *Del Corso*⁴⁷:

“In de eerste plaats heeft het Hof reeds de niet te negeren rol van de gebruiker benadrukt. Zo heeft het met betrekking tot een exploitant van een hotel en een café-restaurant geoordeeld dat hij een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, zijn klanten toegang verleent tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Anders zouden deze klanten, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending bevinden, immers in beginsel het uitgezonden werk niet kunnen horen (zie in die zin arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 42, en arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 195).”

2.3.8 Interventie is het welbewust tussenkomen om toegang tot het werk te verlenen en vereist volgens punt 42 van *Hoteles* en punt 82 van het tandartsarrest (*Del Corso*): met volledige kennis van de gevolgen van het interveniërende gedrag actief bijdragen om derden toegang tot het beschermde werk te verlenen⁴⁸.

⁴⁶ HvJEG 7 december 2006, C-306/05, <http://curia.europa.eu>, zie ook AMI 2007/2, nr. 7, m.nt. Koelman, MF 2007, p. 60-62, m.nt. Visser (SGAE/Rafael Hoteles).

⁴⁷ HvJEU 15 maart 2012, C-135/10, <http://curia.europa.eu>, zie ook NJ 2013/197, m.nt. Hugenholtz (SCF/Del Corso).

⁴⁸ De ECS waarschuwt in haar advies onder 25 dat “communication” ongetwijfeld een “intervention” is, maar dat niet iedere interventie een mededeling is. In haar optiek is “communication” beperkt tot “those interventions that involve (...) transmission of a work (...)”. Mededeling moet niet verward worden met toegang, aldus de ECS.

ii) (nieuw) publiek

2.3.9 Publiek in art. 3 richtlijn is een onbepaald aantal potentiële ontvangers en overigens een vrij groot aantal mensen⁴⁹. Dit is bijvoorbeeld nader ingevuld in Del Corso punten 85-87:

“85. Wat allereerst de ‘onbepaaldheid’ van het publiek betreft, is het van belang erop te wijzen dat het erom gaat ‘een werk [...] op elke passende wijze waarneembaar [te] maken voor personen in het algemeen, met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren’ overeenkomstig de omschrijving van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in de WIPO-woordenlijst, die, hoewel zij geen bindende rechtskracht heeft, bijdraagt aan de uitlegging van het begrip publiek.

86. Wat vervolgens het criterium ‘een vrij groot aantal personen’ betreft, heeft dit tot doel erop te wijzen dat het begrip publiek een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt.

87. Om dit aantal te bepalen heeft het Hof rekening gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van werken aan de potentiële luisteraars of kijkers (zie arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 39). In dit opzicht is het niet enkel relevant te weten hoeveel personen tegelijk toegang hebben tot hetzelfde werk, maar ook hoeveel personen er opeenvolgend toegang toe hebben.⁵⁰”

2.3.10 Dan het problematische “nieuw publiek”-criterium. Daarmee is bedoeld: niet bij toestemming ingecalculeerd publiek. Een openbaarmaking van dezelfde werken als de oorspronkelijke die net als de oorspronkelijke mededeling op dezelfde technische wijze werd verricht, is alleen een “mededeling aan het publiek” in de zin van art. 3 van de richtlijn, als deze mededeling gericht is tot een nieuw publiek: een publiek dat door de auteursrechthebbende niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de mededeling aan het oorspronkelijke publiek⁵¹. Het Hof baseert dit criterium op art. 11 bis Berner Conventie⁵², zo volgt uit punt 40 van het Hoteles-arrest:

“Tevens moet erop worden gewezen dat een mededeling die in omstandigheden als die in het hoofding wordt verricht, volgens artikel 11bis, eerste alinea, sub ii, van de Berner

⁴⁹ Zie o.a. HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, <http://curia.europa.eu>, zie ook NJ 2013/444, m.nt. Hugenholtz (ITV/TVCatchup), punt 32; HvJEG 7 december 2006, C-306/05, <http://curia.europa.eu> en AMI 2007/2, nr. 7, m.nt. Koelman, MF 2007, p. 60-62, m.nt. Visser, punt 37- 38 (Hoteles); HvJEG 14 juli 2005, C-192/04, <http://curia.europa.eu> en AMI 2006-2, p. 25, m.nt. Seignette, punt 31 (Lagardère/GVL).

⁵⁰ HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, <http://curia.europa.eu> en NJ 2013/444, m.nt. Hugenholtz, IER 2013/26, m.nt. Seignette (ITV/TVCatchup), punt 33.

⁵¹ Hoteles, punten 40 en 42; HvJEU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, <http://curia.europa.eu> en NJ 2012/164, m.nt. Hugenholtz, MM 2011-6, p. 2398, m.nt. Kreijer (Premiere League), punt 197; HvJEU 18 maart 2010, C-136/09, <http://curia.europa.eu> (OSDD/Divani Akropolis), punt 38, en HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, <http://curia.europa.eu> en IER 2013/26, m.nt. Seignette (ITV/TVCatchup) punt 39, HvJEU 13 februari 2014, C-466/12, (Svensson), punt 24, zie voetnoot 41.

⁵² Art 11 bis lid 1 sub 1° en 2° BC luidt zo: “Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

1° de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel, dienende tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden;

2° elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt;”

Conventie moet worden gezien als een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan. Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek.”

Seignette⁵³ signaleert dat dit berust op een denkfout. In punt 40 is het “autre organisme”-criterium door het Hof verward met het “nieuw publiek”-criterium (“nouveau cercle d’auditeurs”), waar in TVCatchup op is teruggekomen, zo zullen we zo meteen zien. Seignette zet uiteen dat in de BC bewust is gekozen voor het “autre organisme”-criterium in plaats van “nouveau cercle d’auditeurs”, omdat dat laatste criterium het tijdens een diplomatieke wijzigingsconferentie van de BC niet heeft gehaald. Dat bracht Uw Raad er al ruim dertig jaar geleden in het CAI/Amstelveen I⁵⁴ arrest in rov. 5 toe dat de eis van nieuw publiek voor de toepassing van art. 11bis lid 1 sub 2° BC *niet* gesteld mag worden:

“De omstandigheden dat in de uiteindelijk tot stand gekomen tekst het criterium van een ‘nouveau cercle d’auditeurs’ geen uitdrukking heeft gevonden omdat dit te vaag werd geacht, en dat thans het criterium ‘autre organisme’ is opgenomen, wijzen er veeleer op dat eerstbedoeld criterium uiteindelijk door laatstbedoeld criterium is vervangen en dat de eis van een ‘nouveau cercle d’auditeurs’ – neerkomende op de eis van een nieuw publiek – voor de toepassing van art. 11bis lid 1 sub 2° niet mag worden gesteld.”

2.3.11 In TVCatchup punten 38-40 is vervolgens “verduidelijkt” dat dit door het HvJEU geformuleerde “nieuw-publiek”-criterium niet geldt bij evidente separate wederdoorgifte. Seignette⁵⁵ schetst in haar IER-noot onder TVCatchup dat dit is om te voorkomen dat bijvoorbeeld Spotify weg zou komen met de redenering: licentie niet nodig want wij betrekken van iTunes die al toestemming heeft verkregen. We zullen hierna zien bij de bespreking van Svensson en BestWater en de consequenties daarvan voor onze zaak, dat dit aldus gestarte “nieuw” publiek-criterium voor hoofdbreken blijft zorgen. Visser noemt het niet-ingecalculeerd-publiek vereiste een cirkelredenering⁵⁶. Dat zou kunnen. Geerts vindt de rechtspraak van het Hof over nieuw publiek “moeilijk te doorgronden”⁵⁷. Daar kan ik inkomen. Becker en Jansen achten het ongelukkig dat het Hof is gaan werken met de nieuw

⁵³ IER-noot onder het nog te bespreken Svensson-arrest, IER 2014/59, alsmede haar noot onder TVCatchup, IER 2013/26.

⁵⁴ HR 30 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4255, NJ 1982/435 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach.

⁵⁵ IER 2013/26.

⁵⁶ Visser, Openbaar maken met ketchup, AMI 2013/2, p. 45-46: “Met welk publiek houdt een auteur rekening wanneer hij toestemming geeft voor een bepaalde mededeling aan het publiek (bijvoorbeeld een uitzending)? Het antwoord luidt: het publiek waarvan hij weet dat het door die mededeling aan het publiek wordt bereikt of bereikt kan worden bereikt. We zouden dat het ‘oorspronkelijke publiek’ kunnen noemen. Welk publiek is dat oorspronkelijke publiek dan precies? Het publiek dat wordt bereikt zonder ‘tussenkomst’ van een nieuwe afzonderlijke mededeling aan het publiek. Het oorspronkelijke publiek is dus het publiek dat geen nieuw publiek is. En het nieuwe publiek is publiek dat geen oorspronkelijk publiek is. Zie daar de cirkelredenering” (...) “die als zelfstandig criterium voor de vraag of een bepaalde handeling wel of niet als een aparte mededeling aan het publiek is aan te merken feitelijk niet bruikbaar is.”

⁵⁷ Kort Begrip 2014, p. 494.

publiek-eis en signaleren dat ook Visser, De Cock Buning en De Bruin en Kindt dat zo zien⁵⁸. Maar goed, dat is wel het recht tot nu toe.

iii) winstoogmerk

2.3.12 Bij het bepalen of een “mededeling aan het publiek” aanwezig is, is relevant of de betreffende handeling een winstoogmerk heeft⁵⁹. Het winstoogmerk is niet een absoluut noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een “mededeling aan het publiek” (vgl. Hoteles, punt 44⁶⁰) en is om die reden niet bepalend om een wederdoorgifte te kwalificeren als “mededeling” in de zin van art. 3 lid 1 richtlijn.

2.3.13 In het arrest van de Turijnse tandarts Marco Del Corso, punten 98-99, heeft het Hof overwogen dat een radio-uitzending van muziek in de wachtruimte van een tandartsenpraktijk (anders dan in de Hoteles-zaak, in de kroeg en in een kuuroord) het beoogde winstoogmerk mist. Ook vond het Hof tandartspatiënten een te stabiele groep en te gering in aantal om nog “publiek” te zijn in de zin van de richtlijnbevestiging. Dit zorgt voor allerlei afbakeningsproblemen, die zich in onze zaak niet voor lijken te doen, zodat ik die laat rusten.

samenvatting criteria mededeling aan het publiek

2.3.14 Visser⁶¹ geeft de volgende samenvatting van de rechtspraak voorafgaand aan Svensson en BestWater over “mededeling aan het publiek”:

“Bij de ‘mededeling aan het publiek’ moet het gaan om een *interventie* of tussenkomst, die iemand *bewust* verricht en daarbij een *centrale rol* speelt waardoor een (enigszins) *onbepaald* publiek van *enige omvang* wordt bereikt of kan worden bereikt, dat *ontvankelijk* is om van het werk te genieten, voor zover dat publiek *nieuw* is, dat wil zeggen *niet is ingecalculeerd* bij een eerdere voorafgaande mededeling aan het publiek of wanneer sprake is van wederdoorgifte (aan hetzelfde publiek) via een *andere techniek* die niet slechts op ontvangstverbetering ziet. Het hebben van een *winstoogmerk* kan hierbij van belang zijn, maar is niet doorslaggevend.”

⁵⁸ Becker en Jansen, Het Svensson-arrest; iedere link met het auteursrecht doorbroken?, IEF 13705 met verdere verwijzingen.

⁵⁹ HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, <http://curia.europa.eu> en IER 2012/27, m.nt. Seignette (Airfield en Canal Digitaal Sabam), punt 80; HvJEU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, <http://curia.europa.eu> en NJ 2012/164, m.nt. Hugenholtz, MM 2011-6, p. 2398, m.nt. Kreijer (Premiere League), punt 204; SCF/Del Corso, punt 88; HvJEU 15 maart 2012, C 162/10, <http://curia.europa.eu> en NJ 2013/198, m.n.t. Hugenholtz (PPL/Ierland), punt 36.

⁶⁰ De betreffende passage luidt: “(...) Ook al is een winstoogmerk, zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen stelt, geen noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een mededeling aan het publiek, vaststaat in elk geval dat de mededeling in omstandigheden als die in het hoofdgeding een winstoogmerk dient.” Zie ook HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, <http://curia.europa.eu> en NJ 2013/444, m.nt. Hugenholtz (ITV Broadcasting/TVC), punt 42-44.

⁶¹ Openbaar maken met ketchup, AMI 2013/2, p. 51.

*internetomgeving en hyperlinks*⁶²

2.3.15 Hoofregel is, ook voor de internetomgeving, dat er een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen moet worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden onderling en tussen hen en de gebruikers van beschermd materiaal⁶³. De criteria waaraan moet worden voldaan om te spreken van mededeling aan het publiek zagen tot nu toe op *klassieke mediadiensten*, zoals radio en televisie. Zijn die te transponeren naar de internetomgeving? Dat is problematisch. Lodder⁶⁴ meent dat deze criteria voor toepassing op het internet volkomen ongeschikt zijn, omdat iedere commerciële website waar links worden opgenomen vanzelf voldoet aan deze criteria, die niet zien op diensten op individueel verzoek van de afnemer:

“11. Om te beginnen intervenueert degene die een link plaatst per definitie tussen de auteursrechthebbende en zijn publiek. De link wijst immers het publiek naar het werk van de auteursrechthebbende. Door de link wordt ook altijd een nieuw publiek aangeboord, namelijk onder degenen die de website bezoeken en de link volgen zullen altijd internetgebruikers zitten die de content nog niet eerder hadden bezocht. Het commerciële karakter is bij een dienstverlener van de informatiemaatschappij ten slotte gegeven, het criteria ‘gewoonlijk tegen vergoeding’ ziet immers op een economische activiteit.[16.]

12. Daarnaast ziet de jurisprudentie van het Hof van Justitie op ‘uitzendingen’, te vergelijken met klassieke mediadiensten waar de ontvanger de zending ontvangt ook zonder daarom te verzoeken. Deze zijn wezenlijk van andere aard dan de wijze waarop informatie-uitwisseling op internet plaatsvindt. Bij de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel zijn dergelijke mediadiensten dan ook uitdrukkelijk uitgezonderd van diensten van de informatiemaatschappij door het criterium ‘op individueel verzoek’ op te nemen. Op het internet vindt afname van content op individueel verzoek van de afnemer plaats. Om in klassieke termen te spreken, een verbinding tussen zender en ontvanger ontstaat pas indien de afnemer hierom verzoekt. Bij klassieke uitzendingen is er niet een dergelijk verzoek voorafgaand aan de ontvangst. De Rechtbank Amsterdam stelt de dienstverlener van de informatiemaatschappij op één lijn met een mediadienst, terwijl de positie van de plaatsers van een link een heel andere is dan degene die informatie uitzendt. In het geval van de uitzender komt de informatie ook tot de gebruiker als hij hier niet specifiek om vraagt (ongeacht of hij deze vervolgens nu wel of niet daadwerkelijk ontvangt). Op internet wordt informatie pas verzonden als daar expliciet om verzocht is (door intypen domeinnaam, volgen link, enz.). ”

2.3.16 Voornoemd advies van de 19 auteursrechtgeleerden van de European Copyright Society (ECS) vindt hyperlinken in het algemeen geen mededeling aan het publiek in de zin van de richtlijn:

“6. Hyperlinking in general should not be regarded as an activity that is not covered by the right to communicate the work to the public embodied in Article 3 of Directive 2001/29. We offer three reasons for this conclusion:

⁶² Zie in het algemeen over dit onderwerp: Janssens, De impact van het internet op de sector van het auteursrecht (of is het omgekeerd?) – een analyse aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie, SEW 2014/10, p. 454-467. Zie ook het ESC advies, a.w., voetnoot 37.

⁶³ Zie overweging 31 van de considerans van de Auteursrechttrichtlijn.

⁶⁴ Zie de noot van Lodder onder de 1^e aanleguitspraak in onze zaak, Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043, Computerrecht 2013/7.

- (a) Hyperlinks are not communications because establishing a hyperlink does not amount to “transmission” of a work, and such transmission is a prerequisite for “communication”;
- (b) Even if transmission is not necessary for there to be a “communication”, the rights of the copyright owner apply only to communication to the public “of the work”, and whatever a hyperlink provides, it is not “of a work”;
- (c) Even if a hyperlink is regarded as a communication of a work, it is not to a “new public.”

Het advies voegt daar meteen aan toe dat hyperlinken onder omstandigheden wel onrechtmatig kan zijn. Dit is inderdaad de stand van het recht zoals die was tot aan Svensson⁶⁵, denk ik: linken is geen auteursrechtelijke openbaarmaking, maar onder omstandigheden wel onrechtmatig (en dit is ook de porté van het aangevallen arrest van het Amsterdamse hof, gewezen voorafgaand aan Svensson overigens). Maar met name punten 24 en 31 uit Svensson gooien dat op zijn kop, zoals we nog zullen zien en het opvolgende BestWater (een casus van linken naar illegale content) maakt het er niet duidelijker op. Ik vind in het ECS-advies geen duidelijke stellingname over linken naar illegale content als auteursrechtelijk voorbehouden handeling (dat lag ook niet voor in Svensson, waar het advies voor is afgegeven; dat betrof legale content, zoals we nog zullen zien; wel gaat het advies bij vraag 2 (nrs. 50-52) in op de kwestie van afgeschermd content, ook al iets dat we nader zullen tegenkomen in Svensson), of het moet de ietwat terloopse verwijzing naar Amerikaans recht zijn onder 5, nadat in 4 wordt gewezen op de opvatting van een van de grondleggers van internet, Tim Berners-Lee, dat een standaard hyperlink niets meer is dan een verwijzing of een voetnoot en dat de mogelijkheid van verwijzing “a fundamental right of free speech” is:

- “5. In similar vein, US Law Professor Jessica Litman states [5]:
 “...the public has always had, and should have, a right to cite. Referring to a copyrighted work without authorization has been and should be legal. Referring to an infringing work is similarly legitimate...Drawing a map showing where an infringing object may be found or dropping a footnote that cites it invades no province the copyright owner is entitled to protect even if the object is blatantly pirated from a copyrighted work. Posting a hypertext link should be no different.”

2.3.17 Visser en De Leeuwe⁶⁶ laten een tegengeluid horen: o.d.-maatwerk als bepleit door de ECS ontbeert specifieke IE-handavingsmogelijkheden en is bij bijvoorbeeld *radioportals* een gemis. Volgens hen zou:

- “(i)dealiter op Europees niveau in grote lijnen duidelijk moeten worden gemaakt welke vormen van hyperlinken onder welke omstandigheden wel of niet verboden kunnen worden dan wel onderworpen zijn aan een betalingsplicht. Dat zou vermoedelijk het beste in het kader van het auteursrecht kunnen gebeuren, omdat dat Europees is geharmoniseerd.”

⁶⁵ Zie voetnoot 41.

⁶⁶ Visser en De Leeuwe, Links en recht. De stand van zaken met betrekking tot hyperlinks en auteursrecht, AA20130450.

Ook Tsoutsanis⁶⁷ ziet dat anders, waarbij hij kritiek formuleert op het ECS-advies. Hij bespreekt daarbij ook de eveneens van de ECS afwijkende ALAI-Opinion⁶⁸.

2.3.18 Visser en De Leeuwe betogen dat hyperlinken een handeling is die betrekking kan hebben op informatie die al dan niet rechtmatig openbaar is gemaakt door een derde. Daarmee is echter niet gezegd dat het hyperlinken ook als een openbaarmaking in auteursrechtelijke zin kan worden gekwalificeerd⁶⁹. Hoe zit het met hyperlinks naar illegale openbaarmakingen die wel enigszins gemakkelijk vindbaar zijn op internet? Is er dan geen sprake van een interventie waardoor een ander (nieuw) publiek wordt bereikt? Aanknopen bij wat de auteur voor ogen stond bij het geven van toestemming voor de oorspronkelijke openbaarmaking (het niet ingecalculeerde publiek uit de klassieke mediawereld rechtspraak) is geen optie bij het linken naar een illegale openbaarmaking, omdat in die situatie in het geheel geen toestemming is verleend voor het bereiken van enig (internet)publiek. Dat zou dus betekenen dat iedere hyperlink naar illegale openbaarmaking zelf ook een (nieuwe) openbaarmaking zou zijn, aldus nog steeds Visser en De Leeuwe⁷⁰. Dat zou een trendbreuk zijn met gevestigde rechtspraak.

2.3.19 Nog even voordat we naar Svensson gaan: in de TVCatchup-zaak⁷¹ over de doorgifte van televisieprogramma's via het internet, is uiteengezet dat het begrip "mededeling aan het publiek" volgens het Hof uit twee elementen bestaat: een "handeling bestaande in een mededeling" van een werk en de mededeling ervan aan een "publiek". Ik kom daar op terug bij de nu volgende bespreking van het Svensson-arrest, waar dat is herhaald.

2.3.20 Het Svensson-arrest⁷², de eerste uitspraak over linken, heeft voor veel onduidelijkheid gezorgd⁷³. Daarin gaat het om journalisten die bezwaar maakten tegen de door de website van

⁶⁷ Tsoutsanis, Why copyright and linking can tango, JIPLP 2014/6, p. 495 e.v.

⁶⁸ Association littéraire et artistique internationale (ALAI) Executive Committee, Report and Opinion on the Making Available and Communication to the Public in the Internet Environment – Focus on Linking Techniques on the Internet, Adopted Unanimously by the Executive Committee (16 september 2013), te vinden op <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>.

⁶⁹ Visser/De Leeuwe, Links en recht – De stand van zaken met betrekking tot hyperlinks en auteursrecht, AA20130450, i.h.b. p. 454.

⁷⁰ Visser/De Leeuwe, a.w., i.h.b. p. 455. In dezelfde zin Visser, Openbaar maken met ketchup, AMI 2013/2 p. 49. In voetnoot 50 van dit artikel (evenals in voetnoot 44 van het AAe artikel) staat een rechtspraakoverzicht van de vaste lagere rechtspraak dat opzettelijk hyperlinken of verwijzen naar illegale content in Nederland niet als openbaar maken wordt gezien, maar als onrechtmatig handelen. In Duitsland ziet men hyperlinken niet als openbaar maken, ook uitdrukkelijk niet onder de vigeur van de richtlijn, vgl BGH 17 juli 2003 I ZR 259/00, onder dit zaaksnummer te vinden op www.bundesgerichtshof.de, (Paperboy). Dragend in die redenering is dat een hyperlink in tact kan blijven terwijl het werk op de site waar naar gelinkt wordt inmiddels kan zijn verwijderd. Ook de Noorse Hoge Raad heeft zo geoordeeld in de Napster.no-zaak op 27 januari 2005, (2006) IIC 120, zelfs met betrekking tot illegale content (maar Noorwegen is natuurlijk geen EU lidstaat). Dat geldt ook voor de VS en Canada, vgl. het ECS-advies nrs 36 en 39.

⁷¹ HvJEU 7 maart 2013, C 607/11, NJ 2013/444, m.nt. Hugenholtz (ITV /TVCatchup).

⁷² Zie voetnoot 41. Janssens, a.w., voetnoot 62 geeft aan dat deze zaak zonder conclusie van de A-G is afgedaan.

⁷³ Seignette kwalificeert de situatie na Svensson en het nog te bespreken BestWater arrest in haar IER-noot onder Svensson als "De chaos is compleet. Mede gezien de ophef die het Svensson-arrest in brede kring heeft uitgelokt, ware het goed geweest als het Hof van Justitie met iets meer aandacht naar de zaak had gekeken."

Retriever aan haar klanten verstrekte hyperlinks naar met toestemming van de journalisten gepubliceerde artikelen op de website van een Zweedse krant. Op die krantsite waren de artikelen vrij toegankelijk. Herhaald wordt het onderscheid uit TVCatchup tussen een “handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een “publiek”. Het eerste element moet ruim worden opgevat om – zoals met name voortvloeit uit de overwegingen 4 en 9 van de considerans van de Auteursrechtlijn – een hoog beschermingsniveau te waarborgen aan auteursrechthebbenden (punt 17). Het arrest vervolgt met:

“18 In casu dient erop te worden gewezen dat door het plaatsen op een website van aanklikbare links naar beschermde werken die zonder enige toegangsbeperking op een andere website zijn gepubliceerd, de gebruikers van eerstgenoemde website een directe toegang tot die werken wordt geboden.

19 Zoals volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 is er met name reeds van een „handeling bestaande in een mededeling” sprake wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid (zie naar analogie arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, Jurispr. blz. I-11519, punt 43).

20 Hieruit volgt dat, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, het plaatsen van aanklikbare links naar beschermde werken moet worden aangemerkt als een „beschikbaarstelling” en derhalve als een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van die bepaling.⁷⁴”

Terzijde: dat is allerm minst vanzelfsprekend. Hyperlinking deelt een internetadres of locatie mee, maar geen werk, zou je menen. Een hyperlink plaatst een werk ook niet op de server en wat is dan nog het onderscheid tussen (eenvoudig) hyperlinken en een weergave van hetzelfde adres op een website dat je met copy-paste in een browser kunt plaatsen (dus niet aanklikbaar, als het ware)? Gaat dat ook onder art. 3 richtlijn vallen? Dat wordt al een stuk moeizamer. Op dit alles wijst Janssens in haar SEW-artikel⁷⁵.

2.3.21 Ook aan de medeling aan een publiek is volgens het Hof voldaan nu middels de aanklikbare links de mededeling is gericht tot alle potentiële gebruikers van de website en dus op een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers (punten 21-23). Vervolgens komt “naar analogie” ook hier het nieuwe publiek om de hoek kijken (voor onze zaak is speciale aandacht voor punten 24 en 31 geboden):

“24 Evenwel blijkt uit vaste rechtspraak dat een mededeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die dezelfde werken als de oorspronkelijke mededeling betreft en net als de oorspronkelijke mededeling via internet en dus op dezelfde technische wijze werd verricht, slechts onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 valt wanneer deze mededeling gericht is tot een nieuw publiek, te weten

⁷⁴ Anders dan de heersende opvattingen van verschillende auteursrechtsgeleerden en nationale gerechten tot aan dit arrest. Zie in dit verband ook de rechtspraakgegevens in voetnoot 18 van genoemd annotatie en Headdon, An epilogue to Svensson: the same old new public and the worms that didn't turn, JIPLP 2014-8, p. 662-668, i.h.b. p. 663 linker kolom in fine e.v. Hierin staan ook afwijkende meningen.

⁷⁵ A.w. voetnoot 71.

een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (zie naar analogie, arrest SGAE, reeds aangehaald, punten 40 en 42; beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C - 136/09, punt 38, en arrest ITV Broadcasting e.a., reeds aangehaald, punt 39).

25 In casu dient te worden vastgesteld dat de beschikbaarstelling van de betrokken werken via een aanklikbare link zoals in het hoofdgeding niet leidt tot een mededeling van de betrokken werken aan een nieuw publiek.

26 De doelgroep van de oorspronkelijke mededeling bestond immers uit alle potentiële bezoekers van de betrokken website. Gelet op het feit dat voor de toegang tot de werken op deze website geen enkele beperkende maatregel werd gehanteerd, was deze website immers vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers.

27 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat, wanneer alle gebruikers van een andere website aan wie de betrokken werken werden medegedeeld via een aanklikbare link, rechtstreeks toegang hadden tot deze werken op de website waarop deze oorspronkelijk werden medegedeeld, zonder interventie van de beheerder van die andere website, de gebruikers van de door deze laatste beheerde website moeten worden beschouwd als mogelijke ontvangers van de oorspronkelijke mededeling en dus als een onderdeel van het publiek dat door de houders van het auteursrecht in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling.

28 Daar er geen sprake is van een nieuw publiek, is derhalve geen toestemming van de houders van het auteursrecht vereist voor een mededeling aan het publiek als die in het hoofdgeding.

29 Deze vaststelling wordt niet op losse schroeven gezet indien de verwijzende rechter zou vaststellen - hetgeen niet duidelijk blijkt uit het dossier - dat wanneer de internetgebruikers op de betrokken link klikken, het werk verschijnt en daarbij de indruk wordt gewekt dat het wordt getoond op de website waar de link zich bevindt, terwijl dit werk in werkelijkheid afkomstig is van een andere website.

30 Deze bijkomende omstandigheid wijzigt immers niets aan de vaststelling dat het plaatsen op een website van een aanklikbare link naar een beschermd werk dat op een andere website is bekendgemaakt en vrij toegankelijk is, tot gevolg heeft dat dit werk ter beschikking van de gebruikers van eerstgenoemde website wordt gesteld en dus een mededeling aan het publiek vormt. Aangezien het niet gaat om een nieuw publiek, is evenwel in elk geval de toestemming van de houders van het auteursrecht niet vereist voor een dergelijke mededeling aan het publiek.

31 Indien daarentegen een aanklikbare link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt, in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar het beschermde werk zich bevindt zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, en aldus een interventie vormt zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de verspreide werken, dienen al deze gebruikers te worden beschouwd als een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen deze toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling, zodat de toestemming van de houders vereist is voor een dergelijke mededeling aan het publiek. Dit is met name het geval wanneer het werk niet meer beschikbaar is voor het publiek op de website waarop het oorspronkelijk werd medegedeeld of wanneer het thans op die website enkel beschikbaar is voor een beperkt publiek, terwijl het op een andere website toegankelijk is zonder toestemming van de houders van het auteursrecht.

32 In deze omstandigheden dient op de eerste drie vragen te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het plaatsen op een website van aanklikbare links naar werken die op een andere website vrij beschikbaar zijn, geen handeling bestaande in een mededeling aan het publiek vormt.”

2.3.22 Allereerst wordt hyperlinken door het Hof beschreven als terbeschikkingstelling van een mededelingshandeling, zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten links (wel is duidelijk gemaakt in punten 29 en 30 dat embedded linken geen verschil maakt, maar onderscheid tussen linken naar legale of illegale content ontbreekt). Hyperlinks naar websites die niet vrij toegankelijk zijn, vormen een mededeling aan een nieuw publiek. Dit is volgens het Hof ook het geval als materiaal niet meer beschikbaar is of wanneer het op die website alleen beschikbaar is voor een beperkt publiek, terwijl het op een andere website toegankelijk is zonder toestemming van de houders van het auteursrecht⁷⁶. Volgens Janssens⁷⁷ is dit gevaarlijk. Hoe kan de internetgebruiker weten dat het materiaal waarnaar de door hem gemaakte link doorverwijst, vrij en legaal beschikbaar is, en hoe kan een geautomatiseerd zoekstelsel dit verwerken? Ook kan een auteur die aanvankelijk toestemming heeft verleend om zijn werk beschikbaar te maken zijn mening veranderen. Wordt een aanvankelijk legale link dan automatisch een inbreukmakende link? Zij wijst erop dat de ECS (zij is een van de ondertekenaars) dit “nieuw publiek”-criterium weinig realistisch en onwerkbaar acht en ook de Europese Commissie heeft in het door haar in haar artikel (zonder bron) genoemde *White Paper*⁷⁸ volgens Janssens recent twijfels geuit over het “nieuw-publiek”-concept van het Hof. Ik schetste al dat het criterium volgens Seignette is gebaseerd op een verkeerd begrip van de Berner Conventie. In haar IER-noot onder Svensson doet zij daar nog een schepje bovenop en constateert zij dat het nieuw-publiek-criterium overeind blijft en ten opzichte van TVCatchup gerechtvaardigd wordt met een volgens haar gekunsteld onderscheid in punt 24. Dat onderscheid is volgens haar niet houdbaar:

“De relevantie van dit onderscheid is niet direct te doorgronden en is ook niet op artikel 11bis BC terug te voeren. (...) Dit artikel kan dus ook van toepassing zijn op een doorgifte die op dezelfde technische wijze plaatsvindt als de oorspronkelijke mededeling. Het onderscheid dat het Hof maakt, komt dan ook nogal gekunsteld over. Het lijkt erop dat het Hof het onderscheid opvoert om niet opnieuw, zoals in ITV/TVCatchup, te hoeven terugkomen op het zelf verkondigde nieuw publiek criterium. Het Hof introduceerde dit criterium in (...) Hoteles (...), nota bene een zaak waar de oorspronkelijke mededeling en de doorgifte beide op dezelfde technische wijze plaatsvonden (kabeldoorgifte). Het Hof gooide in dit arrest het ‘autre organisme’-criterium en het nieuw publiek criterium door elkaar (...).”

⁷⁶ Vgl. Van den Heuvel, Hyperlinks - Het ‘nieuwe’ publiek, tussenkomen en omzeilen, IR, 2014-5, p. 43-48.

⁷⁷ Janssens, a.w., nr. 35.

⁷⁸ Ik denk dat ze doelt op dit uitgelekte concept (*internal draft*) dat ik in deze blogspot aantrof van het IE-blog IPKat: <http://ipkitten.blogspot.nl/2014/06/super-kat-exclusive-heres-commissions.html>. In dit non-paper staat in par. 3.2.1 o.m. dit: “Browsing content is part of everyone’s experience on the internet. **Hyperlinks** are considered one of its basic building blocks. (...) **Addressing uncertainty** on the status of acts like **browsing and hyperlinking** is of fundamental importance, both for the smooth functioning of digital networks and for the proper working and legitimacy of the copyright system. (...) **Clarification** could also be provided as to the concepts of ‘reproduction’ and ‘communication to the public’ in digital networks, notably as regards browsing and hyperlinking.” In de boezem van de Commissie bestaat kennelijk (ook) onduidelijkheid over openbaarmaking in verband met hyperlinking.

Zij wijst er ook op dat niet wordt toegelicht wat met “beperkende maatregelen” wordt bedoeld in punten 26 en 31⁷⁹. Van den Heuvel wijst daar ook op⁸⁰. Mij lijkt voor de hand te liggen in deze zaak dat de situatie bedoeld kan zijn dat de krantenartikelen achter een abonneeslot zitten. Dit is een belangrijk punt. De daarmee verbonden vraag is ook hoe absoluut je in verband met de omzeiling van beperkingsmaatregelen moet lezen de term uit punt 31 “interventie, waarzonder gebruikers niet over de werken kunnen beschikken”? En in het verlengde daarvan wat “enkel beschikbaar voor een beperkt publiek” uit punt 31 precies betekent. Daar is nadere opheldering over nodig, nu daarvan af lijkt te hangen of bij linken naar afgeschermd content kan worden gesproken van een nieuw publiek of niet en dus, in de opvatting van het Hof, of je kunt spreken van auteursrechtelijke openbaarmaking of niet. Moet dat gaan om termen als “volkomen onvindbaar en onbereikbaar” (als dat überhaupt zou bestaan op internet), of is een lichter regime mogelijk en zo ja welk regime dan? In datzelfde verband kan je je afvragen wat het effect van juridische beperkingen moet zijn, zoals de voorwaarden van de bronsite⁸¹.

2.3.23 Seignette leidt overigens in haar noot onder Svensson uit punt 24 af, onder het kopje “linken naar ongeautoriseerde content” dat het plaatsen van een link naar *ongeoorloofde content* volgens dit arrest een mededeling aan het publiek is in de zin van de richtlijn⁸² en dus een openbaarmakingshandeling vormt:

“Of het een relevante mededeling aan het publiek is, hangt (...) af van de vraag of het werk op de bronsite met toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar is (r.o. 24). Om te weten of men toestemming moet vragen, moet de linksite zich er dus van vergewissen of het werk met toestemming op de bronsite is geplaatst en daar vrij toegankelijk is.”

2.3.24 Chavannes en Van der Laan betogen echter dat, anders dan de stellige interpretatie van Visser in zijn IE-kroniek⁸³ dat uit het Svensson-arrest volgt dat hyperlinks naar materiaal dat niet met toestemming van de rechthebbenden is gepubliceerd dus inbreukmakend zou zijn, berust op verkeerd lezen⁸⁴. Maar ook Tsoutsanis meent dat elke hyperlink naar illegale content ziet op het terbeschikkingstellen van de content aan een “nieuw publiek” omdat de auteursrechthebbende geen toestemming heeft gegeven⁸⁵. Hetzelfde geldt voor Becker en

⁷⁹ Zij suggereert de volgende situaties: i) voorwaarden die bepalen dat toestemming zich niet uitstrekt tot plaatsen van links naar content op de site, ii) bezoeker meldt zich eenmalig op de bronsite en kan aangemeld blijven, zoals bij Facebook en Spotify Gratis, iii) betaalabonnement.

⁸⁰ Hij bedenkt de volgende situaties: het uploaden van voor zoekmachines niet herleidbare bestandsnamen op een locatie gedeeld met een ander, of aanbidding in een beveiligde omgeving, waarbij de code niet openbaar gemaakt wordt. Janssens, a.w., voetnoot 71, nr. 34, noemt een wachtwoord of andere technische beveiliging, zonder nadere uitwerking. Tsoutsanis noemt een pay-wall en “session-IDs” die worden toegekend na registratie.

⁸¹ Naast Janssens wijst ook Headdon daarop in: An epilogue to *Svensson*: the same old new public and the worms that didn't turn, *JiPLP* 2014-8, p. 662 ev, i.h.b. pp. 665-666 en 668.

⁸² Zij wijst erop dat lagere rechtspraak dat inmiddels volgt, Rb. Limburg 25 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2781 (Premier League/MyP2P).

⁸³ Visser, *Kroniek van de Intellectuele Eigendom*, NJB 2014-35, 794 onder “Openbaar maken”.

⁸⁴ Chavannes/Van der Laan, *Kroniek technologie en recht*, NJB 2014-35, p. 2525-2540, i.h.b. p. 2527, rechter kolom. Chavannes is overigens advocaat van GS Media, zo merk ik op, die in cassatie heeft gepleit in deze zaak.

⁸⁵ A.w. voetnoot 66, p. 507 linker kolom.

Jansen⁸⁶. Ook Kingma neigt er op grond van Svensson toe dat het hyperlinken naar vrij verkrijgbare illegale content inbreuk oplevert. De alternatieve interpretatie dat hyperlinken naar onrechtmatig geopenbaard materiaal dat elders voor iedereen toegankelijk is, niet een nieuw publiek oplevert, lijkt hem minder waarschijnlijk. Hij kan zich moeilijk voorstellen dat het Hof de rechtmatigheid van de mededeling zou laten afhangen door de wijze waarop het materiaal door een ander dan de rechthebbende openbaar is gemaakt⁸⁷. De stichting Brein leest in de Svensson-uitspraak het volgende:

“Uit de uitleg door hof is op te maken dat een link ook inbreukmakend is als die verwijst naar een mededeling die geheel zonder toestemming is geplaatst. Wat voor een beperking van toestemming geldt, heeft immers ook te gelden voor een geheel ontbrekende toestemming. Eerder werden zulke links naar illegale content al als onrechtmatig aangemerkt maar nu ze als inbreukmakend aangemerkt kunnen worden, komt dat de handhaving tegen georganiseerd aanbod van zulke illegale links ten goede.⁸⁸”

Headdon meent (met mij) dat dit nog niet is opgehelderd door het Hof⁸⁹. Van den Heuvel signaleert dat mogelijk voor één artikel op de vrij toegankelijke krantensite in de Svensson-zaak toestemming van de ontbrak, hetgeen na terugverwijzing naar de Zweedse rechter er nog toe zou kunnen leiden dat voor die link toch toestemming vereist zou zijn⁹⁰.

2.3.25 Verdeeldheid alom dus, een hoogst onwenselijke situatie. Dat komt allemaal door het problematische “nieuw publiek”-criterium. Het is voor mij niet duidelijk wat er uit deze uitspraak valt af te leiden voor linken naar *ongeautoriseerde content*. Daar ging het immers in de Svensson-zaak niet over, dat was juist *legale content*, de journalisten hadden (mogelijk één artikel uitgezonderd) toestemming gegeven voor plaatsing op de site van de krant. En het ging al helemaal niet over linken naar niet zonder meer vrij toegankelijk spul, want de artikelen stonden op de vrij toegankelijke krantensite. Daar komt weer de onduidelijkheid over omzeilen van (welke?) beperkingsmogelijkheden om de hoek kijken en wat voor eisen je daar aan moet stellen/aan wat voor restricties je dan moet denken. Ik zou het niet zo maar weten; in deze voor de praktijk belangrijke kwestie moeten prejudiciële vragen uitkomst bieden.

2.3.26 De toets van “nieuw publiek” (wel of niet ingecalculeerd), brengt sommige schrijvers tot de vraag of het hier gaat om een subjectieve norm (wat heeft de rechthebbende bedoeld in te calculeren?) of een objectieve toets (krijgt het publiek toegang tot een werk waar het anders geen toegang toe had?) Van den Heuvel⁹¹ en Scheffers⁹² bepleiten deze laatste objectieve

⁸⁶ A.w. voetnoot 57.

⁸⁷ Kingma in zijn noot bij Ziggo/Brein, Mf 2014-3, p. 78-80, i.h.b. p. 78-79.

⁸⁸ <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=317>.

⁸⁹ A.w. voetnoot 81, pp. 665-666 en 668. Hij geeft een andere benadering uitgaand van het werk in geval van een link naar een gepirateerde kopie van een werk dat door de rechthebbende ook langs “legale weg” is geopenbaard zonder restricties. Hij omzeilt de “nieuw publiek” valkuil daar door aan te knopen bij het gepirateerde werk in plaats van het publiek. Bijzonder interessant.

⁹⁰ Van den Heuvel, a.w. onder 7.

⁹¹ Idem.

⁹² Scheffers, Auteursrechtdebat: Een nieuw publiek, subjectief of objectief getoetst?, IEF 14289.

toets. Dat geeft een duidelijke koppeling met het interventie-criterium. Volgens Scheffers kan de objectieve toets er niet toe leiden dat een hyperlink een nieuw publiek bereikt: een hyperlink verwijst immers naar content die in beginsel al openbaar toegankelijk is gemaakt, ongeacht of dat met of zonder toestemming gebeurde. Een uitzondering hierop vormt volgens hem een hyperlink die een paywall omzeilt.

2.3.27 Het voorlopige Europese sluitstuk in deze saga is de recente BestWater-zaak⁹³, gewezen elf dagen na pleidooi in deze zaak bij de Hoge Raad, maar deze helpt ons bepaald niet verder. Daar ging het om een volgens BestWater zonder toestemming door derden op Youtube geplaatst reclamefilmpje van BestWater, een waterfilterproducent, waarnaar vervolgens embedded werd gelinkt door concurrenten van BestWater. Er stond in deze zaak wel vast⁹⁴ dat het illegale content was, maar de toegang tot het filmpje op Youtube was niet beperkt, zo is uitgangspunt. Het Bundesgerichtshof (BGH) stelt uitdrukkelijk in zijn verwijzingsuitspraak voorop dat er *geen* sprake was van een *nieuw publiek* in Rn. 22:

“(…) Die Beklagten geben den Film jedoch nicht für ein neues Publikum wieder. Der Film ist bereits durch das Einstellen auf der Videoplattform "YouTube" für alle Internetnutzer öffentlich zugänglich geworden. Durch die Verknüpfung des Films mit ihrer Internetseite erweitern die Beklagten den Kreis der potentiellen Adressaten nicht. Die Wiedergabe des Films über die Internetseite der Beklagten erfolgt auch nicht nach einem spezifischen technischen Verfahren, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet. Der Film wird bei einem Abruf über die Internetseiten der Beklagten technisch auf dieselbe Weise von der Plattform "YouTube" an die Nutzer übermittelt, wie wenn diese Nutzer den Film über das Angebot von "YouTube" abrufen würden.”

In Rn. 21 tikt het BGH af dat hier sprake was van een interventie, van publiek (maar geen nieuw publiek dus) en van winstoogmerk, maar het BGH zat met het *embedden* in zijn maat – en dat in verband met het nieuwe publiekscriterium. De vraag voor het BGH was of het feit dat embedded werd gelinkt naar het YouTube-filmpje nog verschil maakt⁹⁵. Het BGH dacht dat dit dan *wel* een mededeling aan het publiek was in de zin van de richtlijn, maar het antwoord van het HvJEU is: *nee*. Dat was eigenlijk na Svensson al bekend (punten 29 en 30, hiervoor weergegeven in 2.3.21; de vraag van het BGH in BestWater dateert van vóór Svensson), zij het dat de lijn nu voor illegale content lijkt te worden doorgetrokken. Ik zeg

⁹³ HvJEU 21 oktober 2014, C-348/13, <http://curia.europa.eu> (alleen in het Duits en Frans beschikbaar). De beschikking is net als Svensson zonder conclusie A-G afgedaan.

⁹⁴ Daar gaan verwijzingsbeschikking en HvJEU-beschikking van uit: Beschluss BGH 16 mei 2013, I ZR 46/12, onder dat zaaksnummer te vinden op www.bundesgerichtshof.de, stelt in Rn. 1: “Der Film war – nach dem Vorbringen der Klägerin ohne ihre Zustimmung – auf der Videoplattform “YouTube” abrufbar” en de HvJEU beschikking neemt dat in punt 4 over: “Zu dem für das Ausgangsverfahren massgeblichen Zeitpunkt war dieser Film aus der Videoplattform “YouTube” abrufbar. BestWater International macht jedoch geltend, dass er dort ohne ihre Zustimmung eingestellt worden sei.”

⁹⁵ De precieze formulering van de vraag is deze: “Stellt die Einbettung eines auf einer fremden Internetseite öffentlich zugänglich gemachten fremden Werkes in eine eigene Internetseite unter Umständen, wie sie im Ausgangsverfahren vorliegen, eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/19/EG dar, auch wenn das fremde Werk damit nicht für ein neues Publikum wiedergegeben wird und die Wiedergabe nicht nach einem spezifischen technischen Verfahren erfolgt, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet?”

expres lijkt; dat was immers uitgangspunt van de vraagstelling, zo zagen we net. Vreemd is dan wel dat de motivering van de uitspraak (vgl. m.n. punt 18, hierna weergegeven, maar ook in punten 14 en 16 gebeurt dat) hoofdzakelijk steunt op de veronderstelling dat sprake is van *eerdere toestemming* van de rechthebbende. Raadselachtig, want die was hier nu juist niet aanwezig⁹⁶. Dat maakt de analyse er niet eenvoudiger op. Zou het kunnen zijn dat de illegale content bij de motivering over het hoofd is gezien? Het HvJEU overweegt in deze beschikking onder meer dit:

“10 Im Rahmen der Prüfung der Revision stellte das vorlegende Gericht u. a. fest, dass in einem Fall, in dem ein Werk bereits Gegenstand einer “öffentlichen Wiedergabe” im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 gewesen sei, eine neue Wiedergabehandlung unter Verwendung des gleichen technischen Verfahrens nur dann als “öffentliche Wiedergabe” im Sinne der genannten Vorschrift eingestuft werden könne, wenn diese Handlung vor einem neuen Publikum stattfinde. Daher habe die von Herrn Mebes und Herrn Potsch vorgenommene Einfügung eines Links zu dem von BestWater International hergestellten Film, um die es im Ausgangsverfahren gehe, keine Wiedergabe für ein neues Publikum bewirkt, da dieser Film bereits auf einer Videoplattform frei zugänglich gewesen sei. Das vorlegende Gericht weist jedoch darauf hin, dass sich die betreffenden Links der Framing-Technik bedienen. Diese Technik ermögliche es dem Betreiber einer Website, sich ein Werk zu eigen zu machen, ohne dieses jedoch kopieren zu müssen und damit dem Anwendungsbereich der Vorschriften über das Vervielfältigungsrecht zu unterfallen. Daraus leitet das vorlegende Gericht die Frage ab, ob es nicht doch gerechtfertigt wäre, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verlinkung als “öffentliche Wiedergabe” im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 anzusehen.

(...)

15 Was speziell die Fallgestaltung betrifft, bei der ein Dritter auf einer Website ein geschütztes Werk, das bereits auf einer anderen Website frei öffentlich wiedergegeben wurde, mittels eines Internetlinks einstellt, hat der Gerichtshof in Rn. 24 des Urteils *Svensson u. a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) entschieden, dass eine solche Wiedergabehandlung, da sie sich desselben technischen Verfahrens bedient, das schon für die Wiedergabe des Werkes auf einer anderen Website verwendet wurde, nur dann als “öffentliche Wiedergabe” im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 einzustufen ist, wenn die Handlung gegenüber einem neuen Publikum erfolgt.

16 Ist dies nicht der Fall, insbesondere weil das Werk bereits auf einer anderen Website mit Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber für alle Internetnutzer frei zugänglich ist, kann die betreffende Handlung nicht als “öffentliche Wiedergabe” im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 eingestuft werden (vgl. in diesem Sinne Urteil *Svensson u. a.*, EU:C:2014:76, Rn. 25 bis 28).

17 In den Rn. 29 und 30 des Urteils *Svensson u. a.* (EU:C:2014:76) hat der Gerichtshof klargestellt, dass diese Feststellung nicht durch den Umstand in Frage gestellt wird, dass das Werk bei Anklicken des betreffenden Links durch die Internetnutzer in einer Art und Weise erscheint, die den Eindruck vermittelt, dass es von der Website aus gezeigt wird, auf der sich dieser Link befindet, obwohl es in Wirklichkeit einer anderen Website entstammt. Dieser Umstand ist im Wesentlichen das Charakteristikum der Framing-Technik, die im Ausgangsverfahren streitig ist und darin besteht, dass eine Internetseite eines Webauftritts in mehrere Rahmen unterteilt wird und in einem dieser Rahmen mittels eines „eingebetteten“

⁹⁶ Ook Seignette wijst daar op in haar IER-noot onder *Svensson*, IER 2014/59.

Internetlinks (Inline Linking) ein einer anderen Website entstammender Bestandteil angezeigt wird, damit den Nutzern dieses Webauftritts die ursprüngliche Umgebung dieses Bestandteils verborgen bleibt.

18 Zwar kann diese Technik, wie das vorlegende Gericht feststellt, verwendet werden, um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen und damit dem Anwendungsbereich der Vorschriften über das Vervielfältigungsrecht zu unterfallen. Unbeschadet dessen führt aber ihre Verwendung nicht dazu, dass das betreffende Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird. Denn sofern und soweit dieses Werk auf der Website, auf die der Internetlink verweist, frei zugänglich ist, ist davon auszugehen, dass die Inhaber des Urheberrechts, als sie diese Wiedergabe erlaubt haben, an alle Internetnutzer als Publikum gedacht haben.

19 In Anbetracht dessen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Einbettung eines auf einer Website öffentlich zugänglichen geschützten Werkes in eine andere Website mittels eines Links unter Verwendung der Framing-Technik, wie sie im Ausgangsverfahren in Frage steht, allein keine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstellt, soweit das betreffende Werk weder für ein neues Publikum noch nach einem speziellen technischen Verfahren wiedergegeben wird, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet.”

2.3.28 Een andere vraag is of het zou kunnen zijn dat het Hof hier misschien een voorzichtiger koers aan het inzetten is. Het BGH dacht namelijk dat in de BestWater zaak *wel* sprake was van mededeling aan het publiek in de zin van de richtlijn en legde die visie aldus gemotiveerd voor aan het Hof in Rn. 26 van de verwijzingsbeschikking:

“(…) Auch derjenige, der, wie im vorliegenden Fall – ein auf einer fremden Internetseite öffentlich zugänglich gemachtes Werk im Wege des “Framing” zum integralen Bestandteil seiner eigenen Internetsite macht, erleichtert Nutzern seiner Internetseite nicht nur den Zugang zu dem auf der ursprünglichen Internetseite vorgehaltenen Werk. Vielmehr macht er sich das fremde Werk durch eine solche Einbettung in seine eigene Internetseite zu eigen. Er erspart sich damit das eigene Bereithalten des Werkes, für das er die Zustimmung des Urhebers benötigte. Ein solches Verhalten ist nach Ansicht des Senats bei wertender Betrachtung als öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG einzustufen, die einer gesonderten Erlaubnis des Urhebers bedarf. Ein solcher Nutzer kommt – anders als demjenigen, der lediglich einen Hyperlink setzt, und ebenso wie demjenigen, der einen Deep Link setzt und dabei eine vom Berechtigten eingerichtete technische Schutzvorrichtung ungeht – die vom Gerichtshof hervorgehobene zentrale Rolle bei der Werkvermittlung zu (vgl. EuGH, GRUR 2007, 225 Rn. 42 – SGAE/Rafael; GRUR 2012, 156 Rn. 195 – Football Association Premier League und Murphy; GRUR 2012, 593 Rn. 82 – SCF/Marco Del Corso). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Blick auf das Hauptziel der Richtlinie 2001/29/EG, ein hohes Schutzniveau für die Urheber zu erreichen und diesen damit zu ermöglichen, für die Nutzung ihrer Werke unter anderem bei einer öffentlichen Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu erhalten, weit zu verstehen ist und daher unabhängig vom eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren jede Übertragung geschützter Werke umfasst (EuGH, GRUR 2012, 156 Rn. 186 und 193 – Football Association Premier League und Murphy; EuGH, GRUR 2013, 500 Rn. 20 und 23 – ITV Broadcasting/TVC).”

Volgens het BGH maakt het daarbij geen verschil of dit legale of illegale content betreft in dit geval, vanwege zich dat “eigen maken” door embedded te linken, met een verwijzing naar TVCatchup in Rn. 27:

“(…) Eine Zustimmung zu einer bestimmten Form einer öffentlichen Wiedergabe erschöpft nicht das Recht in Bezug auf davon zu unterscheidene selbständige Handlungen, die ebenfalls eine öffentliche Wiedergabe darstellen (…).”

In BestWater oordeelt het HvJEU vervolgens restrictiever na deze ruime Duitse voorzet en ziet dit *niet* als een mededeling aan het publiek.

2.3.29 Deze zaak lijkt verder vooral voor ons niet concludent door de uitdrukkelijke vooropstelling door het BGH dat de embedded links *geen nieuw publiek* ontsluiten, maar wat opvalt is dat het Hof hierin geen afscheid neemt van de nieuw publiek-leer in internetcontext. Geerts⁹⁷ meent dat door de vooropstelling dat geen nieuw publiek is ontsloten, het Hof in de BestWater-beschikking geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of embedden van *illegale content* al dan niet is toegestaan⁹⁸. Dat lijkt mij ook.

2.3.30 Het zag er tot voor kort naar uit dat verduidelijking zou kunnen komen van een prejudiciële verwijzing door de Zweedse Hoge Raad (Högsta Domstolen): in de zaak C-279/13 (C More Entertainment/Sandberg) over het aspect van omzeilen van beschermingsmaatregelen, als gezegd in mijn optiek belangrijk voor onze zaak. In C More ging het om links op Sandsbergs’ site naar ijshockeywedstrijden uitgezonden door C More beschermd met een paywall en volgens C More onvindbaar, maar Sandberg had een link gevonden op een fansite van een ijshockeyteam. Sandberg weigert de link te verwijderen en pas na inbouw van (kennelijk betere) technische bescherming kan dat gestopt worden. Na geruchten dat deze zaak was ingetrokken na het Svensson-arrest, vernam ik desgevraagd van een bevriende Zweedse IE-rechter, Tomas Norström van de Stockholms tingsrätt, dat de griffie van de Zweedse Hoge Raad hem heeft bericht dat de eerste vier van de vijf vragen zijn ingetrokken. De resterende vijfde vraag gaat over het uitputtend zijn van art. 3 lid 2 Auteursrechtlijn, dus niet over mededeling aan het publiek/het omzeilen van beschermingsmaatregelen⁹⁹. Dat is bijzonder jammer, met name omdat dit gelegenheid zou hebben gegeven om duidelijk(er) te krijgen of een (blijkbaar te omzeilen?) paywall zou hebben gekwalificeerd als een beperkingsmaatregel in de zin van punten 26 en 31 Svensson. Van den Heuvel neemt in zijn artikel overigens een voorschot op de beantwoording van de aanvankelijke vragen of Sandberg inbreuk zou hebben gemaakt: Nee, geen nieuw publiek, want al op internet (“niet volkomen onvindbaar en onbereikbaar”, een criterium dat hij

⁹⁷ Geerts, BestWater: Geen uitspraak over toegestaan embedden naar illegale content, IEF 14371.

⁹⁸ Zie in dezelfde zin Stockmann, Auteursrechtdebat: BestWater – Het ingebakken nieuw publiek en de specifieke technische werkwijze, IEF 14395.

⁹⁹ Norström heeft mij bevestigd dat dit openbare informatie betreft en heeft desgevraagd toestemming verleend zijn naam te noemen in deze conclusie.

overneemt uit het hofarrest waarvan cassatie), hetgeen mogelijk anders zou zijn indien de later door C More aangebrachte technische bescherming zou kunnen worden omzeild (ik begrijp uit de weergave door Van den Heuvel dat C More aanvankelijk niet had gesteld dat door hyperlinken een vorm van technische bescherming was gebroken; hoe dat dan zit met die paywall blijft duister)¹⁰⁰.

de onderhavige zaak

2.3.31 Terug naar onze zaak. Samengevat heeft het hof aangenomen dat het hyperlinken door GS Media geen auteursrechtelijke openbaarmaking/mededeling aan het publiek is, omdat geen sprake is van een interventie waarmee toegang mogelijk wordt gemaakt nu de foto's feitelijk door derden al toegankelijk waren gemaakt, aangezien niet is hardgemaakt dat de foto's bij Filefactory "volmaakt privé" zijn gebleven (rov. 2.4.7). Ik denk dat het incidentele beroep kwesties aanroert, die niet zonder het eerst stellen van prejudiciële vragen te beantwoorden zijn. Is linken naar illegale content zonder meer een mededeling aan het publiek, al dan niet in samenhang met het gegeven dat de rechthebbende zelf nog niet heeft medegedeeld (onderdelen 2.1 en 2.3)? Misschien is dat op punt 24 van Svensson te baseren, maar dat betrof geen illegale content. Ook kaart het middel in onderdelen 2.3 t/m 2.7 aspecten aan die verband houden met de mate van onbereikbaarheid van de illegale content, het omzeilen van beperkingsmaatregelen en het enkel beschikbaar zijn voor een beperkt publiek (vgl. punt 31 Svensson). Over de daaraan te stellen eisen (volkomen onvindbaar/volmaakt privé of een lichter regime en aan wat voor aspecten moet men dan denken?) moet eerst opheldering komen – zeker in de context van illegale content¹⁰¹.

2.3.32 Het "omzeilen van beperkingsmaatregelen" lijkt mij ruimer dan de vraag of sprake moet zijn van een "digitale kluis". Op Filefactory was het werk wel toegankelijk, maar niet eenvoudig, zo volgt uit rov. 2.7.3. Wat betekent dat? Is dat al "enkel beschikbaar voor een beperkt publiek" in de zin van punt 31 Svensson? Je kan volgens mij twee kanten op. Het eerste spoor is: onvoldoende is komen vast te staan dat bij Filefactory sprake was van voldoende relevante toegangsbeperkende maatregelen (vgl. punt 31 van Svensson) en dan ben je klaar met de nieuwe publiek-leer van het HvJEU (indienn ook van toepassing op illegale content): dan is onvoldoende gehinderd geopenbaard door een derde aan het algemene internetpubliek en is met linken naar Filefactory geen nieuw publiek ontsloten, omdat de internetgemeenschap er al op Filefactory kennis van kon nemen. Geen inbreuk. De andere visie is dat dit op gespannen voet staat met wat het hof verder vaststelt over het zonder toestemming van Sanoma c.s. plaatsen van de foto's op Filefactory door een derde, die

¹⁰⁰ Van den Heuvel, Hyperlinks – Het 'nieuwe' publiek, tussenkomen en omzeilen, IR 2014, p. 47-48 onder 8.

¹⁰¹ Headdon a.w. voetnoot 81 wijst er ook op dat post-Svensson nog geen duidelijkheid bestaat over "the issue of whether the provision of hyperlinks to unauthorized copies constitutes a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of the InfoSoc Directive" omdat dat nog niet door het HvJEU is beslist. BestWater maakt dat materieel niet anders, gelet op de moeilijk te volgen motivering (waarbij mogelijk over het hoofd is gezien dat sprake was van illegale content) en het feit dat dat in wezen alleen over embedden ging.

daarmee auteursrechtinbreuk pleegt (rov. 2.4.2 en 2.7.3), waarvan Sanoma c.s. wetenschap hadden (rov. 2.7.3), terwijl uit niets blijkt dat het GeenStijl-publiek zonder hulp en bijstand van GS Media (lees: door de hyperlinks) de foto's op eenvoudige wijze had kunnen vinden (ook rov. 2.7.3, waartegen het principaal beroep zich deels richt). Dan kom je op spoor 2: er is wel geïntervenieerd door GS Media om de kennelijk bestaande beperkingsmogelijkheden te omzeilen en er is wel een ruimer en dus nieuw publiek ontsloten, zodat er sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van de richtlijn. Wel inbreuk. Dat is in wezen wat het incidentele middel aanvoert, maar omdat dit scharniert om de vraag naar de vereiste mate van beperkingsmaatregelen, is het bepaald onzeker of dit klopt. Op grond van Svensson punten 24 en 31 zou je geneigd kunnen zijn te denken van wel (daargelaten de vraag of dat wenselijk zou zijn vanwege de afhankelijkheid van het functioneren van internet als netwerk van hyperlinks), maar na BestWater, waarin het BGH dacht dat er sprake was van een mededeling aan het publiek bij embedded linken, zei het HvJEU nee, met een redenering die ik overigens voor de context *illegale content* niet goed kan volgen. Het kan ook zijn dat daar door de vooropgestelde afwezigheid van nieuw publiek al het doek viel.

2.3.33 Eerst maar even de criteria aflopen die geen hoofdbrekens meer vormen: anders dan het hof in het in cassatie bestreden arrest heeft overwogen, is volgens Svensson (punt 20) het enkele plaatsen van een hyperlink naar werken in dit geval beschikbaarstelling, dus een “handeling bestaande in een mededeling” in de zin van art. 3 lid 1 van de richtlijn. Is ook sprake van een mededeling aan het “publiek”? Dat lijkt ook geen grote puzzel, nu de door GS Media geplaatste hyperlink gericht is op het GeenStijl-publiek (een grote groep gebruikers, zo'n 230.000 per dag, die een “onbepaald aantal potentiële ontvangers” uitmaakt, en waarbij de plaatsing van een hyperlink op alle potentiële gebruikers van de GeenStijl-website ziet, zie punten 21-23 Svensson).

2.3.34 Probleem is dat de nieuwe publiek-leer van het Hof is opgehangen aan de premisse dat er eerder rechtmatig is openbaar gemaakt en Sanoma c.s. hebben geen toestemming verleend voor mededeling aan *enig publiek*, laat staan het GeenStijl-publiek. Zelfs in de BestWater-zaak gebeurt dat: voorop wordt gesteld dat sprake is van illegale content (met als verdere complicatie nog dat in die zaak vaststond dat *geen* sprake was van een nieuw publiek) maar de motivering leunt niettemin op het geval dat wel sprake is van rechtmatige content. Ik kan dat alleen begrijpen met de veronderstelling dat het karakter van de illegale content bij de dragende motivering over het hoofd is gezien. Daarbij komt dat onze casus niet met BestWater is te vergelijken, omdat in BestWater door een derde op een niet beperkt open platform (YouTube) was geplaatst, waar naar werd gelinkt.

2.3.35 Ik liet al blijken dat deze kwestie hoogst controversieel is; internet bestaat zo ongeveer bij de gratie van hyperlinks¹⁰². Het nieuw publiek-criterium lijkt lastig bruikbaar in deze

¹⁰² Janssens, a.w. voetnoot 62, par. 3.3.2. Zie ook meergenoemd advies van de European Copyright Society, voetnoot 37 en het gelekte Commissie non-paper, voetnoot 78.

internet context van linken naar illegale content. Hoe stel je vast of content illegaal is, objectief, subjectief? In ons geval is het geen issue, maar dat is lang niet altijd zo.

2.3.36 Er is in mijn optiek geen sprake van een “acte clair” of “acte éclairé” over de vraag of hyperlinken naar een illegale content een “mededeling aan het publiek” in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/29 vormt, in het algemeen, en/of in een geval dat uitgangspunt is dat dit linken het publiek in staat stelt beperkingsmogelijkheden te omzeilen¹⁰³. Hier is bepaald ruimte voor de nodige verfijning en zo lang die niet is aangebracht, is het incidentele beroep volgens mij niet te behandelen. Dat noopt tot het stellen van prejudiciële vragen hierover.

vragen van uitleg van EU-recht

2.3.37 Ik stel de volgende prejudiciële vragen voor, waar partijen desgewenst bij Borgersbrief nog op kunnen reageren:

- i.) Is sprake van een “mededeling aan het publiek” in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende een werk dat zonder toestemming van de auteursrechthebbende door een derde op een website is geplaatst, middels een hyperlink op een eigen website toegankelijk maakt (dus als sprake is van zogenoemde *illegale content*)?
- ii.) Zo nee, is er dan wel een “mededeling aan het publiek” in de zin van genoemde richtlijn bepaling, als daarbij beperkingsmaatregelen op de oorspronkelijke site waar de *illegale content* is geplaatst, kunnen worden omzeild, als bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)?
- iii.) Bij bevestigende beantwoording van vraag i): Is voor die vraag een te wegen factor of daarbij beperkingsmogelijkheden op de oorspronkelijke site kunnen worden omzeild als bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)?
- iv.) Bij bevestigende beantwoording van vraag ii) of iii): Wat moet precies worden verstaan onder beperkingsmogelijkheden bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)? Gaat het daarbij om (van licht naar zwaar) a) zaken als lastig (maar niet onmogelijk) te vinden zonder *access code*, b) abonnee-toegang, *paywall*, wachtwoord en dergelijke, of moet sprake zijn van c) “digitale kluis”-situaties waarbij de content “volkomen privé (voor één of meer personen?) en praktisch gesproken onbereikbaar” is (een wanneer is daarvan dan sprake)? Zijn daarbij ook te betrekken de

¹⁰³ Zie ook Headdon, a.w. voetnoot 81 p. 668.

juridische voorwaarden die gelden voor gebruik en toegang tot de bronsite?

- v.) Is bij vragen i) of ii) een te wegen factor de mate waarin de “hyperlinker” op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming door de rechthebbende en dus van de *illegale content* waar naar wordt gelinkt?
- vi.) Speelt bij de vragen i) of ii) of aldus sprake is van een “nieuw publiek” en zo ja, hoe moet dit worden beoordeeld in een geval als dit, waarbij *geen* sprake is van een *oorspronkelijke toestemming* van de auteursrechthebbende, omdat het gaat om linken naar *illegale content*?
- vii.) Zijn er (nog) andere omstandigheden waar rekening mee moet worden gehouden voor de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek in geval van het toegang verschaffen door hyperlinks tot *illegale content*?

2.3.38 Na het voorgaande zal niet verbazen dat ik zou voorstaan de vragen i) en ii) ontkennend te beantwoorden (waarna aan de rest niet hoeft te worden toegekomen): hyperlinken naar illegale content vormt geen mededeling aan het publiek in de zin van de Auteursrechttrichtlijn, maar mogelijk wel onrechtmatig handelen naar nationaal recht. Het is onwenselijk en ook niet nodig deze leer naar dit terrein door te trekken met mogelijk vergaand ongewenste gevolgen voor het functioneren van het internetverkeer, omdat maatschappelijk ongewenst handelen in de context van linken naar illegale content kan worden tegengegaan met het maatwerkvangnet van bescherming uit hoofde van onrechtmatige daad, zoals betrekkelijk gevestigde rechtspraak tot nu toe ook laat zien. Ik zie mij daarin gesteund door niet de minste auteursrechtgeleerden, maar het schrijversveld is verdeeld, zoals we zagen en Svensson en BestWater hebben voor onzekerheid gezorgd op dit terrein.

voorlopig slot

2.4 De principale onderdelen III & IV richten zich met respectievelijk negentien en elf subonderdelen tegen het onrechtmatige daadsoordeel van het hof. De principale slotklacht van onderdeel V voegt daar nog een onderverdeling in drieën aan toe. Sanoma c.s. hebben *primair* auteursrechtinbreuk, *subsidiair* onrechtmatige daad aan hun vorderingen ten grondslag gelegd. Er resteert ook nog een staartje incidenteel beroep over compensatie van proceskosten in gemengde zaken en een veegklacht (onderdelen 2.8 en 3).

2.4.1 Auteursrechtelijk (primaire grondslag) is tot nu toe de uitkomst dat in het principaal beroep zal moeten worden vernietigd en verwezen, in ieder geval op grond van onderdeel II en in het (onvoorwaardelijke) incidenteel beroep moet worden geschorst en prejudiciëel verwezen. Vanwege mijn pleidooi om in het incidentele beroep over de auteursrechtelijke hamvraag in deze zaak: vormt linken naar illegale content in deze omstandigheden een

mededeling aan het publiek? prejudiciële vragen te stellen, waarvan het antwoord van groot gewicht lijkt voor de IE-praktijk, zie ik om proceseconomische redenen ervan af om in dit stadium te concluderen over deze resterende o.d.- en kostenmaterie. Nadere conclusie over deze subsidiaire aspecten kan ook achterwege blijven, indien Uw Raad zou menen dat sprake is van een “acte clair” of “acte éclairé” na Svensson en BestWater en meteen de afslag zou worden genomen dat hier sprake is van openbaarmaking, zodat het incidentele cassatieberoep zou opgaan¹⁰⁴. Ook dan zie ik niet aanstonds belang overblijven voor de resterende klachten¹⁰⁵.

2.4.2 Ik teken daarbij nadrukkelijk aan dat over deze resterende materie desgevraagd op korte termijn aanvullend door mij geconcludeerd zal kunnen worden, indien Uw Raad daar al in dit stadium behoefte aan heeft. Ik meen zelf dat dit bij prejudiciële verwijzing efficiënter kan gebeuren na afloop van die verwijzingszaak, mocht dat dan nog opportuun zijn, gelet op de tijd die gemoeid is met een prejudiciële procedure en de in de tussentijd mogelijk niet stilstaande rechtsontwikkeling op de resterende terreinen.

proceskosten feitelijke instanties

2.5 Resteert nog een staartje proceskosten, waarover al in deze fase kan worden geconcludeerd¹⁰⁶. Bij brief van 7 oktober 2014 heeft de advocaat van Sanoma c.s. gesteld dat uit nacalculatie volgt dat de daadwerkelijke kosten in eerste aanleg en in hoger beroep hoger zijn uitgevallen dan de in eerste instantie gestelde € 39.900,12¹⁰⁷ en € 44.291,50¹⁰⁸, te weten € 45.577,12 en € 48.814,45. Sanoma c.s. verzoeken de Hoge Raad daarom bij de berekening van de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep primair van de laatstgenoemde bedragen uit te gaan, subsidiair van de eerder begrote kosten en meer subsidiair van 70% van de genoemde bedragen (conform de veroordeling van de rechtbank)¹⁰⁹. GS Media voert daar tegen aan dat deze nacalculatie buiten beschouwing moet blijven, aangezien deze niet voor het eerst in cassatie aan de orde kan komen nu dit een onderzoek van feitelijke aard vergt¹¹⁰. De hoogte van de proceskosten in de feitelijke instanties vormt geen onderdeel van de conclusie van antwoord, tevens houdende incidenteel cassatieberoep en is pas naderhand

¹⁰⁴ Ik wijs daarbij op het “Köbler”-risico: bij schending van de plicht van een hoogste rechter om vragen van uitleg aan het HvJEU voor te leggen volgens art. 267 3^e alinea VWEU is volgens het Köbler-arrest de Staat aansprakelijk voor de dientengevolge door justitiabelen geleden schade, HvJEG 30 september 2003, C-224/01, <http://curia.europa.eu>, of Jur 2003, p. I-10239, NJ 2004/160, m.nt. MRM, JB 2004/14, m.nt. MC, JAR 2004/52.

¹⁰⁵ In hoger beroep zijn de proceskosten gecompenseerd. Bij slagen van de primaire grondslag (met of zonder verwijzing naar Luxemburg en na concrete toetsing van een inbreukverbod aan art. 10 lid 2 EVRM), wordt na vernietiging en verwijzing een art. 1019h Rv proceskostenveroordeling uitgesproken en komt men aan de subsidiaire o.d.-grondslag niet toe. Deze situatie verschilt met die behandeld in 2.3.1-2.3.2.

¹⁰⁶ Principaal onderdeel V en incidentele onderdelen 2.8 en 3 zien op proceskostencompensatie bij gemengde zaken en ook daarvoor geldt dat het proceseconomisch voorkomt daar niet nu al over te concluderen – tenzij Uw Raad daar wel behoefte aan heeft, dan volgt dat desgewenst aanvullend en op korte termijn.

¹⁰⁷ Prod. 34.

¹⁰⁸ Prod. 50.

¹⁰⁹ Zie ook de pleitnotitie mr. Alberdingk Thijm onder 108.

¹¹⁰ Pleitnotitie onder 120.

opgekomen. De klacht is in zoverre tardief voorgesteld, terwijl deze klacht ook een weging van feitelijke aard vergt die niet voor het eerst in cassatie kan plaatsvinden.

slot

2.6 Dit leidt ertoe dat de zaak integraal dien te worden geschorst hangende prejudiciële verwijzing. Ik meen dat ik hiermee alle aspecten heb behandeld die op dit moment aan de orde dienen te komen.

3. Conclusie

Ik concludeer dat de Hoge Raad het geding schorst en vragen van uitleg stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie als geformuleerd in 2.3.37.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



Advocaat-Generaal