

CASSATIEDAGVAARDING

Tom
10:45
LWA
J.i.
J.
Heden, negentien februari tweeduizend en veertien, op verzoek van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **GS Media B.V.** (hierna: "**GS Media**"), gevestigd en kantoor houdende aan de Meeuwenlaan 100, te (1075 HH) Amsterdam, die te dezer zake woonplaats kiest aan de Claude Debussylaan 80, te (1082 MD) Amsterdam, ten kantore van Mrs T. Cohen Jehoram en V. Rorsch (De Brauw Blackstone Westbroek N.V.), die door GS Media tot advocaten bij de Hoge Raad worden gesteld,

Heb ik,

Heb ik, Arthur Pieter Andries Spaargaren, gerechtsdeurwaarder te Amsterdam en aldaar kantoorhoudende aan de Maassluisstraat 258;

AAN:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Sanoma Media Netherlands B.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoor houdende aan de Capellalaan 65, te (2312 JL) Hoofddorp,
2. De rechtspersoon naar buitenlands recht **Playboy Enterprises International Inc.**, gevestigd en kantoorhoudende aan de 680 North Lake Shore Drive, te Chicago, (6061) Illinois, Verenigde Staten van Amerika,
3. Mevrouw **Britt Geertruida Dekker**, woonachtig aan de [REDACTED]

die allen te dezer zake allen in de vorige instantie laatstelijk woonplaats gekozen hebben ten kantore van Mr Chr. A. Alberdingk Thijm, kantoor houdende aan de Keizersgracht 203, te (1016 DS) Amsterdam, op dat laatstgenoemde adres overeenkomstig het bepaalde in artikel 63 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dit exploit gedaan en drie afschriften van dit exploit:

gelaten aan: *Mevrouw M. Staal, aldona webkooi;*

- achtergelaten in een gesloten envelop waarop de door de wet voorgeschreven gegevens zijn vermeld, omdat ik daar niemand aantrof aan wie ik rechtsgeldig een afschrift kon laten,

hierna afzonderlijk resp. "**Sanoma**", "**Playboy**" en "**Britt Dekker**", en tezamen "**Sanoma c.s.**", verweerders in cassatie

AANGEZEGD:

dat GS Media in cassatieberoep komt van het door het gerechtshof Amsterdam onder zaaknummer 200.121.190/01 gewezen arrest tussen GS Media als appellante en Sanoma c.s. als geïntimeerden, dat is uitgesproken op 19 november 2013.

Voorts heb ik, deurwaarder, mijn exploit doende en afschrift latende als voormeld, Sanoma c.s.

GEDAGVAARD:

om op vrijdag zeven maart tweeduizend en veertien (07-03-2014) 's ochtends om 10.00 uur (de "**Roldatum**"), niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden te verschijnen in het geding ten overstaan van de Hoge Raad der Nederlanden, te houden in het gebouw van de Hoge Raad aan de Kazernestraat 52 te Den Haag,

MET AANZEGGING:

dat van elke verweerder in cassatie bij verschijning in het geding een griffierecht zal worden geheven en dat de hoogte van dit griffierecht is vermeld in de meest recente bijlage behorende bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken zoals die geldt op het tijdstip waarop die verweerder in cassatie het griffierecht verschuldigd wordt (te weten: bij verschijning in het geding);

dat die bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel dan wel op de website: <http://wetten.overheid.nl/>;

dat van verweerders in cassatie die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkkluidende conclusies nemen, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;

dat in het geval een verweerder in cassatie onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

1°. een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag als bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

2°. een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand als bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens, bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;

dat elke verweerder in cassatie ervoor moet zorgen dat het door hem verschuldigde griffierecht binnen vier weken na de roldatum waarop die verweerder in cassatie in het geding verschijnt is bijgeschreven op de rekening van het gerecht waar deze zaak dient dan wel ter griffie is gestort;

dat indien een verweerder in cassatie op de voorgeschreven wijze (te weten: vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden) verschijnt maar het door zijn verschijning verschuldigde griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, het recht van die verweerder in cassatie om verweer in cassatie te voeren of om van zijn zijde in cassatie te komen vervalt;

dat indien op de Roldatum of een door de Hoge Raad nader bepaalde roldatum ten minste één van de verweerders in cassatie op de voorgeschreven wijze (te weten: vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden) in het geding verschijnt en het door zijn verschijning verschuldigde griffierecht tijdig heeft voldaan, en ten aanzien van de overige verweerder(s) in cassatie de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, tegen die overige verweerder(s) in cassatie verstek wordt verleend en tussen GS Media en de verschenen verweerder(s) in cassatie voort geprocedeerd, waarna tussen alle partijen één arrest wordt gewezen, dat als een arrest op tegenspraak wordt beschouwd;

TENEINDE:

alsdan namens GS Media tegen voormeld arrest te horen aanvoeren het navolgende:

MIDDEL VAN CASSATIE:

schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het gerechtshof in zijn te dezen bestreden arrest op de daarin vermelde gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dat arrest is aangegeven, zulks om de navolgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beschouwen redenen.

1. INLEIDING

- 1.1. De onderhavige zaak draait om de vrijheid van de pers om middels hyperlinks het publiek te verwijzen naar informatie die door derden op het Internet openbaar gemaakt is. Het Amsterdamse hof heeft die vrijheid (ernstig) ingeperkt door dergelijk linken onrechtmatig te achten, omdat de openbaarmaking door de derde (mogelijk) onrechtmatig was. Het heeft daarbij een norm aangelegd die uitgaat van een vergaande rechterlijke inmenging in de inhoud van berichtgeving en – daarmee – de functie van de pers en de kern van de haar door artikel 7 Grondwet en 10 EVRM geboden bescherming, wezenlijk miskent.

2. FEITEN

- 2.1. GS Media exploiteert de actualiteitenwebsite Geenstijl.nl (hierna: "GeenStijl"). Deze website informeert dagelijks ruim 230.000 bezoekers (rov. 2.2.2 en MvG nr. 2).
- 2.2. Sanoma is uitgever van het maandblad Playboy (hierna: "Playboy"). Britt Dekker (hierna: "Dekker") treedt geregeld op in Nederlandse televisieprogramma's.
- 2.3. De fotograaf Carli Hermès (hierna: "de fotograaf") heeft op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma een fotoreportage gemaakt van Dekker (hierna: de foto's). De fotograaf heeft aan Sanoma een licentie verstrekt om de foto's te publiceren. De fotograaf heeft Sanoma gemachtigd de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen, zelfstandig in rechte op te treden en schadevergoeding en winstafracht te vorderen (rov. 2.2.1 en 2.2.3).
- 2.4. Op 26 oktober 2011 is in het televisieprogramma Pownews gemeld dat de foto's vóór publicatie waren uitgelekt en zijn enkele van de foto's getoond (rov. 2.2.4 en 4.3 en MvG nr. 32-33, comparitieaantekeningen GS nr. 4 en 5).
- 2.5. Vervolgens is op GeenStijl drie keer een bericht geplaatst over het voortijdig uitlekken van de foto's van Britt Dekker, de geruchten dat Sanoma dit uitlekken zelf zou hebben gedaan (CvA nr. 13, 22, 45, 50-51, 54-58, MvG nr. 6, 145, 174, 178 en pleitnota GS nr. 40) en het feit dat Sanoma c.s. GS Media in verband met de hyperlinks in rechte betrok (CvA nr. 22). Ter illustratie bevatten deze berichten hyperlinks die doorverwezen naar websites met een volgende hyperlink, die naar de foto's leidde. De website Filefactory.com bevatte een hyperlink waarmee een zipbestand werd geopend met elf pdf-bestanden die elf van de dertien pagina's van de fotoreportage bevatten (rov. 2.2.5, MvG nr. 145, CvA nr. 13, pleitnota HB GS nr. 46). Bij het eerste bericht van 27 oktober 2011 was in de linkerbovenhoek op de

GeenStijl website zeer kortstondig een zeer kleine uitsnede van een van de foto's opgenomen (pleitnota HB GS nr. 46 en 47). De uitsnede betrof 1 cm² uit een foto van 540 cm² die op pagina 85 van het decembernummer van Playboy stond afgebeeld (pleitnota HB GS nr. 45).

- 2.6. Dekker heeft zelf op 1 november 2011 op Twitter een link geplaatst die leidde naar een Mexicaanse website waar de foto's zijn geplaatst (rov. 2.2.11, MvG nr. 31, CvA nr. 17 en comparitieaantekeningen GS nr. 20-21).
- 2.7. De foto's zijn in het decembernummer 2011 van Playboy gepubliceerd (rov. 2.2.12 en productie 13 Sanoma c.s.).

MIDDELONDERDEEL I

- I.1 Onjuist, althans onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rechtsoverwegingen 2.5.1, 2.5.3, 2.5.4, 2.6.3 en 2.7. In rov. 2.5.3. en 2.5.4 overweegt het hof:

"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 [fotograaf] zoals compositie, kleur, afstand tot [X], hoek, belichting en positionering.

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."

- I.2 's Hof's hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen getuigen van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft zijn oordeel dat de

openbaarmaking van de uitsnede inbreuk op het auteursrecht oplevert, enkel doen steunen op zijn oordeel dat GS Media niet heeft voldaan aan de eisen van art. 15a Aw (het citaatrecht). Het hof heeft aldus miskend dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk eerst moet worden beoordeeld of de uitsnede de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur (de "werktoets") en of sprake is van een auteursrechtelijk relevante (verveelvoudigings- of openbaarmakings)handeling. Het hof heeft dat ten onrechte niet onderzocht, ondanks het feit dat GS Media uitgebreid gemotiveerd betoogd heeft dat de uitsnede niet voldoet aan de werktoets en dat geen sprake is van een auteursrechtelijk relevante handeling (MvG nr. 125-128 en 183, pleitnota HB GS nr. 45, CvA nr. 33), aan welke essentiële stellingen het hof (tenminste met schending van zijn motiveringsplicht) is voorbijgegaan. Althans stelt het hof (in ieder geval in het licht van de stellingen van GS Media) onvoldoende kenbaar vast of de uitsnede aan de werktoets voldoet en sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking of verveelvoudiging. Voorts is het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd voorbijgegaan aan het met voormelde stellingen samenhangende relevante en concrete (tegen)bewijsaanbod (pleitnota HB GS nr. 45).

- I.3 Voor zover het hof in zijn oordeel rekening heeft gehouden met deze omstandigheden en heeft onderzocht of de uitsnede aan de "werktoets" beantwoordt, en heeft onderzocht of sprake is van een auteursrechtelijk relevante handeling, is zonder nadere motivering – die ontbreekt – onvoldoende begrijpelijk en/of kenbaar op welke wijze het hof zulks heeft gedaan.
- I.4 Voor zover het hof oordeelt dat sprake is van inbreuk omdat de uitsnede bedoeld is als zogenaamde 'teaser', om de aandacht van het GeenStijl-publiek te trekken, miskent het hof dat voor de beoordeling of er sprake is van inbreuk doordat in de uitsnede de uitdrukking van de eigen intellectuele schepping van de auteur is vervat niet (zo zeer) is gelegen in het doel van gebruik van de uitsnede, maar (veeleer) in de vraag of de uitsnede op zich de oorspronkelijkheid van het (volledige) werk in zich draagt, hetgeen het hof ten onrechte niet,

althans onvoldoende kenbaar, heeft onderzocht. Deze motivering kan ook het oordeel van het hof niet dragen.

- I.5 's Hof's overwegingen in rov. 2.5.1 en rov. 2.6.3 zijn onbegrijpelijk. In de procedure hebben GS Media aangevoerd dat de foto met het roze badpak (productie 36 Sanoma eerste pagina) geen uitsnede uit de foto op p. 92 van de Playboy-reportage is, mede omdat GS Media niet over die pagina beschikte (pleitnota HB GS nr. 46). Bij het ontbreken van stellingen van Sanoma met betrekking tot het hier bedoelde aspect is onbegrijpelijk dat het hof oordeelt "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).

MIDDELONDERDEEL II

- II.1. Onjuist, althans onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rechtsoverweging 2.5.5 waar het overweegt:

"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."

- II.2. In rechtsoverweging 2.5.5 stelt het hof terecht voorop:

"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."

- II.3. Onjuist is het aansluitend oordeel in rechtsoverweging 2.5.5:

"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."

- II.4. Het hof heeft een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd door te miskennen dat in zijn algemeenheid geldt dat de rechter *in concreto* een belangenafweging moet maken tussen enerzijds de bescherming

die het auteursrecht biedt en anderzijds de vrijheid van meningsuiting, althans in ieder geval in een situatie als de onderhavige. De nationale rechter kan niet volstaan met een toetsing *in abstracto*, en volstaan met te beoordelen of de uiting auteursrechtelijk inbreukmakend geoordeeld moet worden of niet. Hij dient *in concreto* te onderzoeken of de op de Auteurswet gebaseerde beperking op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving, in die zin, dat voor deze beperking op art. 10 EVRM een dringende maatschappelijke noodzaak (*pressing social need*) bestaat en deze beperking in overeenstemming is met eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Een en ander is door het hof miskend, waardoor de beslissing uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, althans is die beslissing onvoldoende gemotiveerd, in het bijzonder in het licht van de stellingen van GS Media terzake (MvG nr. 131-145).

- II.5. Althans is 's hofs beslissing onbegrijpelijk, nu het hof het auteursrecht laat prevaleren, in een geval als het onderhavige, waarin slechts sprake is van de publicatie van een (zeer kleine en onherkenbare) uitsnede van een foto (MvG nr. 125-128, pleitnota HB GS nr. 45-47 en CvA nr. 33). GS Media heeft gemotiveerd gesteld dat het belang van Sanoma c.s. ten aanzien van de uitsnede geen reëel exploitatiebelang betreft, en dus van onvoldoende gewicht is om een verbod dat een aantasting van de vrijheid van meningsuiting van GS Media vormt, te kunnen rechtvaardigen (MvG nr. 128, CvA nr. 35), welke stelling in het arrest niet wordt weersproken. In het licht van hetgeen GS Media heeft aangevoerd ten aanzien van de (zeer) beperkte belangen aan de zijde van Sanoma c.s., heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom het verbod ten aanzien van de uitsnede in dit geval noodzakelijk en proportioneel is.
- II.6. Voor zover het hof geacht zou moeten worden in zijn oordeel de betrokken belangen met betrekking tot de publicatie van de uitsnede *in concreto* te hebben gewogen en daarbij de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets van artikel 10 lid 2 EVRM in acht te hebben genomen, is zonder nadere motivering – die ontbreekt – onbegrijpelijk en onvoldoende kenbaar op welke wijze het hof zulks heeft gedaan.

- II.7. 's Hofs oordeel in rov. 2.5.5 dat slechts in uitzonderlijke gevallen, die ten aanzien van de onderhavige uitsnede gesteld, noch gebleken zijn, kan worden aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht van een ander rechtvaardigt, is onjuist, althans onbegrijpelijk. Ten onrechte, althans op onbegrijpelijke wijze, laat het hof het auteursrecht op de vrijheid van meningsuiting prevaleren, zonder zich (voldoende kenbaar) rekenschap te geven van het feit dat het auteursrecht en de uitingsvrijheid in beginsel twee gelijkwaardige grondrechten zijn die in concreto tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Bovendien heeft het hof miskend dat het aan Sanoma c.s. was om een gerechtvaardigd belang bij, en noodzaak van het gevorderde verbod ten aanzien van de uitsnede, te stellen en te bewijzen (en dus niet aan GS Media om te stellen en bewijzen dat haar handelwijze noodzakelijk is). Aldus miskent het hof ook de positie van procespartijen: degene die een verbod vordert heeft immers stelplicht en bewijslast terzake van de feiten die nodig zijn voor toewijzing van dat verbod.
- II.8. Bij beantwoording van de vraag welke van de betrokken rechten (respectering van de grondrechtelijke uitingsvrijheid aan de ene kant, en de handhaving van het auteursrecht met betrekking tot de uitsnede aan de andere kant) in concreto zwaarder weegt, stelt het hof ten onrechte als te beantwoorden vraag voorop of in de onderhavige situatie het wettelijk citaatrecht het auteursrecht kan inperken. Het hof miskent daarmee dat de toepasselijkheid van artikel 15a Aw geen uitsluitel geeft over de vraag of het door het auteursrecht beschermde belang in concreto zwaarder weegt. Ook als art. 15a Aw toepassing mist, kan het auteursrecht met de informatievrijheid van art. 10 EVRM in strijd komen.
- II.9. 's Hofs oordeel dat uitzonderlijke gevallen ten aanzien van de onderhavige uitsnede gesteld noch gebleken zijn, is onbegrijpelijk, althans zonder nadere motivering die ontbreekt niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, in het licht van hetgeen tijdens GS Media in de procedure is aangevoerd met betrekking tot de uitsnede, te weten:

- dat Sanoma c.s. geen, althans onvoldoende belang heeft om haar auteursrechten t.a.v. de uitsnede te handhaven (MvG nr. 128, CvA nr. 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 HB GS nr. 46 en 47);
- dat de uitsnede bovendien dermate klein is (0,2% van de foto) en een onherkenbaar deel van de foto betreft (MvG nr. 125-128 en pleitnota HB GS nr. 45-47, CvA nr. 33).

welke omstandigheden het hof ten onrechte, althans onvoldoende kenbaar in zijn beslissing heeft meegewogen, waardoor het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans de beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is. Althans het is onvoldoende inzichtelijk welke betekenis een of ander voor 's hofs redenering heeft, zodat ook onvoldoende inzichtelijk is op welke gronden het hof het beroep op de vrijheid van meningsuiting afwijst.

MIDDELONDERDEEL III

III.1 Onjuist, althans onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rechtsoverwegingen 2.7.3 en 2.7.7, waar het overweegt:

"Anders dan GS Media meent is in dit geding, zie ook hiervoor 2.4.2, niet komen vast te staan dat Sanoma de foto's zelf heeft gelekt. Het hof gaat er daarom vanuit dat de foto's zonder recht of titel door een onbekende derde zijn geopenbaard, waardoor deze derde inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van [fotograaf] en de portretrechten en privacy van [X], hetgeen onrechtmatig is.

GS Media wist dat de publicatie van de foto's door vorenbedoelde derde onrechtmatig was. Niet alleen had zij dat al kunnen begrijpen doordat zij de link naar de foto's kreeg toegespeeld door iemand die zich van een kennelijke schuilnaam bediende, maar Sanoma heeft haar nog vóór de publicatie van het artikel met de hyperlink erop gewezen dat de foto's op onrechtmatige wijze waren verkregen en bovendien heeft zij GS Media kort na de plaatsing van de hyperlink gesommeerd deze te verwijderen, waaraan GS Media niet heeft voldaan. Bovendien heeft zij nadat Filefactory had voldaan aan de sommatie van Sanoma c.s. een nieuwe link geplaatst en voorts toegelaten dat haar "reaguurders" nieuwe links plaatsten.

Uit niets blijkt dat het geenstijlpubliek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden. Het plaatsen van de hyperlink had derhalve in hoge mate een faciliterend karakter en bovendien kunnen de teksten van de artikelen waarin de hyperlinks waren opgenomen niet anders worden begrepen dan als enthousiasmerend voor het geenstijlpubliek om de illegaal geplaatste foto's te bekijken.

Dat alles bijeen maakt dat GS Media jegens Sanoma c.s. heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt."

"2.7.7 GS Media heeft derhalve onrechtmatig gehandeld door het geenstijlpubliek te faciliteren en te enthousiasmeren kennis te nemen van de foto's door welks plaatsing op het internet zowel het auteursrecht van [fotograaf] als het portretrecht en de privacy van [X] zijn geschonden. GS Media dient de schade van Sanoma c.s. die haar kan worden toegerekend, te vergoeden. De mogelijkheid dat Sanoma c.s. als gevolg van het handelen van GS Media enige schade hebben geleden is aannemelijk, zodat een verwijzing naar een schadestaatprocedure mogelijk is. In die procedure kan een eventueel eigenschuld verweer -bijvoorbeeld inhoudend dat [X] zelf ook een hyperlink naar de foto's heeft geplaatst- aan de orde komen."

III.2 's Hof's hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen, mede gelezen in samenhang met rov. 2.7.6 en 2.4.2, geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In rov. 2.7.3 komt het hof tot de slotsom dat GS Media jegens Sanoma c.s. heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Aan dit oordeel legt het hof de volgende omstandigheden ten grondslag:

- i. Niet is komen vast te staan dat Sanoma de foto's zelf heeft gelekt, in die zin dat dit met toestemming of medeweten van Sanoma zou zijn geschied (rov. 2.4.2)
- ii. GS Media heeft een hyperlink geplaatst in de wetenschap dat de publicatie van de foto's door de derde onrechtmatig was; en ook een nieuwe hyperlink geplaatst, nadat Filefactory na sommatie de foto's had verwijderd;
- iii. Uit niets blijkt dat het GeenStijl-publiek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden;
- iv. Het plaatsen van de hyperlink had een in hoge mate faciliterend karakter;
- v. De teksten bij de hyperlinks kunnen als enthousiasmerend worden begrepen om de foto's te bekijken.

Het hof heeft aldus miskend dat deze omstandigheden (ook wanneer deze in onderling verband worden beschouwd) niet (voldoende) basis kunnen vormen voor het oordeel dat GS Media in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, in het bijzonder in het licht van het recht op vrijheid van meningsuiting dat GS Media toekomt en de rol die zij als persmedium

in de maatschappij speelt (rov. 2.7.6), gelet op de navolgende, in onderlinge samenhang te beschouwen, gronden:

Ad i. – Het voortijdig lekken

- III.3 Ten onrechte, althans op onbegrijpelijke wijze acht het hof van (beslissend) belang dat niet is komen vast te staan dat Sanoma de foto's zelf heeft gelekt in die zin dat dit met toestemming of medeweten van Sanoma zou zijn geschied..
- III.4 Het hof beslist niet op de vraag of de foto's vanuit de organisatie van Sanoma zijn gelekt en of dit uitlekken in auteursrechtelijk zin aan Sanoma kan worden toegerekend door het in bedrijf hebben van haar netwerk, zoals door Sanoma is aangevoerd (MvG 174 en 185, pleitnota HB GS hoofdstuk 3.2). Feitelijk uitgangspunt kan zijn dat de foto's door iemand vanuit de organisatie van Sanoma op de website zijn geplaatst (CvA nr. 60 en comparitieaantekeningen GS nr. 8-17, proces-verbaal p. 5), en mitsdien kan in cassatie – in ieder geval veronderstellenderwijs – uitgangspunt zijn dat in zoverre sprake is van openbaarmaking door Sanoma. (pleitnota HB GS hoofdstuk 3.2 en 74), hetgeen het hof ten onrechte niet, althans onvoldoende (kenbaar) heeft meegewogen, waardoor het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is.
- III.5 Het hof ziet eraan voorbij dat de geruchten op zich dat Sanoma het voortijdig uitlekken (om publicitaire redenen) zelf zou hebben bewerkstelligd (CvA nr. 13, 50-51, 54-58, MvG nr. 145) voldoende rechtvaardiging voor een persmedium kunnen vormen daarover te berichten en ondersteunende hyperlinks (die het bewijs vormen van het gestelde nieuwsfeit, te weten dat de betrokken foto's zijn (uit)gelekt) te plaatsen, althans dat het een omstandigheid is die het hof (voldoende kenbaar) in zijn onrechtmatigheidsoordeel had moeten laten meewegen. Uit 's hofs oordeel blijkt niet, althans bepaald onvoldoende, dat het hof in aanmerking heeft genomen de zijdens GS Media aangevoerde omstandigheid dat foto's van Playboy herhaaldelijk uitlekken en het productieproces van Sanoma onvoldoende beveiligd is (CvA nr. 1 en 2, 22, 45, MvG nr. 17, 145, 174

en 178, pleitnota HB GS nr. 40-44, 66). Het hof ziet eraan voorbij dat de mogelijkheid dat Sanoma haar beveiliging nog altijd niet op orde had en het uitlekken dus liet gebeuren, op zich ook al voldoende rechtvaardiging voor een persmedium kan vormen over dat lekken te berichten en bij dat bericht, bij wijze van bewijs, ondersteunende hyperlinks te plaatsen (pleitnota HB GS nr. 40-44, 66).

- III.6 Bij beantwoording van de vraag of GS Media onzorgvuldig heeft gehandeld, is immers een essentiële, althans tenminste relevante omstandigheid, of het uitlekken van de foto's aan de eigen schuld van Sanoma's te wijten is en/of in auteursrechtelijke zin aan Sanoma is toe te rekenen (CvA nr. 12, 22, 45, 54-57, comparitieaantekeningen GS nr. 8-17, proces-verbaal p. 5, MvG nr. 6, 21, 15, 174 en 178, pleitnota GS HB hoofdstuk 3.2), hetgeen het hof ten onrechte niet, althans onvoldoende (kenbaar) heeft meegewogen, waardoor het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is. Ten onrechte heeft het hof het eigenschuldverweer alleen in aanmerking genomen in verband met de begroting van de schade (rov. 2.7.7).

Ad ii.– Wetenschap onrechtmatige publicatie door een derde

- III.7 Zelfs als moet worden aangenomen dat GS Media wetenschap had dat de hyperlinks verwezen naar een website waarop een onrechtmatige publicatie door een derde voorkwam, dan kan die enkele wetenschap op zich (en in onderlinge samenhang met de andere door het hof vastgestelde omstandigheden) niet (voldoende) bijdragen tot het oordeel dat GS Media in strijd met de zorgvuldigheid heeft gehandeld die in het maatschappelijk verkeer betaamt, hetgeen het hof heeft miskend.
- III.8 Niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, valt in te zien dat, en in welke mate, deze enkele wetenschap tot de conclusie zou kunnen en moeten leiden dat in het onderhavige geval het plaatsen van de hyperlink door een persmedium onrechtmatig is indien:

- dat persmedium op geen enkele wijze betrokken was bij het uitlekken of publiceren van de foto's waar de hyperlinks naar toe verwezen (rov. 2.4.2, CvA nr. 4, 21, comparitieaantekeningen GS nr. 42);
- dat de berichtgeving juist betrekking heeft op het voortijdig op internet verschijnen van de fotoreportage (CvA nr. 13, 50-51, 54-58, MvG nr. 145)
- dat persmedium geen financieel voordeel heeft behaald met de paar hyperlinks die zij naar de websites met de foto's heeft geplaatst (CvA nr. 60 iv., comparitieaantekeningen GS nr. 32-34, MvG 121-123, pleitnota HB GS nr. 62);

welke omstandigheden het hof ten onrechte, althans onvoldoende kenbaar in zijn beslissing heeft meegewogen, waardoor het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans de beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Ad iii. – Informatie wordt eenvoudig gevonden d.m.v. een hyperlink

III.9 's Hofs overwegingen, dat uit niets blijkt dat het GeenStijl-publiek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden en dat het plaatsen van de hyperlink in hoge mate een faciliterend karakter had, kunnen niet (voldoende) bijdragen tot het oordeel dat sprake is van handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, in het bijzonder in het licht van de rol van GS Media als persmedium (rov. 2.7.6). Het hof ziet er aan voorbij dat het plaatsen van een hyperlink niet meer is dan een bewegwijzering naar de plaats waar elders door derden informatie ter beschikking is gesteld, welke ter beschikkingstelling (in ieder geval in deze zaak) het onderwerp van de berichtgeving is (CvA nr. 1 en 2, 13, 50, comparitieaantekeningen GS nr. 54-56, MvG nr. 22, 145, 179, pleitnota GS HB nr. 3). Of het GeenStijl-publiek de foto's ook elders eenvoudig kon vinden, is irrelevant voor de vraag of GS Media onrechtmatig handelde. Dat het publiek de foto's eenvoudig kan vinden staat er niet aan in de weg dat de foto's zijn uitgelekt, waarover GS Media berichtte.

III.10 Bovendien blijkt niet, althans onvoldoende, dat het hof in dit verband – voldoende kenbaar – in aanmerking heeft genomen de relevante stellingen die zijdens GS Media zijn aangevoerd, inhoudende dat:

- op het moment van plaatsing van de hyperlinks door GS Media de foto's al op het internet te vinden en te bekijken waren (CvA nr. 53);
- Dekker zelf op 1 november 2011 op Twitter een link heeft geplaatst die haar 60.000 trouwste volgers rechtstreeks leidde naar een website waar de foto's zijn geplaatst (rov. 2.2.11, CvA nr. 17, comparitieaantekeningen GS nr. 20 en 21, MvG nr. 21.31);
- dat PowNews een of twee foto's tijdens de uitzending van 26 oktober 2011 heeft getoond (rov. 2.2.4 en 2.4.3, MvG nr. 32-33, comparitieaantekeningen GS nr. 4 en 5);

In dit licht is 's hofs overweging in rov. 2.7.3 dat uit niets blijkt dat het GeenStijl-publiek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden, als grond voor het aannemen van onzorgvuldig handelen dan ook onbegrijpelijk, alsmede innerlijk tegenstrijdig met rov. 2.4.7, waar het hof vaststelt dat GS Media niet een nieuw toegangskanaal aan het publiek heeft verschaft en geen interventie heeft gepleegd.

Ad iv. – Faciliterend karakter van een hyperlink

III.11 's Hofs overwegingen onder iv. kunnen niet (voldoende) bijdragen tot het oordeel dat GS Media onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof heeft miskend dat een hyperlink op het Internet altijd een faciliterend karakter heeft en inherent is aan het plaatsen van een hyperlink: het publiek krijgt zo altijd op eenvoudige wijze toegang tot de website met informatie waarnaar de hyperlink verwijst.

III.12 Ten onrechte weegt het hof mee dat de hyperlinks ten aanzien van het publiek in hoge mate een faciliterend karakter hebben. Daarbij verliest het hof uit het oog dat de foto's al door een derde op het Internet geplaatst zijn en het dát nieuws is, waarover GS Media (op, naar in cassatie vaststaat, rechtmatige wijze) berichtte.

- III.13 Ten onrechte miskent het hof het bijzondere belang van enerzijds de rol van de pers, die de taak heeft om toegang van het publiek tot informatie te faciliteren, en GS Media als persmedium, mede gelet op artikel 10 EVRM, dus het recht heeft dat nieuws met hyperlinks te onderbouwen, en anderzijds het recht van het publiek om ontvangst van die informatie gefaciliteerd te krijgen.
- III.14 Het hof heeft miskend dat, mede uitgaande van de in art. 10 EVRM neergelegde in een democratische samenleving noodzakelijke bescherming van de uitingsvrijheid, het de vraag had te beantwoorden of er zodanig exceptionele omstandigheden waren dat die tot de conclusie zouden kunnen en moeten leiden dat in het onderhavige geval het plaatsen van de hyperlink door een persmedium, onrechtmatig is. Door die toets niet aan te leggen is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

Ad v. – Enthousiasmerende teksten bij de hyperlinks

- III.15 's Hof's overweging dat de teksten bij de hyperlinks niet anders kunnen worden begrepen dan als enthousiasmerend voor het GeenStijl-publiek om de foto's te bekijken, kan niet (voldoende) bijdragen tot het oordeel dat sprake is van strijd met de zorgvuldigheidsnorm. Ten onrechte, althans met schending van zijn motiveringsplicht, ziet het hof eraan voorbij dat het bekijken en downloaden van de foto's door het publiek geen auteursrechtinbreuk vormt en het enthousiasmeren de foto's te bekijken dan ook niet op één lijn te stellen is met het faciliteren van auteursrechtinbreuk (CvA nr. 47, MvG nr. 172). Het faciliteren en enthousiasmeren van het publiek om iets te doen dat het publiek rechtens mag doen, is immers per definitie niet onrechtmatig. Bovendien is in cassatie feitelijk uitgangspunt dat de tekst van de berichten juist en rechtmatig zijn (MvA nr. 7, pleitnota HB GS nr. 6, 12 en 60). Als er al sprake is van onrechtmatige handelen dan betreft dat het publiceren van de foto's, maar die handeling heeft GS Media nu juist niet – zo staat in cassatie vast (rov. 2.4.2) – gefaciliteerd, hetgeen het hof heeft miskend, althans onvoldoende in zijn oordeel heeft meegewogen.

- III.16 Het hof verliest uit het oog dat het plaatsen van een hyperlink op het Internet altijd een aanmoediging inhoudt die link aan te klikken. Aldus gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, althans is 's hofs oordeel onbegrijpelijk. Dit geldt te meer in het licht van hetgeen het hof overigens overweegt en ook zijdens GS Media is aangevoerd omtrent het feit dat GS Media op geen enkele wijze betrokken was bij het uitlekken of publiceren van de foto's (rov. 2.4.2, CvA nr. 4 en 21, comparitieaantekeningen GS nr. 42).
- III.17 Door voornoemde omstandigheden niet mee te wegen, heeft het hof een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd, althans is onduidelijk welke maatstaf het hof heeft gehanteerd, welk laatste gebrek 's hofs beslissing reeds onaanvaardbaar onduidelijk maakt, zodat ook op die grond 's hofs beslissing niet in stand kan blijven.

Negatieve reflexwerking

- III.18 's Hofs overwegingen in rov. 2.7.3 en 2.7.7 in samenhang gelezen met rov. 2.4 t/m 2.4.7, geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof enerzijds – terecht – tot het oordeel komt dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks niet openbaar heeft gemaakt, maar anderzijds het plaatsen van een hyperlink onrechtmatig acht. Het hof heeft aldus miskend dat er een negatieve reflexwerking uitgaat van de auteursrechtelijke bescherming en een beroep op aanvullende bescherming van het gemene recht wegens strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is. In een situatie waarin géén inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht, kan strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt in elk geval niet zijn gelegen in het schenden van belangen van de auteursrechthebbende, waarvoor het auteursrecht reeds bescherming beoogt te geven.
- III.19 Althans is 's hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu onduidelijk is welke uitzonderlijke omstandigheden het hof dan (nog meer) in zijn oordeel heeft betrokken en hoe het die feiten en omstandigheden dan heeft gewogen.

MIDDELONDERDEEL IV

- IV.1 Rechts onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is het oordeel van het hof in rechtsoverweging 2.7.6, waar het overweegt:

"Hoewel de in dit geding overgelegde uitingen van GeenStijl niet direct bijdragen tot de overtuiging dat zij op een serieuze manier maatschappelijke misstanden aan de kaak wil stellen, zal het hof er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat dit wel het geval is. Zoals de rechtbank ook heeft overwogen (rechtsoverweging 4.29) stond het GS Media vrij via GeenStijl te publiceren dat de foto's reeds vóór publicatie daarvan waren uitgelekt. Het stond haar daarbij ook vrij enige feitelijke onderbouwing te geven van haar mededeling. Maar niet kan worden aanvaard dat er een pressing need bestond om de hyperlink te plaatsen waardoor het geenstijlpubliek toegang kreeg tot alle foto's. Kennisneming van alle foto's was niet een publiekbelang maar klaarblijkelijk, de context waarin de hyperlink is geplaatst wijst daar op, bedoeld om de nieuwsgierigheid van het geenstijlpubliek te bevredigen. Het beroep van GS Media op artikel 10 EVRM gaat in dit geval dus niet op, ook niet waar het de vraag naar de schending van het portretrecht van [X] betreft, zodat grief 4 geen doel treft."

- IV.2 Het hof heeft weliswaar in rov. 2.7.6 onderkend dat de publicatie van de uitgelekte foto's nieuwswaardig is, maar heeft vervolgens miskend dat daar (in beginsel) dan ook volledig over bericht mag worden, o.a. met gebruikmaking van een hyperlink die leidt naar een locatie waar een derde de uitgelekte informatie openbaar maakt.
- IV.3 's Hofs oordeel dat het GS Media vrij stond een feitelijke onderbouwing te geven van haar mededeling over de uitgelekte foto's, maar niet om een hyperlink naar die door derden aldaar openbaar gemaakte foto's te plaatsen, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onbegrijpelijk, nu (ex art.10 EVRM en art. 7 Gw) uitgangspunt had moeten zijn dat de rechter zich niet inlaat met de redactie van een nieuwsbericht. Dit klemt te meer nu het bericht nieuwswaardig (rov. 2.7.6.) en juist was (MvA nr. 7, pleitnota HB GS nr. 6, 12 en 60. Op grond van het in art. 7 Gw neergelegde censuurverbod en de in art 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting en informatie(vergaring) had uitgangspunt moeten zijn dat door middel van een hyperlink verwezen mag worden naar de locatie waar een derde documenten gelekt heeft. Het hof heeft miskend dat het hoogstens had kunnen toetsen of zich zodanig uitzonderlijke omstandigheden voordoen dat het belang van de pers

op de vrijheid van informatie en het recht van het publiek op toegang tot informatie, zou moeten wijken voor het belang van degene die zich op de zorgvuldigheidsnorm beroept, welke maatstaf het hof niet heeft aangelegd, terwijl de door het hof genoemde omstandigheden niet van dien aard zijn dat de hiervoor genoemde grondrechten zouden moeten wijken. Bovendien geldt, indien al ruimte is voor het meewegen van de belangen van een partij die mogelijk schade lijdt door het uitlekken, waarover bericht is, dat de toepassing van die beperking op de vrijheid van meningsuiting voldoende voorzienbaar moet zijn in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. Dat geldt niet voor de toets die het hof hier heeft aangelegd: het hof heeft ten onrechte niet artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM tot uitgangspunt genomen, maar heeft de rechtmatigheid van de publicatie van een nieuwsbericht beoordeeld op basis van de wijze waarop het bericht is ingekleed en de manier waarop de juistheid van het bericht wordt bewezen. Bovendien heeft het hof de onvoorzienbaarheid van die (zorgvuldigheids)maatstaf (van art 6:162 BW) ten onrechte niet in de weg laten staan aan toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht, en heeft het die onvoorzienbaarheid zelfs niet meegewogen. Dit klemmt te meer nu de Nederlandse en Europese rechtspraak over de zorgvuldigheidsnorm met betrekking tot het plaatsen van hyperlinks en het inperken van de vrijheid van nieuwsmedia om hyperlinks te plaatsen ook een onduidelijk en uiteenlopend juridisch beeld laat zien, en GS Media die onvoorzienbaarheid ook heeft benadrukt (CvA nr. 46), hetgeen het hof ten onrechte niet, althans onvoldoende kenbaar, heeft onderzocht.

- IV.4 In rov. 2.7.6 overweegt het hof dat niet kan worden aanvaard dat er een *pressing need* bestond om de hyperlinks te plaatsen waardoor het GeenStijl-publiek toegang kreeg tot alle foto's. Ook hier miskent het hof dat de in artikel 10 EVRM erkende bescherming van de vrijheid van meningsuiting, uitgangspunt dient te zijn, dat deze vrijheid slechts aan beperkingen kan worden onderworpen indien is voldaan aan de in artikel 10 lid 2 EVRM gestelde voorwaarden en dat de vraag (hoogstens) kon zijn of zich zodanig exceptionele omstandigheden voordoen dat er een *pressing social need* is die meebrengt dat de vrijheid van meningsuiting moet wijken voor het alsdan vast te stellen, zwaarder wegende belang van Sanoma c.s. Die toets heeft het hof ten onrechte niet toegepast (maar heeft de toets op zijn kop gezet door een *pressing need* aan de

zijde van het persmedium bij publicatie te verlangen en het (niet op auteursrecht te baseren) belang van Sanoma kennelijk tot uitgangspunt te nemen). Ten onrechte stelt het hof als te beantwoorden vraag voorop of er een *pressing need* bestond om de hyperlink te plaatsen. Voor zodanige noodzakelijkheidstoets en/of belangenafweging als door het hof bedoeld, is in dit kader geen ruimte, nu in het onderhavige geval geen sprake is van botsende grondrechten, in die zin dat bescherming van auteursrechten moet worden afgewogen tegen de uitingsvrijheid. Het hof heeft immers ten aanzien van de publicatie van de hyperlinks vastgesteld dat daarmee geen auteursrechtelijk relevante openbaarmaking plaatsvindt.

- IV.5 Voor zover het hof de door hem aangelegde zorgvuldigheidsnorm rekent tot de "rechten van anderen" ter bescherming waarvan het recht op informatievrijheid kan worden onderworpen aan beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn en bij de wet zijn voorzien, geeft het arrest blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is 's hofs oordeel niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, nu dit niet (voldoende) blijkt uit 's hofs arrest
- IV.6 's Hofs beslissing is onjuist, althans onbegrijpelijk, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, waar het hof – zonder voldoende kenbare motivering – is voorbijgegaan aan hetgeen zijdens GS Media is aangevoerd omtrent het ontbreken van een dringende maatschappelijke noodzaak (*pressing social need*) en omtrent de proportionaliteitseis, door de volgende omstandigheden niet kenbaar in de belangenafweging te betrekken:
- dat de foto's niet door GS Media op de websites zijn geplaatst (rov. 2.4.4);
 - de foto's op de websites ook vindbaar zijn langs andere weg en GS Media dus niet aan het publiek een nieuw toegangskanaal heeft verschaft (rov. 2.4.7, MvG nr. 2.4.2);
 - Dekker zelf op 1 november 2011 op Twitter een link heeft geplaatst die leidde naar een website waar de foto's zijn geplaatst (rov. 2.2.11, CvA nr. 17, comparitieaantekeningen GS nr. 20 en 21);

- dat PowNews een of twee foto's tijdens de uitzending van 26 oktober 2011 heeft getoond (rov. 2.2.4 en 2.4.3, MvG nr. 32-33, comparitieaantekeningen GS nr. 4 en 5);
- dat een notice and take down procedure jegens de websites waarop de foto's door een derde zijn geplaatst een veel effectievere en meer proportionele methode is om de belangen van Sanoma c.s. te handhaven dan een schadevergoedingsvordering jegens degene die slechts bericht over het uitlekken van de foto's met een hyperlink naar de websites die toegang tot de foto's verschaffen (MvG nr. 152).

Bij beantwoording van de vraag of toewijzing van de vordering van Sanoma c.s. noodzakelijk is in een democratische samenleving, en zelfs bij beantwoording van de – onjuiste; zie eerdere onderdelen – vraag of handhaving van de zorgvuldigheidnorm bij wijze van uitzondering doorbroken kan worden door een beroep op de vrijheid van meningsuiting, althans op de informatievrijheid van art. 10 EVRM, heeft het hof deze essentiële, althans relevante omstandigheden niet, althans onvoldoende meegewogen.

IV.7 Ook uit rov. 2.7.6 blijkt dat het hof een onjuiste maatstaf (althans in ieder geval een ontoelaatbaar onduidelijke maatstaf) heeft aangelegd, namelijk door de wijze van inkleding van het bericht bij de hyperlinks van (beslissend) belang te achten. Het hof overweegt daar dat "kennisneming van alle foto's niet een publiek belang [was] maar klaarblijkelijk, de context waarin de hyperlink is geplaatst wijst daar op, bedoeld om de nieuwsgierigheid van het GeenStijl-publiek te bevredigen". Deze toets is rechtens onjuist en on(voldoende) duidelijk nu (vrijwel) ieder nieuwsbericht bedoeld is 'om de nieuwsgierigheid van het publiek te bevredigen'. Een en ander is bovendien onverenigbaar met het in cassatie als vaststaand te beschouwen uitgangspunt dat de berichten juist en rechtmatig waren. Bovendien is onvoldoende inzichtelijk welke betekenis een en ander heeft voor 's hofs oordeel dat het beroep van GS Media op art. 10 EVRM niet opgaat, en is aldus de beslissing onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft hier voorts niet, althans niet (voldoende) kenbaar in de weging en motivering betrokken de zijdens GS Media in de procedure aangevoerde essentiële, althans relevante stellingen:

- dat de hyperlinks verband hielden met de nieuwsberichten over het uitlekken van de foto's, de geruchten dat Sanoma dit uitlekken zelf zou hebben gedaan om publicitaire redenen (CvA nr. 12-13, comparitieaantekeningen GS nr. 8-17, MvG nr. 6, 21, 145, 174) en het feit dat Sanoma c.s. GS Media in verband met de hyperlinks in rechte betrok (CvA nr. 22);
- dat de hyperlinks dienden om deze nieuwsberichten volledig, geloofwaardig en verifieerbaar te maken (CvA nr. 48-51, 58, MvG nr. 22, 138-139, 144);

zodat het bestreden arrest onvoldoende met redenen omkleed is.

IV.8 Bovendien blijkt niet, althans onvoldoende, dat het hof in dit verband in aanmerking heeft genomen de relevante stellingen die zijdens GS Media zijn aangevoerd, inhoudende dat:

- het plaatsen van hyperlinks naar beeldmateriaal over het nieuwsfeit waarover bericht wordt bij de huidige stand van de techniek een maatschappelijk aanvaarde – zo niet vereiste – vorm van controleerbare berichtgeving is. (MvG nr. 143-145);
- dat de onrechtmatigheid van de openbaarmaking van het materiaal, de pers niet verhindert om dat materiaal toegankelijk te maken, zoals veelvuldig gebeurt met de afbeelding van uitgelekte geheime documenten. (MvG nr. 176-178).

IV.9 's Hof overwegingen die verband houden met het feit dat de hyperlinks toegang geven tot *alle* foto's kunnen niet (voldoende) bijdragen tot het oordeel dat het beroep van GS Media op artikel 10 EVRM niet opgaat en/of GS Media onzorgvuldig handelt. Bovendien is onaanvaardbaar onduidelijk wat het hof beoogt tot uitdrukking te brengen met de zinsnedes "toegang (...) tot *alle* foto's" en "kennisneming van *alle* foto's" (cursivering adv.). Uit 's hofs beslissing blijkt niet, althans onvoldoende, of, en zo ja in welke mate het hof in de weging heeft betrokken de zijdens GS Media in de procedure aangevoerde essentiële, althans relevante stellingen:

- dat de hyperlinks niet naar *alle* foto's van Dekker in het decembernummer 2011 van Playboy verwezen (MvG nr. 36, pleitnota HB GS nr. 46, productie 5, 11 en 13 Sanoma);
- dat de hyperlinks verwezen naar een internetpagina die toegang gaven tot één zipbestand met elf pdfbestanden die ieder één pagina (derhalve 11 van de in totaal 13 pagina's) van de fotoreportage bevatten en het dan ook niet mogelijk was te linken naar minder dan die elf pagina's/foto's (CvA nr. 11, MvG nr. 62).

Door een en ander niet (voldoende) kenbaar in de weging te betrekken, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans is de beslissing onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

IV.10 Althans geeft 's hofs oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof miskent dat, ook al zou GS Media naar alle foto's hebben gelinkt, dat niet voldoende is om de vrijheid van meningsuiting in te perken. Indien het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, mede in het licht van voornoemde klachten tegen 's hofs overwegingen in 2.7.3, 2.7.6 en rov. 2.7.7.

IV.11 's Hofs oordeel in rov. 2.7.6 dat het beroep van GS Media op artikel 10 EVRM niet opgaat, ook niet waar het de vraag naar de schending van het portretrecht van Dekker betreft, is onbegrijpelijk, althans innerlijk tegenstrijdig met rov. 2.6-2.6.6, waarin het hof heeft geoordeeld dat er geen sprake is van inbreuk op het portretrecht.

MIDDELONDERDEEL V

V.1 Wanneer de hiervoor genoemde klachten slagen, kunnen evenmin in stand blijven rechtsoverwegingen 2.7.7. en 2.8. Het hof heeft in rov. 2.8 ten aanzien van de door de rechtbank uitgesproken veroordelingen als volgt geoordeeld:

"Grief 5 is gericht tegen de door de rechtbank uitgesproken veroordelingen. Nu het hof de grieven van GS Media gedeeltelijk gegrond heeft bevonden, zal het

hof het vonnis vernietigen en in overeenstemming met hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, beslissen als hierna te doen. Partijen worden elk op enige punten in het ongelijk gesteld. Het hof zal daarom de kosten van zowel de eerste aanleg als het hoger beroep compenseren als hierna te bepalen."

- V.2 Voorts gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting door de proceskosten te compenseren en daarmee te miskennen dat de vordering van Sanoma c.s. voor zover die gebaseerd is op het auteursrecht, (grotendeels) faalt, zodat de kosten die GS Media als verwerende partij tegen deze vordering, heeft moeten maken voor vergoeding in aanmerking hadden moeten komen op grond van artikel 1019h Rv., terwijl de kosten die betrekking hebben op de onrechtmatige daadsgrondslag volgens het liquidatietarief berekend worden, en daarmee dus aanzienlijk lager zijn. Het hof heeft deze omstandigheden ten onrechte en met schending van zijn motiveringsplicht, niet (kenbaar) meegewogen.
- V.3 Voor zover het hof geacht moet worden een en ander wel afdoende te hebben meegewogen blijkt dat niet, althans onvoldoende uit het bestreden arrest en staat het dictum daarmee op gespannen voet, zodat het arrest in dat geval onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is en als geheel begrijpelijkheid ontbeert.

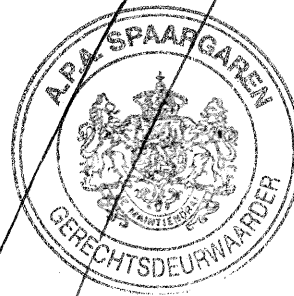
OP GROND VAN DIT MIDDEL:

vordert GS Media dat het arrest waartegen het cassatieberoep is gericht door de Hoge Raad zal worden vernietigd, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad passend zal achten, kosten rechtens ex art. 1019h Rv.

Deurwaarder

De kosten van dit exploit zijn:

€ 77,52



Deze zaak wordt behandeld door Mr T. Cohen Jehoram en Mr V. Rorsch,
De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam,
T +31 20 577 1301/1315, F +31 20 577 1775,
E tobias.cohenjehoram@debrauw.com en vivien.rorsch@debrauw.com, alsmede
door Mr R.D. Chavannes, Brinkhof Advocaten, De Lairesestraat 111-115,
1075 HH Amsterdam, T +31 20 305 3232, F +31 305 3201
E remy.chavannes@brinkhof.com.