

RDC/DV/20110415/857050.8

Hoge Raad der Nederlanden

Zaaknummer: 14/00158

10 oktober 2014

Pleitnotities mr. R.D. Chavannes

namens

de besloten vennootschap

GS Media B.V.

gevestigd te Amsterdam,

eiseres in het principale cassatieberoep,

verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten bij de HR

mr. T. Cohen Jehoram

mr. V. Rorsch

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht

Playboy Enterprises International Inc.

gevestigd te Beverly Hills, Verenigde Staten van

Amerika,

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Sanoma Media Netherlands B.V.

gevestigd te Hoofddorp,

mevrouw

Britt Geertruida Dekker

wonende te Purmerend,

verweersters in het principale cassatieberoep,

eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat bij de HR

mr. K. Aantjes

1 Inleiding

- 1 Alle uitgevers opereren op het raakvlak van informatievrijheid en auteursrecht, want zijn afhankelijk van hun vermogen om het publiek vrijelijk en aansprekend te informeren over belangwekkende ontwikkelingen, én om die berichtgeving zelf commercieel te exploiteren. Hoewel Sanoma ook een uitgever en nieuwsorganisatie is, hamert zij eenzijdig op bescherming van haar intellectuele eigendom en marginaliseert zij de uitingsvrijheid. Het staat haar natuurlijk vrij haar eigen prioriteiten te bepalen. Zij neemt daarbij echter standpunten in die, als u daarin zou meegaan, alle uitgevers en nieuwsorganisaties ernstig zouden belemmeren in het uitgeven van aantrekkelijke digitale informatieproducten. Als elke hyperlink een inbreukmakende openbaarmaking kan zijn, *zelfs één* naar het bronmateriaal dat de juistheid van een nieuwsbericht bewijst, komt de persvrijheid in gevaar en kunnen uitgevers op internet hun werk niet goed meer doen.
- 2 Leidt de door Sanoma bepleite uitleg van het auteursrecht tot absurde en voor nieuwsmedia en andere internetpublicisten onwerkbaar resultaten, dan geldt dat ook voor de door het Hof aangelegde onrechtmatigheidsnorm, waarbij media weliswaar zonder schending van het auteursrecht hyperlinks naar nieuwsbronnen mogen aanleggen, maar hun lezers tegelijkertijd niet mogen ‘enthousiasmeren’ of ‘faciliteren’ om van die nieuwsbronnen kennis te nemen, tenzij zij bewijzen daarvoor een ‘pressing social need’ te hebben: artikel 10 EVRM op zijn kop.
- 3 De stijl van GeenStijl.nl kenmerkt zich door sarcasme, directheid, openheid en het bewust afzien van politieke correctheid. Zij heeft regelmatig primeurs, mede dankzij de actieve gemeenschap van reagerende lezers (“reaguurders”). Zij brengt nieuws en amusement op een manier die niet naar ieders smaak is, maar die ontegenzeggelijk bijdraagt aan de pluriformiteit van het Nederlandse medialandschap. Zij is een buitenbeentje, maar daarmee niet minder persmedium; de persvrijheid is er niet alleen voor Teletekst en de NRC, voor media die passen binnen een bepaalde bandbreedte die het establishment als ‘netjes’ beschouwt, maar juist ook voor de dragers van het tegendraadse tegengeluid.
- 4 Het voorwerp van geschil tussen GeenStijl en Sanoma is een aantal hyperlinks. De hyperlinks waren onderdeel van drie berichten op de website van GeenStijl in de herfst van 2011 en verwezen naar de vóór publicatie uitgelekte en op internet geplaatste Playboy-fotoreportage met mevrouw Dekker. GeenStijl had met dat uitlekken niets te maken, maar Sanoma stelt schade te hebben geleden door de *verwijzing* daarnaar door GeenStijl. Vast staat echter dat GeenStijl mocht publiceren over het lek in de context van de noodlijdende positie van de Nederlandse Playboy, waar foto’s regelmatig uitlekken en waar destijds grote onmin binnen de interne organisatie bestond. Dat was een nieuwsfeit. De rechtmatigheid van de berichten

staat in cassatie vast. Het gaat hier dus alleen om de vraag of GeenStijl, door aan die berichten een aantal verwijzingen toe te voegen naar het – door een onbekende elders op het internet geplaatste – beeldmateriaal waar de berichten over gingen, auteursrechtinbreuk heeft gepleegd dan wel onrechtmatig heeft gehandeld.

- 5 Er is in deze procedure één - of meerdere, dat weten we niet - belangrijke afwezige: degene die bij Sanoma zijn handen wist te leggen op de digitale foto's van mevrouw Dekker (mogelijk voor de tweede keer, eerder lekte ook een fotoreportage met mevrouw Krabbé uit); die deze drukproeven openlijk toegankelijk, zonder wachtwoord of andere beveiliging, op de website van Filefactory plaatste; en die GeenStijl via een 'linktip' de hyperlink toestuurde die naar de betreffende internetpagina verwees. Sanoma beschuldigde GeenStijl er aanvankelijk van deze onbekende derde te zijn: zij zou de fotoreportage zelf op Filefactory.com geplaatst hebben. GeenStijl, aan de andere kant, vermoedde om technische redenen dat er vanuit Sanoma zelf gelekt was (comparitie-aantekeningen GS, § 8-17); als marketingstunt of door een boze werknemer. De rechtbank en het hof kozen het midden en gingen ervan uit dat de drukproeven door een andere partij op internet waren geplaatst (Hof rov. 2.4.2). Deze derde is vooralsnog onbekend, maar is in wezen de hoofdpersoon in deze zaak: degene die de foto's op het internet heeft gepubliceerd. In plaats van zich te richten op het lek in de eigen organisatie, is de insteek van Sanoma: "Let's kill the messenger" (zie ook: pleitnota Hof GS, § 66-67).
- 6 Terug naar de hyperlinks. De twee hoofdvragen in deze zaak zijn de vraag (1) of de hyperlinks een zelfstandige 'openbaarmaking' waren, dat wil zeggen of de enkele verwijzing naar de fotoreportage een exploitatiehandeling was die valt onder het auteursrechtelijke verbodsrecht van Sanoma c.s. ten aanzien van de fotoreportage; en, zo niet, (2) of de publicatie van de hyperlinks desalniettemin jegens Sanoma onrechtmatig was, dus of de uitingsvrijheid van GeenStijl in dit geval diende te wijken voor de bescherming van de belangen van Sanoma. De eerste vraag is onderwerp van het incidenteel cassatieberoep van Sanoma. De tweede vraag vormt de kern van het principale cassatieberoep van GeenStijl.

1.1 Het belang van de zaak

- 7 Het is niet alleen aan de schoonheid van mevrouw Dekker te danken dat deze zaak veel aandacht heeft gekregen in de media. Hyperlinks zijn de meest basale en essentiële functionaliteit van het internet, het zenuwstelsel dat alle miljarden webpagina's met elkaar verbindt. Het aantal hyperlinks op internet is letterlijk oneindig: zij worden niet alleen handmatig aangemaakt door auteurs van nieuwsartikelen, maar volautomatisch gegenereerd iedere keer dat iemand een zoekopdracht uitvoert of in zijn online agenda naar de volgende dag bladert.
- 8 In feitelijke instanties trachtte Sanoma de impact van haar auteursrechtelijke standpunt nog te bagatelliseren door te zeggen dat het hier om een unieke, uit-

zonderlijke situatie ging. In cassatie heeft zij alle schroom van zich afgeworpen en bepleit zij simpelweg dat elke hyperlink naar informatie die niet door of met toestemming van de maker is gepubliceerd, auteursrechtinbreuk oplevert en dus niet gepubliceerd mag worden (par. 2.1 incidenteel beroep). Dat standpunt betekent het einde van zoekmachines, die de informatie op het internet catalogiseren en vindbaar maken maar per definitie niet kunnen controleren of die informatie met of zonder toestemming op internet staat. Dat standpunt is doodeng voor iedereen die ergens op internet een hyperlink wil aanbrengen, want hoe stel je *vast* dat die informatie op die andere pagina daadwerkelijk met toestemming van de auteursrechthebbende is gepubliceerd (dus: wie de maker is, aan wie de rechten eventueel zijn overgedragen of gelicentieerd, en of de openbaarmaking blijft binnen de materiële, territoriale en temporele grenzen van de overdracht, licentie of wettelijke beperking)? Op het internet van Sanoma moet iedere uitgever, professioneel of amateur, die vragen met zekerheid kunnen beantwoorden, op straffe van auteursrechtinbreuk, aansprakelijkheid en een volledige proceskostenvergoeding. Op het internet van Sanoma zullen de meesten het zekere voor het onzekere nemen en zelfcensuur toepassen.

- 9 Een ander wezenskenmerk van het internet, maar in feite van alle tijden, is dat informatiebeveiliging relatief is en dat belangwekkende informatie zich razendsnel kan verspreiden. Op het internet lekt voortdurend informatie uit: van filmopnames vanuit een helikopter van een Amerikaanse luchtaanval in Bagdad waarbij burgers en twee journalisten om het leven kwamen, tot erotische foto's van beroemdheden, de Nederlandse Miljoenennota en gestolen eindexamenopgaven. Soms brengt dat een enorme misstand aan het licht, soms is het 'gewoon' nieuwswaardig, soms is het vervelend en soms is het schadelijk. Incidenten moeten geen reden zijn om hyperlinks te verbieden, voortaan te onderwerpen aan een verbodsrecht van - voor internetgebruikers onbekende - rechthebbenden, of om vage en onwerkbare zorgvuldigheidsnormen te verzinnen waar niemand wat mee kan, terwijl de architectuur van het internet, vrije nieuwsgaring en ontvangstvrijheid er wel door worden geschaad.

1.2 Plan van behandeling

- 10 Na een korte analyse van het arrest bespreek ik dat en waarom het onrechtmatigheidsoordeel van het Hof geen stand kan houden. De kernklachten van het middel zijn vervat in middelonderdelen III en IV. Deze bespreek ik als eerste. Aan de hand van de beperkingsclausule van artikel 10 lid 2 EVRM en het toetsingskader dat daaruit dwingend voortvloeit, laat ik zien dat het Hof op oneigenlijke wijze, na terecht te hebben vastgesteld dat de auteursrechtelijke exploitatiebelangen van Sanoma niet in het geding waren, ten onrechte toch op de voet van artikel 6:162 BW bescherming heeft toegekend aan diezelfde exploitatiebelangen.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 11 Middelonderdelen I en II zien op de 1x1cm uitsnede van één van de foto's die kortstondig door GeenStijl is getoond bij één van de nieuwsberichten en het oordeel van het Hof dat GeenStijl daarmee auteursrechtinbreuk heeft gepleegd.
- 12 Vervolgens bespreek ik het incidentele middel. Daaruit blijkt dat er in cassatie geen ruimte is voor een heroverweging van de auteursrechtelijke beslissing van het Hof en subsidiair, dat een heroverweging niet tot een andersluidend oordeel zou leiden. Ik zeg ten slotte iets over de proceskosten (in feitelijke instanties), waarover beide partijen een klacht hebben geformuleerd (middelonderdeel V GeenStijl / paragraaf 2.8 Sanoma), en de kostenafpraak in cassatie.

2 Het arrest van het Hof

- 13 Het Hof heeft beslist, kort gezegd, als volgt:
 - 2.4: publicatie van de hyperlinks was géén zelfstandige openbaarmaking;
 - 2.5: publicatie van een uitsnede was wél een openbaarmaking van de foto waarvan de uitsnede afkomstig was, die niet gerechtvaardigd kon worden met een beroep op het citaatrecht of artikel 10 EVRM;
 - 2.6: die uitsnede was géén portret van mevrouw Dekker, zodat GeenStijl, door de uitsnede te publiceren, geen inbreuk heeft gemaakt op haar portretrecht; en
 - 2.7: publicatie van de hyperlinks was onrechtmatig jegens Sanoma.
- 14 In overweging 2.8 stelt het Hof vast dat beide partijen op enige punten in het ongelijk worden gesteld, waaraan het de conclusie verbindt dat zij ieder de eigen proceskosten dragen, zowel van de eerste aanleg als het hoger beroep.
- 15 Bij de auteursrechtelijke beoordeling neemt het Hof tot uitgangspunt (rov. 2.4.4) dat 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), degene is 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 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. Vervolgens beoordeelt het Hof de stelling van Sanoma dat deze algemene regel hier niet opgaat. Sanoma had aangevoerd dat degene die de fotoreportage op de website FileFactory.com had geplaatst, dat zodanig had gedaan dat deze *niet* toegankelijk was voor het algemene publiek, maar juist in een digitaal 'kluisje' zat opgeborgen waar geen zoekmachine hem kon vinden en waarvan de hyperlink van GeenStijl de (enige) sleutel was, zodat niet de *uploader zelf* de fotoreportage beschikbaar stelde aan het publiek door deze te *uploaden*, maar *GeenStijl* door de *sleutel* beschikbaar te stellen. Het Hof stelt vast

(rov. 2.4.7) dat GeenStijl voldoende gemotiveerd heeft bestreden dat de inhoud van de bij FileFactory opgeslagen bestanden inderdaad onvindbaar en onbereikbaar was voor het publiek en dat Sanoma geen bewijs – laat staan specifiek bewijs – heeft aangeboden van haar stelling. Het moet er daarom vanuit gaan dat de *uploader* de fotoreportage inderdaad heeft geopenbaard en dat GeenStijl niet daartoe een nieuw toegangskanaal heeft verschaft, en derhalve geen interventie heeft gepleegd in de zin van de door Sanoma aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie. Daarmee slaagt de grief van GeenStijl dat haar hyperlinks *naar* de fotoreportage géén (zelfstandige) openbaarmaking waren *van* de fotoreportage.

- 16 Bij de beoordeling of GeenStijl desalniettemin onrechtmatig heeft gehandeld door de hyperlinks te publiceren, gaat het Hof er vanuit (rov. 2.7.3) dat de fotoreportage zonder recht of titel openbaar gemaakt is door een onbekende derde, die daarmee inbreuk heeft gepleegd op de rechten van Sanoma. Het stelt vast dat GeenStijl wist dat deze publicatie door deze derde onrechtmatig was en dat uit niets blijkt dat haar lezers de foto's zonder haar hulp en bijstand eenvoudig hadden kunnen vinden. Het plaatsen van de hyperlinks had dus volgens het Hof "in hoge mate een faciliterend karakter". 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." Op deze gronden oordeelt het Hof dat GeenStijl onzorgvuldig heeft gehandeld jegens Sanoma.
- 17 Het Hof vat het beroep van GeenStijl op haar hoedanigheid van persmedium en haar door artikel 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting op als potentiële rechtvaardigingsgrond, waarbij het er met nauwelijks verholen cynisme "veronderstellenderwijs" vanuit gaat dat GeenStijl inderdaad "op serieuze manier maatschappelijke misstanden aan de kaak wil stellen". Het overweegt dat het GeenStijl vrij stond te publiceren *dat* de foto's voortijdig waren uitgelekt, alsmede "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 publiek belang maar klaarblijkelijk, de context waarin de hyperlink is geplaatst wijst daar op, bedoeld om de nieuwsgierigheid van het geenstijlpubliek te bevredigen." In samenvatting overweegt het Hof (rov. 2.7.7) dat GeenStijl onrechtmatig heeft 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 Hermès als het portretrecht en de privacy van Dekker zijn geschonden."

PRINCIPAAL CASSATIEBEROEP

- 18 Het principaal cassatieberoep richt zich tegen de overwegingen over onrechtmatige daad (middelonderdelen III en IV, Hof 2.7), auteursrechtinbreuk door publicatie van de uitsnede (middelonderdelen I en II, Hof 2.5) en de proceskosten (middelonderdeel V, Hof 2.8).

3 Middelonderdelen III en IV – onrechtmatige daad

- 19 Bij de beoordeling van (de klachten over) de overwegingen van het Hof die zien op onrechtmatige daad, moet tot uitgangspunt worden genomen dat GeenStijl door publicatie van de hyperlinks géén auteursrechtinbreuk heeft gepleegd, zoals het Hof in rov. 2.7 vaststelt, en géén portretrechtinbreuk heeft gepleegd, zoals het Hof in rov. 2.6 (in cassatie onbestreden) vaststelt. De vraag is dus of het Hof, *gegeven* het feit dat GeenStijl met het plaatsen van de hyperlinks géén inbreuk heeft gepleegd op de auteursrechten en portretrechten van Sanoma c.s., terecht heeft beslist dat GeenStijl daarmee toch onrechtmatig heeft gehandeld jegens hen.
- 20 Bij de beoordeling van middelonderdelen III en IV moet derhalve ook tot uitgangspunt worden genomen dat hier géén sprake is van botsende grondrechten, een horizontaal conflict van fundamentele rechten.

De laatste jaren hebben zowel HvJ als EHRM duidelijk gemaakt dat het IE-recht geen gesloten systeem is, in die zin dat de rechthebbende elke inbreukmakende exploitatiehandeling altijd kan verbieden, maar dat IE-rechten op gelijke voet concurreren met andere grondrechten, zoals uitingsvrijheid, ondernemingsvrijheid of privacy. Het auteursrecht moet worden opgevat als een beperking van de uitingsvrijheid en staat in zijn toepassing dus bloot aan de proportionaliteitstoetsing van artikel 10 lid 2 EVRM:

EHRM 10 januari 2013, *Mediaforum* 2013-2, nr. 4 m.nt. D. Voorhoof, *AMI* 2014/2, nr. 4, m.nt. E.J. Dommering (Asbhy Donald).

HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, *AMI* 2012/2, nr. 5 (Scarlet/Sabam); E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam: naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2012/2, p. 49-53; R.D. Chavannes, 'Belangenafweging in het informatierecht: het arrest Scarlet/Sabam en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, informatievrijheid en privacy', in: *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel. 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht*, Otto Cramwinckel 2013.

Vzr. Rb. Amsterdam 10 april 2013, *Mediaforum* 2013-07/8 m.nt. R.D. Chavannes (Four One Media / Staat).

Een dergelijke conflictsituatie doet zich bij de publicatie van de hyperlinks dus niet voor.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 21 De publicaties van GeenStijl worden beschermd door de uitingsvrijheid van artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM, maar daartegenover staat geen ander fundamenteel recht van Sanoma c.s..

J. van den Berg & M. Haak, 'IE-rechten en uitingsvrijheid: naar een *fair balance*', *BMM Bulletin* 1/2013, p. 3:

Voordat de hiervoor genoemde afweging [tussen auteursrecht en andere fundamentele rechten, adv.] in een IE-inbreukzaak plaatsvindt, zal de rechter beoordelen of sprake is van een inbreuk. Is dat niet zo, dan blijft een afweging van belangen achterwege. Alleen als een inbreuk wordt aangenomen, wordt beoordeeld of het verbodsrecht in dit concrete geval kan worden uitgeoefend.

- 22 Er speelt dus niet de vraag of de beperking van enig (verbods)recht van *Sanoma c.s.* gerechtvaardigd of noodzakelijk is, want GeenStijl maakt op die rechten geen inbreuk en de vorderingen strekken dus ook niet tot bescherming van die rechten tegen zo'n inbreuk. Er is sprake van een eenzijdige beperking: de door Sanoma gevraagde en door het Hof uitgesproken veroordelingen beperken de uitingsvrijheid van GeenStijl en zijn dus in beginsel ontoelaatbaar, tenzij zij voldoen aan de eisen van artikel 10 lid 2 EVRM.

- 23 Het Hof heeft dit uitgangspunt ten principale miskend.

3.1.1 *Negatieve reflexwerking*

- 24 Onder de noemer "onrechtmatige daad" heeft het Hof aan Sanoma bescherming verschaft voor exact die exploitatie- en privacybelangen die worden beschermd door het auteursrecht en het portretrecht. De onrechtmatigheid van GeenStijl's handelen was volgens Sanoma mede gelegen in de omstandigheid (zie rov. 2.7.1) dat "consumenten als gevolg van de onrechtmatige openbaarmaking zullen afzien van aankoop van het desbetreffende nummer van Playboy, waardoor zowel Sanoma als Dekker schade lijden." Het Hof ziet de onrechtmatigheid in hoofdzaak (zie rov. 2.7.7) in het "faciliteren en enthousiasmeren kennis te nemen van de foto's door welks plaatsing op het internet zowel het auteursrecht van Hermès als het portretrecht van Dekker zijn geschonden" en veroordeelt GeenStijl tot schadevergoeding. Het exploitatiebelang dat GeenStijl volgens het Hof heeft geschonden, *is* het door de Auteurswet beschermde exploitatiebelang van de rechthebbende. Het privacybelang waar het Hof aan refereert, *is* het door de Auteurswet beschermde portretrecht.

- 25 Het Hof heeft met zijn overwegingen miskend dat van het auteursrecht en het portretrecht een negatieve reflexwerking uitgaat. Die negatieve reflexwerking komt erop neer dat een (in dit geval: auteurs- en portret)rechthebbende in beginsel niet op grond van artikel 6:162 BW kan opkomen tegen handelingen van een ander die geen inbreuk maken op zijn exclusieve rechten maar die zijn daarmee (d.w.z. met

dat werk c.q. portret) verband houdende belangen beweerdelijk op andere wijze schaden.

- 26 De wetgever heeft de aan een rechthebbende voorbehouden exploitatiehandelingen nauwkeurig en weloverwogen vastgesteld. In de Auteurswet zijn deze exclusieve rechten van de auteur uitgedrukt in de open termen 'openbaarmaken' en 'verveelvoudigen'. Aan de hand van deze flexibele begrippen (en daarmee 'open' geformuleerde inbreukcriteria) wordt in de rechtspraak aan de hand van nieuwe distributietechnieken steeds een nadere inhoud gegeven. Een voorbeeld daarvan is het hierna nog uitgebreid te bespreken HvJ-arrest Svensson. Daaruit blijkt dat het plaatsen van een hyperlink in een (zeer) beperkt aantal gevallen een zelfstandige, aan de auteur voorbehouden openbaarmaking vormt, namelijk (alleen) als met zo'n hyperlink een 'nieuw publiek' wordt bereikt.
- 27 Het door de wet beschermde belang van auteursrechthebbenden is steeds aan deze exclusieve rechten uit de Auteurswet gekoppeld en is daartoe beperkt. Buiten de grenzen van het auteursrecht, bij een aanvullende werking van het algemene recht, is op zijn minst grote terughoudendheid op zijn plaats bij het toekennen van bescherming aan door het auteursrecht beschermde (exploitatie-)belangen. In de woorden van Prof. Hugenholtz, in zijn noot onder het arrest Broeren/Duijsens: de grenzen van IE-wetgeving zijn niet willekeurig getrokken, maar het product van een rationeel wetgevingsproces waarin voors en tegens van bescherming en de gerechtvaardigde duur ervan, worden afgewogen.

HR 29 maart 2013, *NJ* 2013, 504 m.nt. P.B. Hugenholtz (Broeren/Duijsens). Zie in vergelijkbare zin: A. Quaedvlieg, 'Concurrence and convergence in industrial design: 3-dimensional shapes excluded by trademark law', in: F.W. Grosheide en J.J. Brinkhof (eds.), *Intellectual Property Law 2004 – Articles on crossing borders between traditional and actual*, Antwerpen: Intersentia 2005. p. 56 n76: *Trade mark protection was refused in 1982, but, conspicuously, in 1997 protection was granted to the manufacturer of the houses on the basis of unfair competition law: President of the District Court of The Hague 7 May 1997, BIE 1998, p. 287, note Van Nispen; IER 1997, p. 137, Henkes and Bols/Goedewaagen Gouda. This case illustrates that negative convergence is only useful when it is maintained throughout the whole system of intellectual property and unfair competition.*

p. 67: (...) *this only has sense as long as the law of unfair competition is not used in order to fill the gap.*

p. 68: *More alarming is the fact that concurrent protection may have as a consequence that one protective regime – without having been intended by the legislator – 'occupies' territory which has consciously, and on the basis of an overriding public interest, been reserved for the public domain by another regime. In that case, concurrent protection should give way to convergent respect of the unprotected domain: 'negative convergence'.*

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 28 Een monopolie op alle hyperlinks zou een ontoelaatbare beperking zijn van de vrije verspreiding en ontvangst van informatie, beschermd door artikel 10 EVRM. Rechtshabbers zouden de *toegang* tot informatie via hyperlinks voor de zeer lange duur van het auteursrecht kunnen reguleren, en daarmee het internet platleggen, dat immers *bestaat* uit hyperlinks. Een para-auteursrechtelijk monopolie op hyperlinks naar eigen werken zou bovendien de rechtszekerheid aantasten vanwege de zojuist (§ 8) besproken onduidelijkheden over de reikwijdte van auteursrechtelijke bescherming.
- 29 Deze bezwaren pleiten tegen een aanvulling van het auteursrecht op grond van artikel 6:162 BW. Daarmee zou immers via een omweg alsnog een bescherming geboden worden aan de exploitatiebelangen van Sanoma die niet wezenlijk verschillen van de bescherming die Sanoma zou genieten als zij zich wel op het auteursrecht zou kunnen beroepen. Voor een dergelijke, vergelijkbare, bescherming op grond van onrechtmatige daad is in beginsel geen plaats, aldus uw Hoge Raad in het arrest Broeren/Duijsens, dat ging over aanvullende stijlbescherming:

3.5 (...) Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt het gebruik van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens dezelfde, een bepaald artistiek opleverende methode, of het volgen van dezelfde stijl nog niet mee dat sprake is van nabootsing van een werk als bedoeld in artikel 13 Aw (...). De Auteurswet geeft geen exclusief recht aan degene die volgens een – hem kenmerkende – stijl werkt. Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkeling zou vormen.

3.6 Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld dat het recht geen ruimte laat voor aanvullende bescherming van de maker van een werk op grond van artikel 6:162 BW tegen zogenoemde slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken. Een ander oordeel zou meebrengen dat langs die weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de hiervoor in 3.5 vermelde rechtspraak beoogt te voorkomen.

Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt.

HR 29 maart 2013, NJ 2013/504 m.nt. P.B. Hugenholtz (Broeren/Duijsens) (onderstreping adv.)

- 30 De Auteurswet bevat geen bepalingen over indirecte auteursrechtinbreuk, dat wil zeggen handelingen die zelf geen openbaarmaking of verveelvoudiging opleveren, maar die toch als inbreuk kunnen worden aangemerkt omdat zij (kunnen) leiden tot auteursrechtinbreuk door een derde. Er bestaat wel jurisprudentie waarin dergelijke handelingen onder omstandigheden in strijd met de maatschappelijke

zorgvuldigheid worden geacht, maar daarbij is – terecht – geen sprake van aansprakelijkheid op grond van louter “faciliteren”. Bepalend in die jurisprudentie is het feit dat een derde *kennis* heeft van, en *controle* kan uitoefenen over, een *dreigende* inbreuk.

- In het arrest BUMA/De Vries van 1957 werd een caféhouder aansprakelijk gehouden voor auteursrechtinbreuken gepleegd door musici die optraden in zijn etablissement. Bij het oordeel dat hij daarmee in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid had gehandeld was bepalend dat hij zeggenschap had over die musici, wist dat zij auteursrechtinbreuk pleegden en weer zouden plegen, maar niettemin geen opgave deed bij BUMA.

HR 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271 (*BUMA/De Vries*); zie ook A-G Verkade die in § 5.29 van zijn conclusie bij Hoge Raad 19 december 2003, *AMI* 2004/1, p. 9-25 (*BUMA/KaZaA*) opmerkt dat geen sprake was van aansprakelijkheid louter op grond van ‘zaalhouderschap’ of ‘faciliteren’.

- In de door Sanoma meermalen aangehaalde ‘Brein-jurisprudentie’ zijn aanbieders van internetdiensten op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden voor het systematisch en structureel faciliteren van daaropvolgende grootschalige auteursrechtinbreuk via P2P-netwerken. Daarbij speelt doorgaans een belangrijke rol dat de omzet van deze internetdiensten geheel gebaseerd is op de illegale bestandsuitwisselingen. In die omstandigheden parasiteren deze internetdiensten op onrechtmatige wijze op de prestaties van rechthebbenden.

Zie o.a.: Hof Amsterdam 15 juni 2006 (*Technodesign*), *AMI* 2006/5, p. 173-179 m.nt. K. Koelman; Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *IER* 2009, 60 (*Mininova*); Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011, 28 (*FTD*).

- 31 In de Verenigde Staten wordt, anders dan in Nederland, wel een afgeleide aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk (“secondary infringement”) erkend. Dergelijke vormen afgeleide aansprakelijkheid kunnen (en moeten) niet vertaald worden naar Nederlandse onrechtmatigheidscategorieën; in elk geval moet daarbij bedacht worden dat deze vorm van secundaire aansprakelijkheid in de Amerikaanse jurisprudentie nauwkeurig omlijnd is en dat strenge eisen worden gesteld:

- Van **contributory infringement** is sprake als een beklagde partij “*with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another*”;¹

¹ Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984), zie para. 122.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

Zie: Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984), para. 122

- Van **vicarious liability** is sprake als een beklagde partij “*has a right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities*”;

Zie: A&M Records Inc. v. Napster Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), para. 60.

- Van **inducement** is sprake als een beklagde partij die “*distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement*”;²

Zie: Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Grokster, Inc., 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764 (2005), para. 19, 20.

- 32 Het Hof heeft van geen van deze normschendingen vastgesteld dat de daarvoor vereiste elementen zich voordoen. Het heeft feitelijk vastgesteld dat GeenStijl middels de door haar geplaatste hyperlink haar publiek faciliteerde en enthousiasmeerde “*om de illegaal geplaatste foto’s te bekijken*” (rov. 2.7.3). Dat is echter bepaald onvoldoende voor onrechtmatigheid, omdat (het Hof daarmee miskent dat) GeenStijl de auteurs- en portretrechtinbreuk waar het hier om gaat niet gefaciliteerd of geënthousiasmeerd heeft. Die inbreuk had immers, zo heeft het Hof zelf vastgesteld, plaatsgevonden met de upload van de fotoreportage naar Filefactory: *die inbreuk* gebeurde zonder enige kennis of betrokkenheid van GeenStijl en heeft GeenStijl op geen enkele manier gefaciliteerd of geënthousiasmeerd. In casusatie staat vast dat GeenStijl haar lezers daartoe ook geen nieuw toegangskanaal heeft verschaft en geen interventie heeft gepleegd waarmee een nieuw publiek werd bereikt (rov. 2.4.7 bestreden arrest).
- 33 De enkele omstandigheid dat van de hyperlink van GeenStijl enig ‘faciliterend’ of ‘enthousiasmerend’ effect uitging is onvoldoende om op grond van artikel 6:162 BW een aanvullende bescherming aan de exploitatiebelangen van Sanoma toe te kennen. GeenStijl is geen duistere P2P-dienstverlener die zeggenschap heeft over massale auteursrechtinbreuk van derden en daaraan rechtstreeks en structureel verdient. GeenStijl is, zo heeft het Hof zelf tot uitgangspunt genomen, een eigentijds, serieus en controversieel persmedium dat heeft bericht over een nieuwswaardige ‘scoop’ en daarbij met een hyperlink verwezen heeft naar datgene waarover zij mocht berichten.
- 34 Het belang van GeenStijl om dat vrijelijk te kunnen doen valt één op één samen met de reden waarom hyperlinks in het overgrote deel van de gevallen niet exclu-

² Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Grokster, Inc., 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764 (2005).

sief aan auteursrechthebbenden zijn voorbehouden: dat zou een ontoelaatbare beperking zijn van de informatievrijheid. Een dergelijke bescherming van Sanoma's exploitatiebelangen, buiten het auteursrecht om, doorkruist de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze. Op het moment dat GeenStijl haar bericht over de uitgelekte fotoreportage plaatste was hyperlinken nog nooit als auteursrechtinbreuk aangemerkt, noch bestond er voor GeenStijl enige aanleiding om ervan uit te gaan dat zij op grond van onrechtmatige daad gehouden was Sanoma's commerciële exploitatiebelangen aanvullend te beschermen, ten koste van de enige realistische en geloofwaardige onderbouwing van het nieuwsfeit waarover zij berichtte.

- 35 Negatieve reflexwerking is niet absoluut. In het eerder aangehaalde arrest Broeren/Duijssens overwoog uw Hoge Raad: "Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijkenmerken onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt." Zelfs nodeloos verwarren, met alle voorzienbare schadelijke gevolgen van dien voor de exploitatie van het 'origineel', maakt een niet-inbreukmakende nabootsing niet onrechtmatig. Toegepast op deze zaak: het in een nieuwsbericht plaatsen van hyperlinks zou onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kunnen zijn, maar daartoe is in elk geval *niet* toereikend dat het plaatsen van die hyperlinks nodeloos was (geen "pressing need") of mogelijk schade veroorzaakte.
- 36 Negatieve reflexwerking is (inmiddels) echter ook een kwestie van EU-recht. De Auteursrechtlijn harmoniseert volledig het begrip 'mededeling aan het publiek', zodat het zeer de vraag is of het Lid-staten überhaupt vrij staat om aanvullende bescherming te bieden voor (de exploitatie van) auteursrechtelijk beschermde werken. Het Hof Den Haag besliste onlangs langs die lijn in een zaak over aanvullende modelbescherming, nota bene onder verwijzing naar het Svensson-arrest:

Hof Den Haag 22 juli 2014, IEF 14060 (Burgers Lederwarenfabriek / Basil):
Overigens kan in twijfel worden getrokken of er naast de bescherming die de gemeenschapsmodellenverordening biedt, nog wel plaats is voor aanvullende, verder strekkende, bescherming van het uiterlijk van een gebruiksvoorwerp op grond van het leerstuk van de slaafse nabootsing. Uit punt 1 van de considerans van de GModVo blijkt dat beoogd is dat het in de verordening neergelegde stelsel ter verkrijging van Gemeenschapsmodellen waaraan overal binnen de Gemeenschap dezelfde bescherming met dezelfde rechtsgevolgen wordt verleend, bij zal dragen aan de doelstellingen van de Gemeenschap. [...] Indien een lidstaat een ruimere bescherming zou bieden aan het uiterlijk van een gebruiksvoorwerp dan die wordt geboden door de GModVo, dan zou de door verordening nagestreefde doelstelling onvermijdelijk in gevaar worden gebracht. Uit het toekennen van een ruimere (langduriger) bescherming van dezelfde vormgeving van een gebruiksvoorwerp zou immers noodzakelijkerwijs een ongunstige beïnvloeding van de werking van de in-

terne markt voortvloeien (vergelijk CJEU 13 februari 2014 in zaak C-466/12 (Svensson / Retriever) par. 33-41).

- 37 In het Svensson-arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat de Auteursrechtlijn eraan in de weg staat dat een lidstaat een ruimere bescherming biedt aan auteursrechthebbers door te bepalen dat het begrip ‘mededeling aan het publiek’ een groter aantal handelingen omvat dan die waarop deze bepaling betrekking heeft. Dat is dus *acte éclairé*. Het HvJ zegt niet met zoveel woorden dat een lidstaat dus ook niet een ruimere bescherming aan rechthebbenden mag bieden door te bepalen dat bepaalde handelingen ten aanzien van een werk, die géén openbaarmaking zijn, wel ‘onrechtmatig’ zijn en dus toch door de rechthebbende kunnen worden verboden. De door het HvJ gehanteerde motivering (rov. 33-41) duidt daar wel op (en is door het Hof Den Haag dus ook zo begrepen).

34 In dit verband vloeit met name uit de punten 1, 6 en 7 van de considerans van richtlijn 2001/29 voort dat deze richtlijn onder meer beoogt de verschillen op het gebied van de wetgeving en de rechtsonzekerheid ten aanzien van de bescherming van het auteursrecht uit de weg te ruimen. Indien een lidstaat een ruimere bescherming zou mogen bieden aan de houders van een auteursrecht door te bepalen dat het begrip mededeling aan het publiek ook andere handelingen omvat dan die waarop artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 betrekking heeft, zou dit verschillen op het gebied van de wetgeving doen ontstaan en dus leiden tot rechtsonzekerheid voor derden.

35 Bijgevolg zou de door richtlijn 2001/29 nagestreefde doelstelling onvermijdelijk in gevaar worden gebracht wanneer het begrip mededeling aan het publiek door verschillende lidstaten in die zin zou kunnen worden opgevat dat dit een groter aantal handelingen omvat dan die waarop artikel 3, lid 1, van deze richtlijn betrekking heeft.

- 38 Als het nuttig effect van de auteursrechtsharmonisatie op onaanvaardbare wijze in gevaar wordt gebracht door een ruimer openbaarmakingsbegrip te hanteren, geldt dat natuurlijk evenzeer als die ruimere bescherming onder een andere noemer wordt geboden (zie ook de citaten uit Quaedvlieg in § 27 hierboven).

- 39 Uit deze overwegingen volgt dus dat het bieden van aanvullende bescherming aan auteursrechthebbers op grond van onrechtmatige daad valt onder de reikwijdte van het EU-recht, en dat het op zijn minst geen *acte clair* of *acte éclairé* is dat de Auteursrechtlijn het verlenen van die aanvullende bescherming toelaat.

3.1.2 *Strijd met artikel 10 EVRM*

- 40 In § 2.7.6 neemt het Hof terecht aan dat de publicatie van GeenStijl over de uitgelekte fotoreportage een nieuwsfeit én juist was. Feitelijk uitgangspunt in casu is dat GeenStijl op een serieuze manier maatschappelijke misstanden aan de

kaak wil stellen en dat het GS Media vrij stond via GeenStijl te publiceren dat de foto's reeds vóór publicatie daarvan waren uitgelekt.

- 41 Het Hof legt in dezelfde rechtsoverweging echter een onjuiste maatstaf aan door te oordelen dat het GeenStijl weliswaar vrij stond enige feitelijke onderbouwing te geven van haar mededeling, maar dat geen "pressing need" bestond om de hyperlink te plaatsen waardoor bezoekers van haar website toegang kregen tot alle foto's van de fotoreportage.
- 42 Met deze overweging miskent het Hof dat de door artikel 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid het *uitgangspunt* moet zijn. In de rechtspraak van het EHRM wordt sinds jaar en dag erkend dat de vrijheid van meningsuiting één van de essentiële pijlers is van een democratische samenleving. Deze vrijheid strekt zich niet alleen uit tot gunstig ontvangen of neutrale uitlatingen, maar ook tot uitlatingen die beledigen, shockeren of verontrusten. Ook is die vrijheid niet voorbehouden aan 'traditionele' media. Het Hof heeft miskend dat deze vrijheid slechts aan beperkingen mag onderworpen als die voldoen aan de in artikel 10 lid 2 EVRM geformuleerde beperkingsclausule.

Artikel 10 lid 2 EVRM

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

Het EHRM vat de fundamentele principes die het in zijn rechtspraak hanteert bij artikel 10 EVRM als volgt samen (EHRM 13 juli 2012, NJ 2014, 319):

48. The fundamental principles concerning freedom of expression are well established in the Court's case-law. The Chamber judgment, referring to the cases of Stoll v. Switzerland ([GC], no. 69698/01, § 101, ECHR 2007-V [NJ 2007/127, red.]) and Steel and Morris v. the United Kingdom (no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II [NJ 2006/39, red.]), reproduced them as follows (§ 49):

"(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock

or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...

(ii) The adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

- 43 In de kern heeft het Amsterdamse Hof het recht geschonden door in het bestreden arrest de door artikel 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid en het censuurverbod van artikel 7 Gw op te vatten als (mogelijke) *rechtvaardigingsgrond* voor een in beginsel onrechtmatige handeling, in plaats van de uitingsvrijheid tot *uitgangspunt* te nemen en te onderzoeken of de door Sanoma gevraagde *beperking* daarvan voldeed aan artikel 10 lid 2 EVRM.

– Noodzaak

- 44 Het Hof heeft nagelaten te onderzoeken of in de concrete omstandigheden van dit geval sprake was van een “pressing social need” op grond waarvan het noodzakelijk was dat de uitingsvrijheid van GeenStijl zou wijken voor een vast te stellen, kennelijk zwaarder wegend en door artikel 10 lid 2 EVRM erkend belang. Het Hof heeft die maatstaf juist op zijn kop gezet met zijn overweging dat voor de hyperlink geen “pressing need” bestond. In het oordeel van het Hof moet dus degene die een uiting doet daarvoor een “pressing need” aantonen. Het Hof miskent daarmee dat “pressing need” niet een voorwaarde is waaraan een *beroep* op vrijheid van meningsuiting moet voldoen, in die zin dat een uitgever alleen een (controversiële) uiting mag doen als daarvoor een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat, maar dat “pressing need” de maatstaf is die het EHRM aanlegt om te beoordelen of een *beperking* van het grondrecht geldt als “noodzakelijk in een democratische samenleving” in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. Anders gezegd; het Hof heeft in rov. 2.7.6 dus een voorwaarde gesteld aan het door GeenStijl *genieten* van het recht op vrijheid van meningsuiting, die het had moeten stellen aan de door Sanoma geëiste *beperking* van dat recht.
- 45 De benadering van het Hof zet ook het bewijsrecht op zijn kop: als persvrijheid een rechtvaardigingsgrond is, zou het persmedium moeten (stellen en bij gemotiveerde betwisting) bewijzen dat het de desbetreffende uiting mocht doen, in plaats van dat de eiser moet bewijzen dat de door hem geëiste beperking voldoet aan artikel 10 lid 2 EVRM.

Asser Procesrecht/Asser 3 2013/282.

- 46 Daarbij heeft het Hof de publicatie van de hyperlink bovendien ten onrechte beoordeeld op basis van de wijze waarop de berichtgeving van GeenStijl was ingekleed. Volgens het hof was het opnemen van de hyperlink niet ‘noodzakelijk’, omdat de hyperlink er slechts op gericht zou zijn de nieuwsgierigheid van GeenStijl-lezers te bevredigen, wat geen publiek belang zou zijn. Daarmee miskent het Hof dat de rechtmatigheid van de artikelen in hoger beroep geen voorwerp van debat was. Het Hof miskent bovendien dat, als vaststaat dat een uitgelekt document nieuwswaardig is – wat een feit is waarvan in cassatie moet worden uitgegaan – daarover volledig gepubliceerd moet kunnen worden en dat niet met een “noodzaak” gerechtvaardigd hoeft te worden. Artikel 10 EVRM beschermt immers niet alleen de inhoud van de informatie, maar ook de wijze waarop de informatie wordt overgebracht. Het is daarbij niet aan de Europese of nationale rechter om te bepalen hoe een nieuwsbericht moet worden ingekleed.

Aldus het EHRM in de zaak-Stoll (onderstreping advocaat):

The court reiterates at the outset that article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed. Consequently, it is not for this Court, nor for the national courts for that matter, to substitute their own views for those of the press as to what technique of reporting should be adopted by journalists (...).

EHRM 10 december 2007, NJ 2008, 236 m.nt. EJD (Stoll), r.o. 146; ook: EHRM 23 september 1994, NJ 1995, 387 m.nt. G. Knigge en EJD (Jersild), r.o. 31; en EHRM 10 juli 2014, zaaknr. 48311/10 (Axel Springer/Duitsland II), r.o. 65.

- 47 Blijkens het arrest-Stoll is het opnemen van uittreksels van een vertrouwelijke diplomatieke document onderdeel van de vrije keuze van een journalist of uitgever over de inrichting van een nieuwsbericht. Dat geldt logischerwijs voor het opnemen van verwijzingen daarnaar, wat in de online berichtgeving veelvuldig gebeurt, zeker waar het nieuws gevormd wordt door het uitlekken van documenten. Eventuele onrechtmatigheid van de initiële openbaarmaking verhindert de pers niet om naar uitgelekt materiaal te linken en zelfs niet om het eventueel te tonen; een en ander gebeurt zelfs veelvuldig met uitgelekte documenten.

Zie §§ 175-178 Memorie van Grieven GeenStijl over het uitlekken van de Miljoenennota op internet in de herfst van 2011 en het hyperlinken daarvoor door Sanoma’s eigen nieuwswebsite Nu.nl.

- 48 De hyperlinks in het bericht van GeenStijl verwezen niet naar staatsgeheime documenten, maar naar een nog niet in druk verschenen fotoreportage. Door die hyperlink onrechtmatig te achten wordt GeenStijl in feite verweten dat zij aan haar

lezers ‘teveel’ – ‘onnodig’ – toegang heeft gegeven tot (de authentieke weergave van) de misstand – het lek – waarover zij berichtte. In de visie van het Hof mag een persmedium bij berichtgeving over een nieuwsfeit dat onrechtmatig in de openbaarheid is gekomen, wel berichten *dat* het is gebeurd, maar niet *wat* er is gebeurd, omdat het het (onrechtmatige) nieuwsfeit niet voor het publiek toegankelijk mag maken.

- 49 Daarbij is onjuist en onbegrijpelijk dat het Hof gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat GeenStijl linkte naar *alle* foto’s uit de fotoreportage. Een verwijzing naar alle foto’s van de fotoreportage was in de visie van het Hof blijkbaar onrechtmatig, wat impliceert dat een verwijzing naar enkele foto’s wel had gekund. GeenStijl had echter juist toegelicht dat de uitgelekte fotoreportage was aangetroffen in de vorm van één gecomprimeerd zip-bestand, waarin elf pagina’s van de fotoreportage samen waren opgeslagen (CvA § 11, MvG § 62). Het was dus niet mogelijk te linken naar slechts één foto (zie nader middelonderdeel IV.9). Als GeenStijl had geweten dat het Hof er zo over zou denken en had willen verzekeren dat het publiek alleen één of twee foto’s kon zien, had zij het zip-bestand moeten uitpakken en daar zelf foto’s uit moeten halen en die zelf ergens moeten publiceren. Dat zouden echter vanuit het auteursrecht van Sanoma c.s. beschouwd meer ingrijpende en riskante handelingen zijn, en tegelijkertijd een minder goede illustratie zijn van het feit dat de foto’s elders op internet waren uitgelekt – GeenStijl zou daarmee eerder zelf nieuwsfeiten aan het scheppen zijn en zeker een inbreukclaim van Sanoma hebben ontvangen.
- 50 Onbegrijpelijk is ook Hof’s oordeel dat kennisneming van alle foto’s niet een publiek belang diende, maar ‘slechts’ bedoeld was om de nieuwsgierigheid van het publiek van GeenStijl te bevredigen (rov. 2.7.6). Het Hof geeft daarmee een te restrictieve interpretatie aan de beschermingsomvang van artikel 10 EVRM. Niet alleen ‘serieuze’ berichtgeving van ‘erkende kwaliteitskranten’ valt daaronder, maar ook “*events of contemporary society*” waarover het publiek informatie wil ontvangen om haar nieuwsgierigheid te bevredigen (zie middelonderdeel IV.7).
- EHRM 7 februari 2012 (*Von Hannover/Duitsland II*) en EHRM 7 februari 2012 (*Springer/Duitsland*) NJ 2013, 20/21 m.nt. EJD.
- 51 Bovendien had het Hof juist veronderstellenderwijs tot uitgangspunt genomen dat GeenStijl wel degelijk “op serieuze manier maatschappelijke misstanden aan de kaak wil stellen” (rov. 2.7.6).

– Voorzienbaarheid

- 52 Het oordeel van het Hof dat de hyperlink blijkens de context van het bericht ‘teveel’ gericht was op het bevredigen van de nieuwsgierigheid van het ‘geenstijl-publiek’ is bovendien onbegrijpelijk, omdat onduidelijk blijft welke redactionele wijzigingen GeenStijl had moeten aanbrengen in haar – ook volgens het Hof toegestane –, feitelijke onderbouwing van haar bericht over het lek (nog daargelaten dat het Hof hier op onaanvaardbare wijze op de stoel van de journalist gaat zitten).
- 53 Meer in zijn algemeenheid heeft de onduidelijkheid van de door het Hof aangelegde norm onder artikel 10 lid 2 EVRM verstrekken gevolgen. De door het Hof aangelegde maatstaf voldoet daarmee immers niet aan de eis dat de uitingsvrijheid alleen kan worden onderworpen aan beperkingen die “bij de wet zijn voorzien”. Artikel 6:162 BW, uitgelegd en toegepast zoals het Hof dat heeft gedaan, voldoet niet aan deze eis (zie middelonderdeel IV.3 en CvA § 46).
- 54 Het “bij wet voorzien”-vereiste is een rechtsstaatwaarborg die eist dat de norm op basis waarvan de uitingsvrijheid wordt beperkt, toegankelijk moet zijn, en met voldoende precisie moet zijn geformuleerd om burgers in staat te stellen de gevolgen van hun gedrag te reguleren en de gevolgen daarvan te voorzien.

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times), ov. 49:

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression 'prescribed by law'. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able — if need be with appropriate advice — to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. (onderstreping toegevoegd, adv.)

- 55 Een verbod op enig “doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt” voldoet *ab initio* niet aan dit vereiste, net zo min als het Britse verbod op handelen *contra bonos mores*, dat er erg op lijkt want in nationale jurisprudentie is gedefinieerd als “conduct which has the property of being wrong rather than right in the judgement of the majority of contemporary fellow citizens.” Een beperking van de uitingsvrijheid op basis van zo’n vage en open wetsbepaling geldt volgens het EHRM *niet* als “bij de wet voorzien”.

EHRM (Grote Kamer) 25 november 1999, appl.nr. 25594/94, *EHRC* 2000,11 m.nt H.L. Janssen (Hashman & Harrup vs. Verenigd Koninkrijk), §§ 36-43.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 56 Het kenbaarheidsvereiste gaat niet zover dat 'law' altijd volledig gecodificeerd moet zijn, maar dit is hoofdzakelijk om ruimte te laten voor het 'common law' systeem, waarin in rechtspraak over de jaren een bestendige lijn van principes is uitgezet, die bovendien duidelijk is gedocumenteerd en voor burgers kenbaar is (met behulp van juridisch advies).

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times), ov. 46-53; EHRM 30 maart 1989, appl. nr. 10461/83 (Chappell), ov. 56.

- 57 Als jurisprudentie de bron is, zal die duidelijk en consistent moeten zijn.

EHRM 20 november 1989, appl. nr. 10572/83 (Markt intern Verlag), ov. 30:
In this instance, there was consistent case-law on the matter from the Federal Court of Justice (...). This case-law, which was clear and abundant and had been the subject of extensive commentary, was such as to enable commercial operators and their advisers to regulate their conduct in the relevant sphere.

- 58 Het EHRM heeft de afgelopen jaren herhaaldelijk geoordeeld dat een vage norm waarover in het relevante verband slechts schaarse en tegenstrijdige rechtspraak bestaat, geen geldige basis kan zijn voor een beperking van grondrechten.

EHRM 14 March 2002, appl. nr. 26229/95 (Gaweda/Polen) ov. 45:
It is observed that previous interpretations of this provision had not provided a basis for the approach adopted by the courts in the present case. Moreover, in the Court's view, the fact that the case-law of the Polish courts regarding the registration of publications did not show that the provisions at issue were particularly difficult to interpret only highlights the lack of foreseeability of the interpretation given by the courts in the present case.

- 59 In het Breekijzer-arrest oordeelde uw Hoge Raad 11 jaar geleden dat aan de voorzienbaarheidseis was voldaan waar het ging om de geldigheid van artikel 6:162 BW als grondslag voor een publicatieverbod in perszaken.

Zie bijv. HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80 m.nt. E.J. Dommering, ov. 4.3.4:
Aan de door de rechtspraak van het EHRM gestelde eis dat het recht waarop de beperking berust voor de burger voldoende kenbaar is en dat de desbetreffende norm zodanig precies is geformuleerd dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen, is bij de toepassing van art. 6:162 BW, gezien de rechtspraak over die bepaling, voldaan (onderstreping adv.).

- 60 Blijkens het recentere arrest RTBF/België, uit 2011, geldt dat in elk geval niet voor de Belgische onrechtmatige-daadsbepaling. In dat arrest overweegt het EHRM dat een algemene wetsbepaling over onrechtmatige daad géén rechtsgeldige basis kan vormen voor een beperking van de uitingsvrijheid, tenzij de algemene rechtsnorm

door rechtspraak zodanig is ingevuld voor het desbetreffende geval dat alsnog wordt voldaan aan de vereisten van kenbaarheid en voorzienbaarheid.

EHRM 29 maart 2011, *Mediaforum* 2011-11/12, nr. 30 m.nt. D. Haije (RTBF/België).

- 61 Het Hof benadrukte dat deze moeten vallen binnen een bijzonder strikt juridisch kader waarin afbakening en controle van het verbod zijn geregeld, ook om misbruik te voorkomen. Het Hof overwoog dat zo'n strikt juridisch kader een regelgevend kader veronderstelt dat precieze, specifieke regels bevat. Het Hof stelde vervolgens vast dat het Belgische equivalent van artikel 6:162 BW geen details bevatte over welke beperkingen waren toegestaan, noch over hun doel, duur, reikwijdte en de manier waarop ze konden worden gecontroleerd. De Belgische wet gaf daarmee geen afdoende 'cadre légal'. Dat gebrek kon niet worden opgevangen door de volumineuze maar onvoldoende richtinggevende Belgische rechtspraak over preventieve publicatieverboden.
- 62 In de jurisprudentie van uw Hoge Raad over onrechtmatigheid van perspublicaties zijn sinds het Gemeenteraadslidarrest van 1983 (NJ 1984, 801) tamelijk constante gezichtspunten geformuleerd. Desalniettemin is het geciteerde oordeel uit het Breekijzer-arrest, dat artikel 6:162 BW voldoende voorzienbare basis is voor publicatieverboden "gezien de rechtspraak over die bepaling", volgens annotator Haije "kort door de bocht". Wat daarvan ook zij, de rechtspraak over artikel 6:162 BW biedt in elk geval géén strikt, precies, specifiek juridisch kader als het gaat om hyperlinks. Er bestaat geen eenduidige rechtspraak over of – en, zo ja, wanneer – het in een nieuwsbericht plaatsen van een hyperlink maatschappelijk onzorgvuldig kan zijn; zeker geen eenduidige rechtspraak op grond waarvan GeenStijl kon weten of vermoeden dat *deze* hyperlinks onrechtmatig zouden zijn.
- 63 Het voorgaande sluit niet uit dat artikel 6:162 BW een geldige basis kan vormen voor beperkingen van grondrechten in andere gevallen, noch dat het ooit een basis zal kunnen vormen voor bepaalde beperkingen van de uitingsvrijheid bij hyperlinks (zij het vermoedelijk nog altijd niet ter bescherming van (para-) auteursrechtelijke belangen, zie § 36-38 hierboven). Totdat uw Hoge Raad artikel 6:162 BW via jurisprudentie heeft voorzien van een dergelijk strikt, precies, specifiek juridisch kader over hyperlinks (in nieuwsberichten), kan GeenStijl echter niet op grond van die bepaling worden veroordeeld.
- 64 De voorzienbaarheidseis is niet alleen een belangrijke rechtsstatelijke waarborg, maar heeft bij beperkingen van de uitingsvrijheid een concrete, aanvullende functie, omdat onzekerheid over de aansprakelijkheidsrisico's van een bepaalde uiting vanzelf leiden tot zelfcensuur. Het EHRM spreekt dan van een *chilling effect*. Als nieuwsmedia de marges van wat wel en niet mag niet kunnen voorspellen, gaan zij vanzelf inhouden, en dat is een beperking van de informatievrijheid op zich.

Zie over het ‘chilling effect’ van onvoorspelbaar hoge schadevergoedingen: EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 m.nt EJD (Tolstoy Miloslavsky); en over het chilling effect van hoge (proces)kosten: EHRM 15 februari 2005, *NJ* 2006, 39 m.nt. EJD (McDonalds); EHRM 1 juni 2007, appl.nr. 510/04 (Tønsbergs Blad AS en Haukom).

- 65 Dit geldt temeer in het licht van de zojuist besproken negatieve reflexwerking. Juist waar een bepaalde publicatiehandeling géén auteursrechtinbreuk oplevert, is het te meer in strijd met het voorzienbaarheidsvereiste van artikel 10 lid 2 EVRM om diezelfde handeling desalniettemin onrechtmatig te achten wegens schending van dezelfde exploitatiebelangen die het auteursrecht beoogt te beschermen.

3.1.3 *Hof-norm ook overigens onjuist en onwerkbaar*

- 66 Er is nog een andere reden waarom de door het Hof aangelegde onrechtmatigheidsnorm in strijd met het recht is, die weliswaar sterk samenhangt met de zojuist besproken bezwaren maar ook los daarvan geldig is. Er *bestaat* geen norm luidende dat het onrechtmatig is om kennisname te faciliteren en enthousiasmeren van informatie waarvan men weet dat die met schending van een anders auteursrecht of portretrecht is gepubliceerd. Zo’n norm raakt de kern van de vrijheid van meningsuiting, het nieuwsbelang en het publieke belang en dekt ook allerlei gedragingen die waarvan iedereen wel aanvoelt dat die niet (altijd of in beginsel) maatschappelijk onzorgvuldig zijn.
- 67 Volgens het Hof is het onrechtmatig om “het publiek te faciliteren en enthousiasmeren kennis te nemen van foto’s door welks plaatsing op internet iemands auteursrecht of portretrecht wordt geschonden”. Die overweging staat los van de specifieke techniek van hyperlinken: het zou dan in beginsel onrechtmatig zij om op aansprekende manier te *vertellen* dat foto’s op internet beschikbaar zijn.

Zie bijv. NRC Handelsblad 1 september 2014:

Privéfoto’s beroemdheden online na hack

Privéfoto’s van ruim honderd, met name vrouwelijke beroemde acteurs en actrices, zijn mogelijk in handen gekomen van een hacker, die een deel van deze beelden online plaatste. Een woordvoerder van actrice Jennifer Lawrence, een van de gehackte dames, heeft juridische stappen aangekondigd.

Gisteren plaatste een gebruiker van de website 4chan een lijst met daarop de namen van ongeveer honderd bekende actrices en andere beroemde vrouwen. Op deze lijst staan de namen van onder anderen Jennifer Lawrence, Ariana Grande, Avril Lavigne, Kim Kardashian, Rihanna, Kirsten Dunst, Aubrey Plaza en Winona Ryder. Van de mensen op deze lijst claimt deze anonieme 4chan-gebruiker privéfoto’s- en video’s te bezitten.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

<http://www.nrc.nl/nieuws/2014/09/01/privefotos-beroemdheden-online-na-hack/>

Voor mensen die potentieel geïnteresseerd zijn in kennisname van dergelijke foto's, is alleen de kop al ruim voldoende enthousiasmerend, terwijl het enkel noemen van de website 4chan al sterk faciliterend werkt. Toch kan deze berichtgeving moeilijk als onrechtmatig worden beschouwd.

- 68 Hoewel de door het Hof aangelegde norm letterlijk genomen alleen ziet op verwijzen naar informatie die “op het internet” staat, blijkt uit de motivering niet op welke grond hij daartoe beperkt is: de achterliggende verkeersopvatting is kennelijk dat het in beginsel onzorgvuldig is om het publiek te faciliteren en enthousiasmeren kennis te nemen van informatie die met schending van iemands recht ergens beschikbaar is. Een dergelijke rechtsnorm bestaat niet. Ik handel niet onrechtmatig door u en het hier aanwezige publiek te vertellen dat ze op de op de zwarte markt in Beverwijk spotgoedkope en niet van echt te onderscheiden namaakgoederen verkopen, dat er op het Centraal Station bij spoor 11 een prachtige reclameposter hangt met een beroemde actrice die voor het gebruik van haar portret geen redelijke vergoeding heeft gekregen, en dat er op de wc iets verderop een briljante maar helaas erg scabreuze en onnodig diffamerende graffititekening is geplaatst van een bekende hoogblonde politicus.

4 Middellonderdelen I en II - uitsnede

- 69 Het enige punt waarop het Hof auteursrechtinbreuk door GeenStijl bewezen acht, betreft een uitsnede van 1x1cm van één foto die GeenStijl kortstondig bij het eerste bericht had geplaatst. In rov. 2.5.1 heeft het Hof (in cassatie onbestreden) vastgesteld dat een tweede uitsnede die GeenStijl ook kortstondig heeft gebruikt, *niet* uit de Playboy-reportage kwam, zodat ter zake ook geen inbreuk was gemaakt.
- 70 Het Hof heeft daarbij echter de twee uitsnedes door elkaar gehaald: de foto *zonder* badpak kwam uit de Playboy-reportage, die *met* badpak niet (zie middelonderdeel I.5, onder verwijzing naar pleitnota HB GS, § 46.). Gezien de stellingen van partijen gaat GeenStijl er vanuit dat het Hof heeft beoogd vast te stellen dat GeenStijl van één foto – namelijk die zónder badpak – een uitsnede heeft gepubliceerd. De voorliggende rechtsvraag is dan of GeenStijl, door in haar bericht deze uitsnede op te nemen (productie 36 Sanoma):

inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Carli Hermès op deze foto (productie 13 Sanoma):

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 71 Middelonderdeel I klaagt dat het Hof, door in rov. 2.5.4 (alleen) te beoordelen of het gebruik van de uitsnede voldeed aan de vereisten van het citaatrecht (artikel 15a Auteurswet) de wezenlijke voorvraag heeft overgeslagen, namelijk of de openbaarmaking van de uitsnede wel in auteursrechtelijke zin een openbaarmaking van het beschermde werk was. Een auteursrechtelijke beperking komt immers pas in beeld als een handeling op zich valt binnen de reikwijdte van het wettelijke exploitatierecht. Wie de eerste drie woorden van de roman van mr. Alberdingk Thijm overneemt (“Het is de”), komt niet binnen de grenzen van zijn exploitatierecht en hoeft ook niet te voldoen aan artikel 15a Aw.
- 72 GeenStijl heeft er op gewezen (pleitnota HB, § 45) dat de paar pixels – 1 cm² uit een foto van 540 cm², dus minder dan 0,2% van de foto – die zij bij haar bericht heeft geplaatst, met een close-up van het kruis van mevrouw Dekker, niet de intellectuele schepping, de originele en subjectieve keuzes, van fotograaf Hermès in zich dragen (rov. 2.5.3: compositie, kleur, hoek, belichting, etc.). De uitsnede is dus in auteursrechtelijk opzicht geen verveelvoudiging van het werk, en GeenStijl heeft dus ook niet (een verveelvoudiging van) het werk openbaargemaakt.
- 73 De klacht van GeenStijl vraagt geen nieuwe feitelijke beoordeling of GeenStijl (beschermde trekken van de) de foto openbaargemaakt heeft, maar klaagt erover dat het Hof een dergelijk beoordeling in het geheel achterwege heeft gelaten. Als het Hof die beslissing wel heeft genomen, heeft het deze niet zodanig gemotiveerd dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.
- Cf. HR 22 februari 2013, LJN BY1529, *AMI* 2013, nr. 8, p. 158, m.nt. Koelman (Stokke/H3), onder verwijzing naar HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659.
- 74 Het Hof is tevens, ondanks de gemotiveerde betwisting door GeenStijl van de stellingen van Sanoma, ongemotiveerd voorbijgegaan aan het tegenbewijsaanbod terzake (pleitnota GS HB, § 45).
- Cf. HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 96, *JBPr* 2012, 38 m.nt H.W.B. thoe Schwarzenberg, met verdere verwijzingen.
- 75 Middelonderdeel II voert aan dat, zelfs als dat anders zou zijn, het Hof een concrete belangenafweging had moeten toepassen alvorens te kunnen concluderen dat een inbreukverklaring en verbod met betrekking tot op deze – zowel qua omvang als qua potentiële exploitatieschade – volkomen onbeduidende uitsnede, noodzakelijk en proportioneel was.

INCIDENTEEL CASSATIEBEROEP

5 Inleiding

76 Het incidenteel cassatieberoep is gericht tegen rechtsoverwegingen 2.4 tot en met 2.4.8 van het bestreden arrest. Daarin stelt het Hof vast dat GeenStijl geen openbaarmaking in auteursrechtelijke zin heeft gepleegd door hyperlinks te plaatsen die verwezen naar de website van Filefactory met daarop een link naar een pagina met een zip-bestand met elf van de twaalf pagina's van de fotoreportage.

77 GeenStijl stelt voorop dat Sanoma geen belang heeft bij beoordeling van deze klacht als de principale middelonderdelen III en IV met betrekking tot onrechtmatige daad falen. Alsdan staat immers vast dat GeenStijl in verband met de plaatsing van de hyperlinks schadeplichtig is, zodat niet uitmaakt of dat, behalve onrechtmatig, ook auteursrechtinbreukmakend was. Er resteert dan alleen de proceskostenklacht (2.8) die ik aan het einde bespreek.

78 De strekking en inhoud van het incidenteel cassatieberoep is troebel. Als GeenStijl het goed begrijpt, formuleert Sanoma in par. 2.1 haar "algemene klacht", die een door haar geformuleerde algemene rechtsregel bevat waarvan zij klaagt dat het Hof die heeft miskend. In par. 2.2 verwijst zij ter "toelichting en uitwerking" van deze algemene klacht naar het Svensson-arrest, dat werd gewezen nadat het Hof arrest wees in deze zaak en dat zij vervolgens uitgebreid citeert.

HvJ EU 13 februari 2014, zaak C-466/12 (Svensson/Retriever).

79 De paragrafen 2.3 t/m 2.5 bestaan uit een nadere uitwerking van de algemene klacht, die in wezen stelt dat het arrest niet verenigbaar is met het Svensson-arrest.

80 Par. 2.6 en 2.7 bevat een aantal nadere (detail)klachten over het passeren van feitelijke stellingen en de bewijslastverdeling.

81 Alvorens in te gaan op deze klachten een woord vooraf over de bedoeling van het auteursrecht. Die is niet: maximale bescherming van rechthebbenden ten koste van alle anderen. Volgens de considerans van de Auteursrechtrichtlijn gaat het erom een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen te waarborgen tussen rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De rechten en belangen waar het om gaat zijn met name de eigendom - met inbegrip van de intellectuele eigendom -, de vrije meningsuiting en het algemeen belang.

Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, overweging 31 respectievelijk overweging 3.

- 82 Het gaat in de auteursrechtelijke analyse van deze zaak dus zowel om het belang van Sanoma om haar auteursrechtelijk beschermde werken te beschermen, als het belang van GeenStijl om via hyperlinks in haar nieuwsberichten naar die werken te verwijzen, als het algemeen belang van het publiek om daar kennis te nemen. Abstraherend van de feiten van deze zaak: het belang van de rechthebbende om verwijzingen naar beschermd materiaal te reguleren, het belang van (nieuws)uitgevers om zonder toestemming van rechthebbenden naar werken te verwijzen, en het belang van het publiek om via hyperlinks van informatie en nieuwsbronnen kennis te nemen. Die belangen moeten niet alleen worden afgewogen *indien* is vastgesteld dat een inbreuk is gepleegd; ook bij de *uitleg* van het auteursrecht om te beoordelen *of* sprake is van een inbreuk moet die algemene doelstelling van het auteursrecht in het achterhoofd worden gehouden.
- 83 Op grond van deze algemene doelstelling is begrijpelijk dat rechters en schrijvers in binnen- en buitenland tot op heden vrij eensgezind hebben geoordeeld dat het aanbrengen van een hyperlink naar een werk elders op het internet, géén openbaarmaking is.

Zie bijvoorbeeld Supreme Court of Canada 19 oktober 2011, Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269:

Hyperlinks are, in essence, references, which are fundamentally different from other acts of “publication”. Hyperlinks and references both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. They both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral. Furthermore, inserting a hyperlink into a text gives the author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked. A hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers.

US Court of Appeals, 9th Circuit, 3 december 2007, 508 F.3d 1146 (Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.) bevestigt de ‘server test’: waar staat het materiaal?

Google does not...display a copy of full-size infringing photographic images for purposes of the Copyright Act when Google frames in-line linked images that appear on a user’s computer screen. Because Google’s computers do not store the photographic images, Google does not have a copy of the images for purposes of the Copyright Act. In other words, Google does not have any “material objects...in which a work is fixed...and from which the work can be perceived, reproduced, or

otherwise communicated” and thus cannot communicate a copy. Instead of communicating a copy of the image, Google provides HTML instructions that direct a user’s browser to a website publisher’s computer that stores the full-size photographic image. Providing these HTML instructions is not equivalent to showing a copy. First, the HTML instructions are lines of text, not a photographic image. Second, HTML instructions do not themselves cause infringing images to appear on the user’s computer screen. The HTML merely gives the address of the image to the user’s browser.

Zie verdere vindplaatsen opgesomd in CvA GS, § 24-25; comparitie-aantekeningen GS, § 44-45.

6 Motiverings- en bewijsklachten

- 84 Het Hof heeft feitelijk vastgesteld (rov. 2.4.7) dat de persoon die de foto’s op het internet openbaar maakte, deze aan het algemene internetpubliek openbaar heeft gemaakt, en dat GeenStijl, door daarnaar te linken, geen nieuw toegangskanaal heeft verschaft en geen interventie heeft gepleegd waarmee een nieuw publiek toegang kreeg tot die foto’s.
- 85 Sanoma probeert in cassatie de feitelijke discussie hieromtrent over te doen, maar daarvoor is geen plaats. Het Hof heeft feitelijk vastgesteld dat GeenStijl voldoende gemotiveerd de stelling heeft bestreden dat sprake is van een interventie en het bereiken van een nieuw publiek (rov. 2.4.7). Dat oordeel is in het licht van het partijdebat – dat zich concentreerde rond de vraag of de foto’s onvindbaar en onbereikbaar was voor het algemene publiek – niet onbegrijpelijk. Ten aanzien van de in par. 2.6 genoemde stellingen, kort gezegd dat er beperkingsmaatregelen getroffen zouden zijn, heeft het hof anders beslist en dat oordeel is in rov. 2.4.5, 2.4.6 en 2.4.7 voldoende begrijpelijk gemotiveerd. De ‘interventie’ waar het HvJ in rov. 31 van het Svensson-arrest naar verwijst – kort gezegd het aanbrengen van een hyperlink waarmee technische beschermingsmiddelen worden omzeild – en waarvan het overweegt dat die wél zou kunnen leiden tot het bereiken van een nieuw publiek, is precies de ‘interventie’ die Sanoma heeft gesteld en waarvan het Hof feitelijk heeft vastgesteld dat GeenStijl die *niet* heeft verricht.
- 86 Het was aan Sanoma om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat er sprake was van een interventie en een nieuw publiek en Sanoma heeft dat verzuimd. Daarmee is die discussie gesloten en kunnen de onderdelen 2.6 en 2.7 al geen doel treffen. Aan de afzonderlijke feitelijke stellingen van Sanoma komt onder deze omstandigheden geen zelfstandige betekenis toe en het Hof hoefde dan ook niet op al die stellingen uitdrukkelijk of separaat in te gaan.

- 87 Ook in paragraaf 1.2 somt Sanoma een groot aantal feiten op, echter zonder duidelijk te maken waarom die van belang zijn voor het cassatieberoep. Sanoma wijst er bijvoorbeeld op dat Geen Stijl op haar website aanklikbare links heeft geplaatst. Dit is inderdaad relevant voor de vraag of sprake is van een “handeling bestaande uit een mededeling” (derde en vierde streepteken). Het Hof heeft deze feiten evenwel niet buiten beschouwing gelaten. Het Hof heeft ook niet geoordeeld dat er geen sprake is van een mededeling, zodat enige relevantie voor het cassatieberoep ontbreekt.
- 88 Verder stelt Sanoma in paragraaf 1.2 aan de orde dat de (eerste) openbaarmaking door een derde zonder toestemming of medeweten van Sanoma is geschied (eerste streepteken); dat Geen Stijl ervan op de hoogte was dat Sanoma geen toestemming had gegeven (tweede streepteken); dat Sanoma nimmer de intentie had de foto's ter beschikking te stellen (zevende streepteken). Opnieuw maakt Sanoma niet duidelijk wat de betekenis in cassatie hiervan is. Sanoma miskent hier bovendien dat als één of meerdere klachten in onderdelen III.3-III.6 van het principaal beroep slagen, deze (onder het tweede en zevende streepteken aangevoerde) omstandigheden (mogelijk) feitelijke grondslag missen. Bovendien stelt Sanoma dat de website van Geen Stijl winstootmerk heeft en zich richt op het algemene internetpubliek (het vijfde streepteken) zonder duidelijk te maken waar deze stellingen in de gedingstukken te vinden zijn en waarom deze van belang zijn voor het cassatieberoep. Dat voldoet niet aan de eisen van art. 407 Rv, en moet daarom al terzijde gelaten worden.
- 89 In paragraaf 1.2 wijst Sanoma tevens op het faciliterend karakter van de hyperlink (onder het zesde streepteken). Uit rov. 2.7.3 volgt echter dat het Hof dit feit expliciet onder ogen heeft gezien. De redenering van het Hof is niet dat niet relevant zou zijn dat de hyperlink een faciliterend karakter heeft; het Hof acht dit (juist) wél relevant, maar niet voldoende, ter onderbouwing en ten bewijze van de stelling dat hierdoor ook een ander publiek wordt bereikt
- 90 Aan de afzonderlijke feitelijke stellingen van Sanoma komt onder deze omstandigheden geen zelfstandige betekenis toe en het Hof hoefde ook niet op al die stellingen afzonderlijk in te gaan.

7 Hyperlinknorm

- 91 In appèl waren partijen en het Hof het erover eens dat hyperlinken in beginsel geen openbaar maken is en dat dit alleen onder heel bijzondere omstandigheden anders kon zijn. Het Hof heeft in rov. 2.4.5 onderzocht of dergelijke bijzondere omstandigheden zich in dit geval voordeden. Het heeft vervolgens geoordeeld dat dat niet zo is: de hyperlinks van GeenStijl verwezen *niet* naar informatie die nog niet publiek beschikbaar was (rov. 2.4.7) en bereikten dus *niet* een nieuw publiek.

Derhalve kon de – ook door Sanoma in feitelijke instanties bepleite – hoofdregel worden gevolgd: een hyperlink is geen openbaarmaking.

7.1 “Algemene klacht”

- 92 Klaarblijkelijk heeft Sanoma in het arrest-Svensson aanleiding gezien een andere, veel verderstreckende uitleg van het openbaarmakingsbegrip te bepleiten, waarbij feitelijk *elke* hyperlink naar zonder toestemming gepubliceerd materiaal een auteursrechtinbreuk oplevert. Blijkens par. 2.1 van het middel vraagt Sanoma u immers te onderschrijven:

dat er ook sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking / ter mededeling aan het publiek in de zin van artikel 12 Aw jo art 3 Arl indien er op een website een aanklikbare link wordt aangeboden naar een bron/website met auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan vaststaat dat dit zonder recht of titel, en derhalve 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 betreffende auteursrechtelijk beschermde materiaal in het geheel nog niet (voor de eerste maal) aan een publiek openbaar heeft gemaakt, althans dat deze rechthebbende het auteursrechtelijk beschermde materiaal slechts via een ander medium (papier) aan beperkt publiek ter beschikking wenste te gaan stellen en voor haar digitale publicatie het auteursrechtelijk beschermde materiaal slechts aan een beperkt publiek ter beschikking wilde stellen, onderworpen aan een toegangsbeperking.

- 93 Toegespitst op het Svensson-arrest stelt Sanoma vervolgens (par. 2.3) dat de hyperlinks van GeenStijl een (zelfstandige) mededeling aan het publiek waren; en dat het door GeenStijl bereikte publiek een nieuw publiek is als door het HvJ vereist, omdat Sanoma geen toestemming had gegeven voor het uploaden van de foto's door de onbekende derde, en dus geen enkel publiek op het oog heeft gehad, laat staan het algehele internetpubliek.
- 94 De “algemene klacht” somt een serie omstandigheden op en strekt kennelijk ten betoge dat, als deze omstandigheden zich voordoen, er *dus* sprake moet zijn van een openbaarmaking. Daarmee formuleert Sanoma een algemene ‘hyperlink-norm’. De door Sanoma geformuleerde ‘norm’ is taalkundig en conceptueel buitengewoon ingewikkeld. Dat komt deels door de uitgebreide subclausules, waarvan de logische verhouding tot de hoofdclausule bewust vaag wordt gelaten (“al dan niet in samenhang met de omstandigheid dat”). In de kern lijkt het er echter volgens Sanoma op neer te komen dat elke hyperlink naar beschermd materiaal dat elders op internet zonder toestemming van de maker is geplaatst, een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking oplevert.

- 95 De onjuistheid en onbestaanbaarheid van deze norm kan eenvoudig worden vastgesteld door te bezien welke clausuleringen *ontbreken* en in welke scenario's dus volgens deze norm allemaal sprake zou zijn van een (in beginsel door de auteur te verbieden) openbaarmaking. Zo is volgens Sanoma bepalend of het werk op de bron-site "zonder toestemming van de rechthebbende" is gepubliceerd, ongeacht of voor die publicatie toestemming *nodig* was. Dat de publicatie op de bron-site mogelijk gerechtvaardigd wordt door een auteursrechtelijke exceptie of doordat in dat geval de vrijheid van meningsuiting prevaleert, doet kennelijk niet ter zake. Evenmin is kennelijk volgens Sanoma van belang in welke context en met welk doel de hyperlink wordt geplaatst. De nieuwswebsite die hyperlink naar uitgelekt bewijsmateriaal maakt dat bewijsmateriaal openbaar en moet die, in beginsel inbreukmakende openbaarmaking maar zien te rechtvaardigen.
- 96 In deze norm blijft onduidelijk waarom die "aanklikbare link" naar de ongeautoriseerde publicatie elders een openbaarmaking oplevert en waarom andere verwijzingen naar ongeautoriseerde publicaties dat niet doen. Kennelijk wil Sanoma betogen dat ook de bibliotheekcatalogus die verwijst naar een boek dat inbreukmakende illustraties bevat, een openbaarmaking van die illustraties behelst.

Zie voor andere voorbeelden: pleitnota HB GeenStijl, § 24.

- 97 Wat de door Sanoma geponeerde norm te meer bijzonder en onjuist maakt, is de terugkerende verwijzing naar de intenties van de rechthebbende. Zoals ik hierna nader zal toelichten, kunnen de wensen of intenties van de rechthebbende per definitie niet van invloed zijn op de vraag of een bepaalde handeling een openbaarmaking is: de reikwijdte van het exclusieve exploitatierecht van de maker wordt bepaald door de wet, niet door de wens van de maker zelf. Bovendien is de vraag of openbaar gemaakt wordt een vraag naar de feiten en kan niet afhankelijk gesteld worden van de (voor buitenstaanders niet kenbare) bijkomende vage omstandigheden als de wil van iemand die niet bij de handeling betrokken is.

7.2 'Nieuw publiek'

- 98 Ter "toelichting en uitwerking" van haar algemene klacht verwijst Sanoma als gezegd naar het Svensson-arrest, maar uit dat arrest volgt niet dat de door haar geformuleerde norm bestaat, noch dat het Amsterdamse Hof overigens iets verkeerds heeft gedaan.
- 99 De verhouding tussen de algemene klacht en par. 2.3 e.v. is niet geheel duidelijk. GeenStijl begrijpt par. 2.3 zo, dat volgens Sanoma uit het Svensson-arrest volgt dat elke hyperlink een 'handeling bestaande uit een mededeling' is; dat zo'n mededeling, gedaan op een algemeen toegankelijke website zoals die van GeenStijl, geldt als een mededeling aan het algemene internetpubliek; en dat, waar de informatie op de bron-site is gepubliceerd zonder toestemming van de rechthebbende, dit

algemene internetpubliek per definitie een nieuw publiek is, zodat sprake is van een (zelfstandige) openbaarmaking. De redenering is dus: als het beschermde werk op een bepaalde website staat zonder toestemming van de rechthebbende, is elke hyperlink daarnaartoe een zelfstandige openbaarmaking.

- 100 Deze klacht gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Of Sanoma wel of niet toestemming heeft gegeven voor de door de uploader verrichte openbaarmaking van de fotoreportage, is zeker relevant voor de vraag of de *uploader* inbreuk heeft gepleegd, maar *niet* voor de vraag of GeenStijl met de hyperlinks zelf een zelfstandige openbaarmaking heeft gepleegd.
- 101 Uit het Svensson-arrest volgt niets anders. In dat arrest heeft het Hof van Justitie weliswaar iets gezegd over de toestemming van rechthebbenden, maar dat deed het om uit te leggen waarom, in de specifieke omstandigheden van die zaak, waarin de oorspronkelijke openbaarmaking plaatsvond met toestemming van de rechthebbende, de publicatie van hyperlinks géén openbaarmaking opleverde. De *a contrario* redenering die Sanoma poneert, gaat niet op.
- 102 In de door het HvJ beoordeelde zaak maakten Nils Svensson en enkele andere Zweedse journalisten bezwaar tegen hyperlinks die verwezen naar door hen geschreven artikelen op (o.a.) de website van de krant Göteborgs-Posten waren geplaatst. Deze artikelen waren met toestemming van Svensson en de journalisten op deze website geplaatst. De toestemming van rechthebbenden is echter niet waar het oordeel van het Hof in het Svensson-arrest om draait; dit element komt in de uiteindelijke beantwoording dan ook niet terug. De vraag die centraal stond was of bij een hyperlink sprake was van een mededeling (ja, rov. 17-20); aan het publiek (ja, rov. 21-23); en of daarbij sprake was van een ‘*nieuw publiek*’ ten opzichte van het reeds met de oorspronkelijke mededeling bereikte publiek. Aan dit derde cumulatieve vereiste was in de zaak Svensson *niet* voldaan, zodat de hyperlink geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn (Arl) was (onderstreping advocaat):

24. Evenwel blijkt uit vaste rechtspraak dat een mededeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is (...) 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 (...)

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 [adv.: van de Göteborgs-Posten]. Gelet op het feit dat voor de toegang tot de werken op deze website geen enkele be-

perkende maatregel werd gehanteerd, was deze website immers vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers.

27. In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat (...) de gebruikers van de door deze laatste beheerde website [adv.: met de hyperlinks naar de Göteborgs-Posten] 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 en mededeling aan het publiek als die in het hoofdgeding.

- 103 Bij het 'nieuw publiekcriterium' gaat het om een vergelijking van het (potentiële) publiek dat bereikt wordt met een website waarop een beschermd werk beschikbaar is gesteld met het (potentiële) publiek dat bereikt wordt met een website met daarop een hyperlink daarnaar. Dat volgt in de eerste plaats uit het dictum van de uitspraak zelf, dat niet aanknoopt bij de wil van een rechthebbende en ook geen onderscheid maakt tussen een 'rechtmatige' en 'onrechtmatige' eerste openbaarmaking (onderstreping advocaat):

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moet aldus worden uitgelegd dat 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.

- 104 Het middel van Sanoma stuit hier onmiddellijk op af.
- 105 Bovendien zou het door haar voorgestane standpunt de jurisprudentie van het Hof van Justitie op zijn kop zetten: het Hof overweegt dat hyperlinken geen openbaarmaking is, behalve onder bijzondere omstandigheden als het omzeilen van beveiligingsmaatregelen of als de oorspronkelijke openbaarmaking gestaakt is. Sanoma benadert het precies andersom: het is *altijd* een zelfstandige openbaarmaking, behalve als de auteursrechthebbende toestemming heeft gegeven voor de eerste openbaarmaking. Daarmee wordt de hele werking van het internet in gevaar gebracht, omdat meestal niet is vast te stellen wie de rechthebbende is met betrekking tot een bepaald werk, laat staan wat diens intenties zijn (geweest).

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

- 106 De vraag naar de eventuele toestemming van de rechthebbende komt pas aan de orde *nadat* is vastgesteld dat een hyperlink een zelfstandige exploitatiehandeling vormt. In dat geval is die toestemming immers van belang voor de vraag of de exploitatiehandeling inbreuk maakt, tenzij voor de hyperlink een zelfstandig beroep op een auteursrechtelijke exceptie of op een ander, in een specifiek geval prevale- rend, fundamenteel recht kan worden gedaan.
- 107 Om te beoordelen of een hyperlink naar een beschermd werk dat elders is gepubliceerd, een zelfstandige openbaarmaking van dat werk oplevert, dient dus te worden beoordeeld of door de hyperlink een ruimer publiek wordt bereikt dan reeds is bereikt met de oorspronkelijke publicatie. Wanneer de oorspronkelijke publicatie is verricht door een ander dan de rechthebbende en zonder diens toe- stemming (omdat degene die publiceert een beroep toekomt op een auteursrech- telijke beperking, of omdat deze inbreuk pleegt), gaat het dus om te beoordelen welk publiek door deze derde is bereikt en of met de hyperlink een ruimer publiek is bereikt.
- 108 Deze maatstaf heeft het Hof juist toegepast. Het heeft immers, zoals door Sanoma bepleit, onderzocht of de uploader van de fotoreportage de bestanden door zijn plaatsingshandeling beschikbaar had gesteld aan het publiek. Het heeft, geoor- deeld dat de uploader met zijn plaatsingshandeling de bestanden inderdaad had geopenbaard en, gezien de gemotiveerde betwisting door GeenStijl en het gebrek aan een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod van Sanoma, op begrijpelijke gronden geoordeeld dat GeenStijl geen nieuw publiek heeft bereikt door het plaat- sen van de hyperlinks. In dat oordeel ligt besloten dat de uploader met zijn plaat- singshandeling het algemene internetpubliek had bereikt – of, in de zojuist aange- haalde woorden van het Hof van Justitie, dat de doelgroep van de oorspronkelijke mededeling bestond uit alle potentiële bezoekers van de betrokken website, die vrij toegankelijk was voor alle internetgebruikers. Sanoma komt in cassatie niet op tegen het oordeel (rov. 2.4.7) dat GeenStijl geen nieuw toegangskanaal heeft ge- boden en klaagt ten aanzien van de vaststelling dat geen sprake was van een inter- ventie slechts (en zonder feitelijke grondslag, zie hierboven, § 85-85) over het pas- seren van essentiële stellingen. Uit de ‘algemene klacht’ van Sanoma (par. 2.1) volgt overigens dat ook zij tot uitgangspunt neemt dat de fotoreportage door de uploader “aan een algemeen internetpubliek ter beschikking is gesteld”.
- 109 Het Svensson-arrest zegt niets over de situatie dat een hyperlink wordt geplaatst naar inbreukmakende publicaties elders en zegt dus ook niet dat in zo’n situatie moet gekeken naar het door de rechthebbende beoogde publiek. Dat is logisch: wanneer de oorspronkelijke publicatie is verricht door een *ander* dan de rechtheb- bende en *zonder* diens toestemming (omdat degene die publiceert een beroep toekomt op een auteursrechtelijke beperking, of inbreuk pleegt), is de rechtheb- bende niet betrokken bij de publicatie en is dus ook geen sprake van enig hande- len, denken of beogen aan de zijde van de rechthebbende. Het tart elke logica om

het antwoord op de vraag of een hyperlink een openbaarmaking is, te laten afhangen van de wil van iemand ten aanzien van een voorgaande handeling waarbij die persoon in het geheel niet betrokken is.

Zie ook: T. van den Heuvel, 'Hyperlinks – Het 'nieuwe' publiek, tussenkomen en omzeilen', *Tijdschrift voor internetrecht* 2014-2, pp. 43-48, die na een analyse van het Svensson-arrest en eerdere HvJ-uitspraken concludeert:

dat ook een hyperlink naar werken die op een andere website vrij beschikbaar zijn, maar daar zonder toestemming van de auteursrechthebbende zijn geplaatst, niet beschouwd zou moeten worden als een mededeling aan een nieuw publiek. Immers is niet relevant de subjectieve toestemming van de rechthebbende, maar het antwoord op de vraag of de hyperlink een tussenkomst vormt waarmee een werk toegankelijk wordt gemaakt in strikte zin. De conclusie van bijvoorbeeld Stichting Brein dat 'door het Svensson arrest van de hoogste Europese rechter vast [is] komen te staan dat linken naar een ongeautoriseerd geplaatst bestand een inbreukmakende openbaarmaking is' lijkt in ieder geval voorbarig en volgt zeker niet direct uit het arrest. Het Europese Hof antwoordt op de eerste drie vragen 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', zonder daarbij een voorbehoud te maken voor ongeautoriseerde werken.

- 110 Aanknopen bij die niet-bestaande subjectieve intentie van de rechthebbende is om een andere reden principieel onjuist. Uit het Svensson-arrest blijkt duidelijk dat het 'nieuw-publiekcriterium' een constitutief vereiste is om te bepalen of een hyperlink binnen de reikwijdte van het *wettelijk* openbaarmakingsrecht valt; met andere woorden, of het een exploitatiehandeling is die de wet (in beginsel, behoudens een exceptie) aan de auteur voorbehoudt. De wil van de rechthebbende speelt pas een rol als moet worden beoordeeld of een bepaalde, binnen het exploitatierecht vallende handeling, daadwerkelijk inbreukmakend is: als de rechthebbende toestemming heeft gegeven, is geen sprake van inbreuk. Dan nog is het gebrek aan toestemming niet doorslaggevend: een ongeautoriseerde openbaarmaking kan rechtmatig zijn op grond van een (in of buiten de Auteurswet gelegen) exceptie.
- 111 In de interpretatie van Sanoma wordt de subjectieve wil van een rechthebbende echter bepalend voor de beantwoording van de feitelijke voorvraag naar de reikwijdte van het wettelijke exploitatierecht. Daarmee zou de rechthebbende met zijn eigen wil de reikwijdte van zijn exclusieve recht kunnen bepalen. Het auteursrecht is echter geen wilsrecht, maar een vermogensrecht waarvan de reikwijdte wordt bepaald door de wet.
- 112 De door Sanoma voorgestane interpretatie is ook praktisch onuitvoerbaar. Het internet bestaat uit een oneindig aantal hyperlinks. De inhoud van webpagina's,

waarnaar met hyperlinks wordt verwezen is bovendien niet statisch maar verandert voortdurend. Bij het plaatsen van een hyperlink is het onmogelijk om per individueel geval na te gaan of daarmee wordt verwezen naar bronmateriaal dat (a) naar toepasselijk recht kwalificeert als werk, waarop (b) het auteursrecht nog niet is verlopen, dat (c) daar is gepubliceerd met expliciete of impliciete toestemming van de rechthebbende en met inachtneming van de materiële, territoriale en temporele beperkingen van de overdracht of licentie, of (d) waarvan de ongeautoriseerde openbaarmaking wordt gerechtvaardigd door een exceptie. Waar dat bij het plaatsen van de hyperlink al onmogelijk is, is te meer onmogelijk dat doorlopend te blijven controleren zo lang de hyperlink gepubliceerd blijft. Het standpunt van Sanoma maakt hyperlinks levensgevaarlijk.

Sterker nog, het maakt hyperlinks naar berichten met hyperlinks levensgevaarlijk. Want als het gewraakte GeenStijl-bericht vanwege de hyperlink moet worden aangemerkt als een openbaarmaking is van de fotoreportage, dan is elke hyperlink naar die GeenStijl-openbaarmaking dus ook een nieuwe, zelfstandige openbaarmaking, want ook voor de GeenStijl-openbaarmaking hebben de rechthebbenden geen toestemming gegeven. De rechthebbende kan in die systematiek niet alleen een nieuwsbericht verbieden dat hyperlink naar zijn zonder toestemming elders gepubliceerde werk, maar ook alle hyperlinks naar dat zonder toestemming gepubliceerde nieuwsbericht onderdrukken. En dus ook berichten met hyperlinks naar berichten die hyperlinks naar berichten die hyperlinks naar dat werk, etc.: een omgekeerd Droste-effect.

- 113 Aan het slot van par. 2.3 tracht Sanoma de impact van haar stelling op de uitingsvrijheid op internet nog te bagatelliseren, door te stellen dat informatie op het internet “in de regel” met toestemming van de rechthebbende is geplaatst, zodat hyperlinks daarnaartoe geen ‘nieuw publiek’ zullen bereiken. Als professionele uitgever weet Sanoma echter dondersgoed dat het internet bol staat van informatie die zonder toestemming van de rechthebbende is gepubliceerd en weinig informatie waarbij die toestemming 100% zeker is. Soms is dat met een oogopslag te zien, soms is dat zelfs na uitgebreid onderzoek nauwelijks vast te stellen.
- 114 Mocht u niettemin menen dat de toestemming van de rechthebbende bij een initiële openbaarmaking mogelijk relevant kan zijn voor de kwalificatie van een daarnaar verwijzende hyperlink als openbaarmaking, dan is dat in ieder geval niet een situatie die door het Svensson-arrest bestreken – laat staan beantwoord – wordt. In het dictum van dat arrest staat immers juist, zoals aangehaald, “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.” Daarmee lijkt de voorliggende vraag een acte éclairée, maar mocht uw Raad dat anders zien dan geeft GeenStijl u in overweging om op dit punt prejudiciële vragen van uitleg te stellen aan het Europese Hof van Justitie.

8 Proceskosten

8.1 Afspraak proceskosten cassatie

115 Om praktische redenen hebben partijen een afspraak gemaakt over de proceskosten in cassatie: € 12.250 bij slagen of afwijzing van alle onderdelen van het principaal beroep en € 17.500 bij slagen of afwijzing van alle onderdelen van het incidenteel beroep. Bij gedeeltelijk slagen van onderdelen hebben partijen een nadere verdeling afgesproken:

- Voor de principale klachten over onrechtmatig handelen (onderdelen III en IV): bij slagen enig deel, of bij afwijzing € 7.350
- Voor de principale klachten over citaatrecht (onderdelen I en II): bij slagen enig deel, of bij afwijzing € 2.450
- Voor de principale klachten over proceskostenveroordeling (onderdeel V): bij slagen enig deel, of bij afwijzing € 2.450
- Voor de incidentele klachten over auteursrecht (onderdeel 2.1-2.5): bij slagen enig deel, of bij afwijzing €10.500
- Voor de incidentele klachten over bewijslastverdeling (onderdeel 2.6 en 2.7): bij slagen enig deel, of bij afwijzing €3.500
- Voor de incidentele klacht over proceskostenveroordeling (onderdeel 2.8): bij slagen enig deel, of bij afwijzing € 3.500

116 Deze afspraak ziet niet op de kosten in de feitelijke instanties en laat de daarop betrekking hebbende middelonderdelen dus onverlet.

8.2 Middelonderdeel V GeenStijl

117 GeenStijl klaagt dat het Hof aan zijn oordeel dat haar hyperlinks géén auteursrechtinbreuk opleverden, de conclusie had moeten verbinden dat zij aanspraak had op volledige vergoeding van de proceskosten die zij had gemaakt om zich tegen de ongefundeerde inbreukclaim te verweren. Dat het Hof GeenStijl alsnog wegens onrechtmatige daad veroordeelde maakt dat niet anders: de volledige proceskostenvergoeding geldt alleen voor IE-zaken en IE-grondslagen, en de kosten die GeenStijl heeft gemaakt om zich tegen de inbreukclaim te verweren waren een veelvoud van de kosten die GeenStijl heeft gemaakt om zich tegen de OD-claim te verweren, al is het alleen maar omdat Sanoma in haar dagvaarding maar één alinea (dagvaarding § 26) aan de OD-grondslag aan had gewijd.

118 Sanoma heeft bewust een experimentele auteursrechtgrondslag aan haar vorderingen ten grondslag gelegd, in de hoop een mooi precedent te scheppen waarmee zij in de toekomst kon wapperen en *ex parte* bevelen kon vragen, en een volledige proceskostenvergoeding in de wacht kon slepen. Nu zij ter zake daarvan in het ongelijk is gesteld, had het Hof daaraan de door 1019h Rv voorgeschreven

conclusie moeten verbinden dat zij in de volledige proceskosten wordt veroordeeld. Ter zake van de veroordelingen op de OD-grondslag had het GeenStijl eventueel kunnen veroordelen in (ten hoogste) de forfaitaire proceskosten.

- 119 De gegrondheid van deze klacht ligt te meer voor de hand als u middelonderdelen I en II (over de uitsnede) gegrond acht en er dus geen enkele inbreukclaim overeind blijft. Ook als u dat niet doet, kan 's Hofs beslissing niet door de beugel. Partijen hebben aan die inbreukclaim in feitelijke instanties niet meer dan enkele alinea's en minuten gewijd, zodat het Hof de ongegrondheid van de kern-IE-claim over de hyperlinks niet, voor wat betreft redelijke en evenredige proceskosten, kon 'compenseren' met de 'gegrondheid' van de ondergeschikte IE-claim over de uitsnede.

8.3 Middelonderdeel 2.8 Sanoma

- 120 De brief van Mr Aantjes van 7 oktober jl., met een andere specificatie van de proceskosten in feitelijke instanties, dient buiten beschouwing te worden gelaten. Een betoog dat de daadwerkelijke kosten bij nacalculatie hoger zijn uitgevallen kan niet voor het eerst in cassatie aan de orde komen, aangezien het een onderzoek van feitelijke aard vergt, waarvoor in cassatie geen plaats is. Bovendien vindt het betoog geen grondslag in het middel (art. 419 Rv), waarin geen klacht over de hoogte van de kosten is opgenomen. Onderdeel 2.8 klaagt slechts over de kostencompensatie door het Hof zonder veroordeling op grond van artikel 1019h Rv. Ook die klacht kan niet tot cassatie leiden.
- 121 Bekijkt men de grondslag waarvoor überhaupt een volledige kostenveroordeling ex artikel 1019h Rv mogelijk is – auteursrecht – dan is duidelijk dat het Hof de vorderingen van Sanoma integraal heeft afgewezen, met uitzondering van het geheel ondergeschikte punt van de uitsnede. Bekijkt men de twaalf vorderingen die Sanoma in eerste instantie heeft ingesteld (inclusief verwijdering van berichten, het onthullen van de bron en een verbod om over de zaak te publiceren), zijn die tenminste in belangrijke mate afgewezen. Zelfs als u zou menen dat het Hof, gegeven de wijze waarop het op de vorderingen heeft beslist, GeenStijl had moeten aanmerken als de in belangrijke mate in het ongelijk gestelde partij, dan had het GeenStijl – gegeven de niet-IE-rechtelijke grondslag van de veroordeling – hoogstens kunnen veroordelen in de conform het liquidatietarief vastgestelde proceskosten van Sanoma. De enige IE-inbreuk die het Hof (ten onrechte) vaststelt betreft de 1x1cm grote uitsnede, waaromtrent partijen als gezegd hoogstens enkele paragrafen c.q. minuten hebben gedebatteerd en waaraan dus een verwaarloosbaar deel van de totale proceskosten kan worden toegerekend.

RDC/DV/20110415/857050.8
10 oktober 2014

9 Conclusie

- 122 Tot vernietiging en verwijzing naar ander Hof in principaal beroep en verwerping in incidenteel beroep, met veroordeling van Sanoma in de kosten van principaal en incidenteel beroep, tot een bedrag als partijen zijn overeengekomen.