

RDC/DV/20110415/719362.5

Gerechtshof Amsterdam

Zaaknummer: 200.121.190/01

Pleidooi d.d. 7 oktober 2013

## Pleitnotities

namens

de besloten vennootschap

**GS Media B.V.**

gevestigd te Amsterdam,

appellant,

advocaten

mr. R.D. Chavannes

mr. D. Verhulst

procesadvocaat

mr. A van Hees

tegen

de besloten vennootschap

**Sanoma Media Netherlands B.V.**

gevestigd te Amsterdam,

de vennootschap naar vreemd recht

**Playboy Enterprises International Inc.**

gevestigd te Chicago, Illinois, Verenigde Staten  
van Amerika,

mevrouw

**Britt Geertruida Dekker**

wonende te Purmerend,

geïntimeerden,

advocaten

mr. Ch. Alberdingk Thijm

mr. V.A. Zwaan

procesadvocaat

mr. I.M.C.A. Reinders

Folmer

---

## 1 Inleiding

- 1 In de memories van grieven en antwoord heeft u uitgebreid kunnen lezen over het Europese openbaarmakingsbegrip en de auteursrechtelijke kwalificatie van de hyperlink. Dat is op zich opmerkelijk, omdat deze zaak niet gaat over auteursrecht-inbreuk. Sanoma heeft een auteursrechtelijke grondslag aangevoerd bij wijze van wetenschappelijk speeltje en om aanspraak te kunnen maken op de volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken. Als met een beroep op dit precedent elke ongewenste hyperlinker in de toekomst bedreigd kan worden met *ex parte* verboden en een volledige proceskostenveroordeling, geeft dat een probaat censuurmiddel. Ook Sanoma zal, als uitgever van onder meer NU.nl en de Nieuwe Revu, met die stok worden geslagen. Een onwenselijker precedent voor de informatievrijheid en de onderzoeksjournalistiek is moeilijk te bedenken. Gelukkig klopt het niet en kunt u dat rechtzetten.
- 2 Toch wil Sanoma ook u in hoger beroep betoveren met het verhaal dat de hyperlink in GeenStijl's artikel over het voortijdig uitlekken van de Britt Dekker-rapportage de unieke sleutel was van het digitale kluisje waarin de Sanoma-mol die rapportage veilig en vertrouwelijk had opgeborgen. Gelukkig klopt het niet en kunt u het negeren. Een anonieme medewerker van Sanoma heeft de foto's onbeveiligd en openlijk toegankelijk gepubliceerd, met het oogmerk en in de wetenschap dat het publiek ze daar zou raadplegen en binnenhalen. Informatie publiceren over de openbaarmaking van een werk is geen openbaarmaking van dat werk, net zo min als een filmrecensie, een literatuurverwijzing of de routebeschrijving naar het theater. "Wat onaanvaardbaar is behoort, hoe verdienstelijk het ook verdedigd moge worden, niet te worden aanvaard."<sup>1</sup>
- 3 Wat overblijft is een meer alledaagse perszaak, waarin de vraag voorligt of GeenStijl onrechtmatig heeft gehandeld door op sarcastische toon te berichten dat een veel gehypte Playboy-blootreportage voor de zoveelste keer voortijdig was uitgelekt. Sanoma, de uitgever van Playboy, heeft u voorgehouden dat GeenStijl niet meer is dan een digitaal blootblad, dat inbreukmakende bestanden uitstalt om te verdienen aan reclameclicks. Zij gokt er kennelijk op dat u GeenStijl inherent raar, naar en onfatsoenlijk vindt en de berichten smakeloos en dat u de feiten verder buiten beschouwing zult laten. De feiten zijn namelijk dat GeenStijl heeft gepubliceerd over een nieuwsfeit waarvan rechte vast staat dat zij erover mocht publiceren, in bewoordingen waarvan de rechtmatigheid door Sanoma niet wordt betwist. Een bericht over het uitlekken van informatie is niets zonder te vermelden waar: op internet doe je dat met een hyperlink. GeenStijl valt niets te verwijten.

---

<sup>1</sup> Conclusie A-G bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 550 m.nt. P.B. Hugenholtz, ECLI:NL:PHR:2005:AU4019.

## 2 Plan van behandeling

- Auteursrecht: hyperlinks, uitsnede, portretrecht
- Onrechtmatige daad: zorgvuldigheidsnorm en toepassing daarvan
- Vorderingen
- Bewijs

- 4 Vanwege de tijd kan GeenStijl niet volledig reageren op de memorie van antwoord en kan zij de verschillende onderdelen van haar grieven en verweren niet allemaal toelichten. Zij handhaaft in al hetgeen zij tot nu toe heeft aangevoerd.

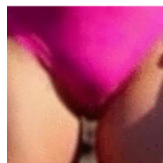
## 3 Auteursrecht

### 3.1 Hyperlinks

- 5 Kenmerkend voor de redenering waarin Sanoma de Rechtbank heeft meegesleept, is dat zij de feitelijke gebeurtenissen op één hoop gooit en vervolgens aan de hand van een mengeling van emoties en metaforen komt tot feitelijk en juridisch onjuiste conclusies. Het openbaarmakingsbegrip wordt echter niet ingevuld aan de hand van emoties en metaforen, maar concrete feiten.

- 6 Het staat in hoger beroep vast dat de artikelen naar hun inhoud niet inbreukmakend of onrechtmatig waren. Dat stelt Sanoma niet en daarop zien haar vorderingen niet. Kijkt men naar een schermafbeelding van de artikelen die GeenStijl heeft gepubliceerd (producties 5, 9 en 10 Sanoma), dan ziet men – op de kleine foto-uitsnede in het eerste bericht na, waarover zo dadelijk meer – niets waarvan Sanoma ook maar *stelt* dat het inbreukmakend is.

### Fucking uitgelekt! Naaktfotoos Britt Dekker



Ach nee. Hoe KAN dat nou goedverdoemte telkens weer? Het is toch niet te gleuven? Na [Amanda Krabbé](#) zijn de kroonjuwelen van het bloedblad wederom op straat komen te liggen. Het is één grote lektober daar bij de Playboy. Ook de bloedplaatjes van Britt Dekker zijn nu uitgelekt. Amper drie weken na de naaqtshoot op een appeltjesbruin Canarisch Eiland ([deze](#)) liggen de papfotoos van het Parelkje van Purmereutel open en bloot op straat. Je zou toch denken dat ze daar bij de Sanoma enige maatregelen getroffen hebben na het vorige lek. Personeel op straat flikkeren, toegangspasjes doormidden knippen, logins voor het CMS onklaar maken, het fotomateriaal 24/7 laten bewaken door een homofiele Men's Health-lezer (is dat dubbelop? - ff uitzoeken). Maar nee. Niets van dat alles. Het lijkt wel of ze het erom doen? Mensen. Dit is toch geen toeval meer? Ennieweetjes. Vanavond een totaal ontredderde en hoofdschuddende PB-hoofdredacteur Jan Heemskerk - die er ook niks van snapt - in RTL Boulevard en Shownieuws. En dan nu het linkje met pics waar u op zat te wachten. Wie het eerst fapt, die het eerst komt. **HIERRR**. De bloeddoddige mevrouw Dekker complimenteren met het keurig aangeharkte voortuintje kan [daar](#). Pritt ♡ Britt.

Pritt Stif | 27-10-11 | 07:59 | Link | 74 reacties |

RDC/DV/20110415/719362.5  
Pleitnota GS Media / Sanoma (Hof) 7 oktober 2013

- 7 In appel staat ook vast dat GeenStijl de foto's *niet* heeft ontvreemd of geupload naar FileFactory en later ImageShack. Sanoma heeft geen incidentele grief gericht tegen de feitelijke vaststelling van de rechtbank dat GeenStijl de foto's zelf niet gepubliceerd heeft (rov. 4.8) en niet heeft verveelvoudigd (rov. 4.18). Het gaat dus uitsluitend over de hyperlinks in haar artikelen *naar* elders - door anderen - beschikbaar gestelde foto's.

- 8 De zaak gaat dus, voor wat betreft het eerste artikel (productie 5 Sanoma), om de woordjes **HIERRR** en **Update**, meer in het bijzonder om de onderliggende HTML-code die ervoor zorgt dat die woordjes aanklikbaar zijn. Als je met de cursor over het woordje **HIERRR** zweeft, zie je links onderin wat de bijbehorende verwijzing is.



- 9 De onderliggende HTML-code van het artikel ziet er zo uit:

```

Source of file:///C:/Users/chavannes/AppData/Local/Microsoft/Windows/Temporary%20Internet%2...
File Edit View Help
68 <article id="a2752081" class="artikel">
69 <h1>Fucking uitgelekt! Naaktfotoos Britt Dekker</h1>
70 <p>Ach nee. Hoe KAN dat
nou goedverdoemme telkens weer? Het is toch niet te gleuven? Na <a
href="http://www.geenstijl.nl/mt/archieven/2011/09
/de amanda playboy fotoos alle.html" target="_blank">Amanda KrabbÃ©</a>
zijn de kroonjuwelen van het blootblad wederom op straat komen te
liggen. Het is ÅÅ on grote lektober daar bij de Playboy. Ook de
blootplaatjes van Britt Dekker zijn nu uitgelekt. Amper drie weken na de
naagtshoot op een appeltjesbruin Canarisch Eiland (<a
href="http://www.dumpert.nl/mediabase/1764471/6255cc98
/spectaculaire playboy fotoshoot britt dekker.html"
target="_blank">deze</a>) liggen de fapfotoos van het Pareltje van
Purmereutel open en bloot op straat. Je zou toch denken dat ze daar bij
de Sanoma enige maatregelen getroffen hebben na het vorige lek.
Personeel op straat flikkeren, toegangspasjes doormidden knippen, logins
voor het CMS onklaar maken, het fotomateriaal 24/7 laten bewaken door
een homofiele Men's Health-lezer (is dat dubbelop? - ff uitzoeken). Maar
nee. Niets van dat alles. Het lijkt wel of ze het erom doen? Mensen. Dit
is toch geen toeval meer? Ennieweetjes. Vanavond een totaal ontredderde
en hoofdschuddende PB-hoofdredacteur Jan Heemskerk - die er ook niks van
snapt - in RTL Boulevard en Shownieuws. En dan nu het linkje met pics
waar u op zat te wachten. Wie het eerst fapt, die het eerst komt. <a
href="http://www.filefactory.com/file/ce978bc/n/Vet_zip"
target="_blank"><strong>HIERRR</strong></a>. De bloeddoddige mevrouw
Dekker complimenteren met het keurig aangeharkte voortuintje kan <a
href="https://twitter.com/#!/Britttjje" target="_blank">daar</a>. Pritt
&#10084; Britt.<br />
71 <strong><a href="http://imageshack.us/photo/my-images/337/britt5s.jpg/"
target="_blank">Update</a></strong>. Vooruit dan.</p>
72
73 <footer>Pritt Stift | <time pubdate
datetime="2011-10-27T07:59">27-10-11 | 07:59</time> | <a
Line 73, Col 249

```

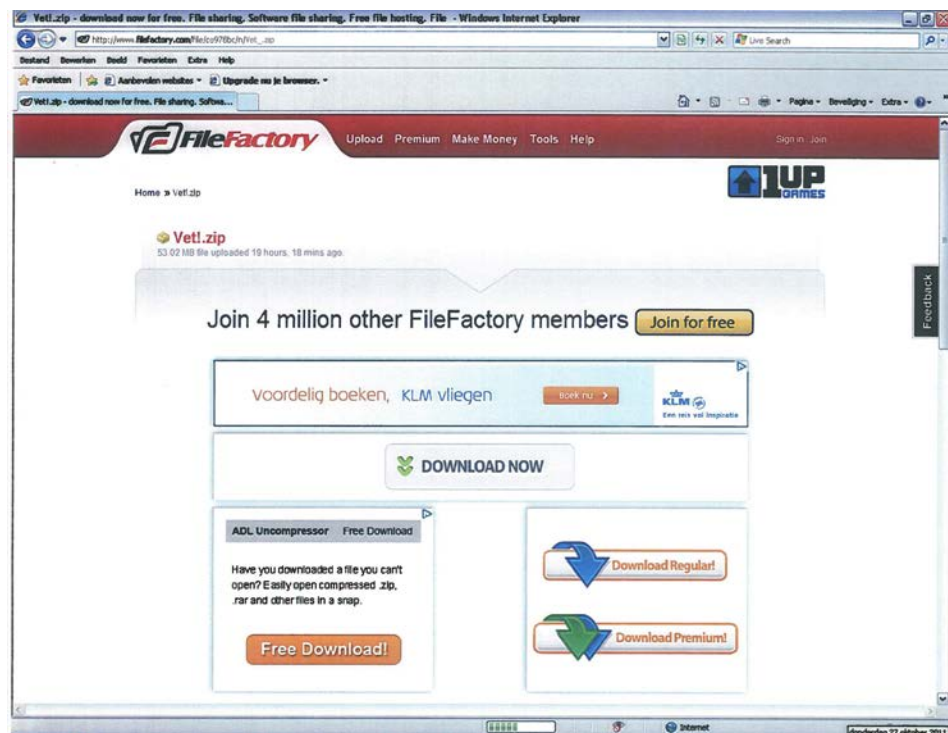
- 10 Het gaat om het volgende codefragment, die de browser weergeeft als **HIERRR**:

```
<a href="http://www.filefactory.com/file/ceg78bc/n/Vet_.zip" target="_blank"><strong>HIERRR</strong></a>
```

- 11 Dit is wat GeenStijl heeft gepubliceerd; dit is wat Sanoma aanmerkt wil zien als een mededeling aan het publiek van een twaalf pagina's tellende fotoreportage.

- 12 Het is Sanoma dus niet te doen om de inhoud van de artikelen en (als onderdeel daarvan) de hyperlinks zelf, maar om wat er gebeurde als een internetgebruiker ze in zijn browser opende en met zijn cursor het woordje **HIERRR** aanklikte. Dat is stapsgewijs vastgelegd in productie 5 van Sanoma (vanaf de 9<sup>e</sup> pagina).

- 13 Allereerst opende zijn browser een nieuw venster, waarin het de pagina [http://www.filefactory.com/file/ceg78bc/n/Vet\\_.zip](http://www.filefactory.com/file/ceg78bc/n/Vet_.zip) laadde:



- 14 Net als het artikel op GeenStijl bevatte deze pagina geen enkel beschermd werk van Sanoma. Als de gebruiker klikte op de knop DOWNLOAD NOW, verscheen nog een pagina (productie 5, pp. 10-11), die ook geen werk van Sanoma bevatte en waarop de gebruiker werd gevraagd 10 seconden te wachten. Vervolgens kreeg de gebruiker de vraag of hij een bestand (Vet!.zip) wilde openen of downloaden. Als hij dat deed, werd het bestand naar zijn computer gedownload. Als het zip-bestand op zijn computer binnen was en hij het vervolgens opende, krijg hij een folder te

zien met 11 pdf-bestanden (Britt1 t/m Britt 11). Als hij daarop klikte, kreeg hij de afzonderlijke pagina's 81 t/m 91 van de fotoreportage op zijn scherm.

- 15 Bij de hyperlink naar een van de foto's op Imageshack ging het op vergelijkbare, indirecte wijze. Wat GeenStijl gepubliceerd heeft is dit:

```
<a href="http://imageshack.us/photo/my-images/337/britt5s.jpg/" target="_blank">Update</a></strong>
```

- 16 De browser op de computer van de eindgebruiker gaf dit weer als **Update**. Als de gebruiker daarop klikte, opende zijn browser een nieuw venster met daarin een pagina waarop vervolgens – met enig doorklikken – een van de foto's kon worden binnengehaald.
- 17 Deze opeenvolgende stappen tussen het laden van het GeenStijl-artikel en het bekijken van de foto's werden allemaal gezet door de individuele internetgebruiker op zijn eigen computer, zonder enige betrokkenheid of tussenkomst van GeenStijl. Dat stelt Sanoma ook niet en daartegen richt zij geen vorderingen.

### *Onjuistheid van het Sanoma-standpunt*

- 18 Het gaat er volgens Sanoma om dat GeenStijl in haar artikelen het adres heeft gepubliceerd van een pagina elders op het internet, waar destijds een spoor begon dat haar lezers konden volgen om uit te komen bij de fotoreportage. In de redenering van Sanoma (en de rechtbank) is niet relevant dat GeenStijl de vindplaats als hyperlink heeft geformatteerd. Voor Sanoma (en de rechtbank) is doorslaggevend dat de desbetreffende vindplaatsen op internet voordien – vóór publicatie op GeenStijl – bij het publiek niet bekend waren. Het gaat dus (alleen) om het vermelden van informatie die het publiek kon gebruiken om kennis te nemen van de foto's, terwijl het dat volgens Sanoma daarvoor niet konden omdat het niet wist dat de foto's daar stonden. Volgens Sanoma is dát een openbaarmaking.
- 19 GeenStijl ontkent ten eerste dat die informatie (die vindplaatsen) voor het publiek onbekend was of dat die informatievoorziening een noodzakelijke schakel was tussen de uploader en zijn publiek. De (vindplaats van de) fotoreportage was aan meerdere media gelekt en de foto's waren ook vóór publicatie door GeenStijl met een goed geformuleerde zoekopdracht te vinden. Sanoma heeft op dit punt onvoldoende gesteld en geen bewijs aangeboden.
- 20 GeenStijl heeft het tegendeel aannemelijk gemaakt door aan te tonen dat ImageShack middels haar robots.txt bestand zoekmachines uitnodigde bestanden uit de desbetreffende map te indexeren (MvG, § 12). Het robots.txt bestand van FileFactory (productie 46-1) is geen bewijs dat haar servers niet geïndexeerd worden, zo blijkt expliciet uit productie 46-2 van Sanoma:

*Het [robots.txt] protocol dient echter alleen ter advies en gaat uit van medewerking van de bezoekende webrobot. Het kan dus niet daadwerkelijk de toegang tot bestanden en mappen ontzeggen en is daarmee ongeschikt om (delen van) een website af te schermen. Er zijn robots die het protocol (al dan niet bedoeld) negeren of niet kennen.*

- 21 Naar de overtuiging van GeenStijl is de vindbaarheid van de bestanden irrelevant voor de beoordeling van de vorderingen van Sanoma. Immers, ten tweede: zelfs als wij er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat de informatievoorziening door GeenStijl wel onontbeerlijk was, en het publiek dus eerst door publicatie van de vindplaats kennis had van die vindplaats, en zelfs als wij er vanuit gaan dat het publiek zonder die publicatie feitelijk geen mogelijkheid zou hebben gehad om de foto's te vinden en dus te raadplegen, dan nog is daarmee niet gezegd dat GeenStijl de foto's heeft gepubliceerd, d.w.z. openbaar gemaakt. Dat zou alleen het geval zijn, als u aanneemt dat het (als eerste) bekendmaken van de vindplaats van (een internetpagina die met enig doorklikken leidt naar het zipbestand met) de foto's een openbaarmakingshandeling is met betrekking tot die foto's. Meer in zijn algemeenheid: dat het mededelen van de vindplaats van een werk kwalificeert als het openbaar maken ervan.
- 22 Dat is niet zo. Het verbodsrecht van de maker van een werk ziet op mededeling *aan* het publiek *van* het werk, niet op mededeling aan het publiek *over* het werk. Het in de Engelse en Franse taalversies van de richtlijn gebruikte woord *communication* maakt dat misschien nog duidelijker: het verbodsrecht ziet op een communicatie van het werk, niet elke communicatie over het werk.

*Zie expliciet overweging 23 bij de Auteursrecht richtlijn [onderstreping adv.]: Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.*

*This Directive should harmonise further the author's right of communication to the public. This right should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates. This right should cover any such transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting. This right should not cover any other acts.*

- 23 Communicatie van een werk veronderstelt dus de transmissie of doorgifte van het werkdragende signaal of bestand. De bestanden waar het in deze zaak om gaat,

hebben nooit op de website van GeenStijl gestaan en GeenStijl heeft ze aan niemand doorgegeven. GeenStijl heeft het werk van Sanoma niet medegedeeld, zij heeft er over medegedeeld. Mededelingen over werken worden niet gereguleerd door het auteursrecht.

Zie verder de toelichting op grief 2, in het bijzonder de inleiding, § 2.1 en de bespreking van HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV e.a. / TV Catchup).

- 24 Wat GeenStijl deed is auteursrechtelijk net zo min een openbaarmaking als:
- op NU.nl publiceren dat als je de brandtrap van Tuschinski opklimt naar de vierde verdieping, er een raampje openstaat waardoor je zonder te betalen de film in zaal 14 kan bekijken;
  - op het NOS Journaal vertellen dat er in een oude boerenschuur even buiten Broek in Waterland een (tot op dat moment geheel onbekende) tentoonstelling wordt gehouden van werken van Damien Hirst;
  - een twitterbericht sturen aan je 60.000 *followers* met een hyperlink naar de uitgelekte Playboy-foto's op een Mexicaanse website (zoals mevrouw Dekker zelf heeft gedaan, zie comparitie-aantekeningen, §§ 18-24)
  - In een radio-uitzending vertellen dat er ongepubliceerde naaktfoto's uit een toekomstig nummer van Playboy liggen in een mapje achter het derde boek van links op de bovenste plank van de derde boekenkast links voorbij de voordeur van de openbare bibliotheek; of
  - een twitterbericht sturen: "Keek net door open raam vh verlaten kantoor van advocaat Alberdingk Thijm, Keizersgracht 203, en zag daar proefdruk van zijn ze roman liggen"
- 25 Omdat GeenStijl het werk van Sanoma niet heeft medegedeeld, komt u niet toe aan de vraag of GeenStijl heeft medegedeeld aan het publiek, en dus ook niet aan gezichtspunten als "interventie", "nieuw publiek" of "winstoogmerk".
- 26 Uit het arrest TV Catchup blijkt expliciet (ov. 38-39) dat het concept "nieuw publiek" hoegenaamd alleen relevant is voor secundaire doorgifte van een bestaande, primaire uitzending. Het Hof overweegt dat het "nieuw publiek" geen relevant criterium is voor de vraag of sprake is van een primaire uitzending of een beschikbaarstelling aan het publiek op individueel verzoek.

Het betreft de tweede, respectievelijk eerste en derde categorieën van mededeling aan het publiek ex artikel 3 Auteursrechtlijn; zie D.J.G. Visser, 'Openbaarmaken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 41.

Uit het arrest TV Catchup volgt ook waarom het door Sanoma als productie 45 overgelegde vonnis inzake Nederland.fm onjuist is: anders dan in de casus van TV Catchup liepen de werkdragende signalen *niet* via de servers van Neder-



land.fm maar hielp Nederland.fm bezoekers alleen bij het maken van een verbinding met de servers waar de omroepen zelf audiostreams aanboden. Overigens was hierbij sprake van een vorm van *embedded* linking die in de onderhavige casus niet speelt, zodat het vonnis ook om die reden relevantie mist.

- 27 Beoordeeld naar de maatstaven van artikel 6:162 BW zal in sommige van de net genoemde voorbeelden allicht sprake zijn van een onrechtmatige daad, bijvoorbeeld omdat wordt aangezet tot inbraak. Dat is voor de vraag of sprake is van een openbaarmaking in auteursrechtelijke zin irrelevant. Voor de auteursrechtelijke analyse is doorslaggevend dat in alle gevallen sprake is van niet meer dan het *informer* van het publiek over (de vindplaats van) *andermans* bestaande of toekomstige openbaarmaking. Zelfs als die informatie nuttig of zelf onontbeerlijk is voor het publiek om op dat moment en op die manier kennis te nemen van de beschermde werken, dan nog is het “informer

Om dezelfde reden is onzinnig het argument van Sanoma dat hyperlinks hadden moeten worden opgenomen in de Auteursrechtlijn als beperking van het auteursrecht. Beperkingen zijn zonder toestemming geoorloofde gevallen van openbaarmaking of verveelvoudiging. Dat is een hyperlink nu juist niet, omdat het geen openbaarmaking is. Om dezelfde reden is ook de boekrecensie van of voetnoot naar een werk geen beperking van het auteursrecht: het zijn geen handelingen die onder de reikwijdte van het auteursrecht vallen.

- 28 De rechtsregel dat een hyperlink geen openbaarmaking is, ook niet als de hyperlink verwijst naar een obscure vindplaats, is vaste rechtspraak en is door de Europese auteursrechtprofessoren uiteengezet in hun opinie over de Svensson-zaak.

Zie memorie van grieven, inleiding op grief 2; comparitie-aantekeningen GeenStijl, hoofdstuk 3.2; conclusie van antwoord, hoofdstuk 3.2.

Opinie European Copyright Society 15 februari 2013 (productie 8 GeenStijl). Visser en De Leeuwe stellen hier (productie 47-2 Sanoma, p. 457, derde kolom) louter doelredeneringen tegenover.

- 29 Uw Hof heeft dat ook met zoveel woorden overwogen in het arrest van 15 januari 2013 over de hyperlinkende wiskundeleraar.

Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2013, LJN BY8420, r.o. 2.7-2.8 (Noofdhoff / Van Amerongen).

- 30 Ook in die casus was sprake van hyperlinks die (volgens de eisende uitgever) alleen door die gedaagde werden gepubliceerd, zodat de hyperlinks de enige bron waren voor informatie over de vindplaats van de inbreukmakende bestanden.

Zie overweging 2.7:

*[Appellant] is de enige is die links naar de desbetreffende servers aanbiedt.*

- 31 Gegeven het feit dat de casusposities tussen die zaak en de onderhavige zaak op dit – volgens Sanoma en de rechtbank – essentiële punt gelijk zijn, kunt u volstaan met herhaling van uw overweging 2.8 van destijds:

*Nu niet vast staat dat [Appellant] de uitwerkingen zelf op internet heeft gezet en het evenmin door middel van bijzondere technische faciliteiten mogelijk maakte dat derden kennis konden nemen van de uitwerkingen maar slechts door een eenvoudige hyperlink de weg daarnaar wees, kan dit niet worden aangemerkt als openbaar maken in de zin van artikel 12 Aw.*

*De onjuistheid van de rechtbank-norm*

- 32 In de benadering van de rechtbank (rov. 4.11) is een hyperlink in beginsel geen openbaarmaking, omdat feitelijke terbeschikkingstelling aan het publiek plaatsvindt op de website waar de hyperlink naar verwijst. De rechtbank formuleert echter een uitzondering, namelijk als de hyperlink de enige manier is om een werk te vinden dat weliswaar publiekelijk beschikbaar is gesteld, maar “niet op zodanige wijze dat deze voor publiek toegankelijk en vindbaar” is. Kortom: als de oorspronkelijke publicatie *geen* openbaarmaking is omdat niemand erbij kan, kan de hyperlink ernaartoe dat zijn als *daardoor* mensen er *wel* bij kunnen.
- 33 Deze gedachtegang is op zich al onjuist en leidt bovendien tot onwerkbare en onacceptabele resultaten. Dat een bestand op een website pas openbaar gemaakt is als het voor het publiek “toegankelijk” is, is een cirkelredenering: als het publiek er niet bij kan, is het ook niet publiekelijk beschikbaar gesteld. Voor de kwalificatie van een hyperlink voegt dat niks toe: iets wat voor het publiek niet toegankelijk is, kan ook niet via een hyperlink alsnog toegankelijk gemaakt worden.
- 34 Even onjuist is het om te veronderstellen dat een publiekelijk toegankelijk document pas openbaar gemaakt is als het “vindbaar” is. Het bevorderen van de vindbaarheid van een publiekelijk beschikbaar werk is geen openbaarmaking van dat werk. Het relevante begrip uit artikel 3 van de Auteursrechtlijn is “*beschikbaarstelling voor het publiek*”, wat betekent dat werken technisch gezien toegankelijk moeten zijn maar geen eisen stelt aan toegangsgemak of -waarschijnlijkheid.

Zie memorie van grieven, § 87 e.v.. In aanvulling op de in voetnoot 39 genoemde vindplaatsen, zie [onderstreping advocaat]:

Goldstein & Hugenholtz, *International Copyright, Principles, Law and Practice*, Oxford 2010, p. 329:

The right applies irrespective of whether and how often the work is actually accessed. Examples include offering for download or streaming a musical work from an online music store or a pay-per-view television channel and “sharing” music or video files over a peer-to-peer file-sharing network. Posting hyperlinks to works already available on websites, however, is not an independent act of communication.

Senftleben, in Dreier/Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, Kluwer 2006, aantekening 5 bij artikel 8 WIPO Auteursrechtverdrag:  
*The relevant act of making available lies in offering a work for individual access by users, for instance, when running a website. It is not necessary that any user take advantage of the service. Once a work is accessed, however, the right covers the entire transmission to the user.*

Reinbothe & Von Lewinski, *The WIPO Treaties*, Butterworths 2002, p. 108:  
*The act of ‘making available’ to the public for access covers the offering of works for access and extends to the entire transmission to the user, if such transmission takes place.*

Von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, § 17.73:  
*Communication/transmission to the public’, like broadcasting and similar acts, are regularly understood as occurring simultaneously to the public in respect of a particular work, performance, or phonogram. On-demand and other internet uses, however, usually occur on an individual basis rather than simultaneously to the public. The making available right solves this problem without the need to specify or amend the term ‘public’ as traditionally understood in national laws. It is so defined that the covered act already starts prior to the actual transmission, namely with the offering or making available works and phonograms. This earlier act of offering works and phonograms for access does occur simultaneously to the public. The act of making available is understood also to cover the subsequent acts of individual access and transmission, if they take place. [onderstreping advocaat]*

- 35 De bestanden zoals door de uploader geplaatst op FileFactory en Imageshack waren voor raadpleging door het publiek bestemd en waren met gewone consumentenapparatuur te bekijken.

Zie HR 19 juni 2009, *NJ* 2009, 290 (Buma/Chellomedia), onder verwijzing naar HvJEG 14 juli 2005, zaak C-192/04, *NJ* 2006, 467 (Lagardère).

- 36 Kortom, de bestanden waren al openbaar gemaakt voordat GeenStijl ernaar linkte. Daarmee was de hyperlink ook volgens de norm die de rechtbank zelf hanteert geen openbaarmaking.

- 37 Het criterium van “vindbaarheid” is daarnaast onhanteerbaar vaag: vindbaar voor wie? met welke moeite, middelen of kennis? Als “vindbaar” letterlijk wordt genomen, is het net zo tautologisch als “toegankelijk”. Het internet bevat miljarden webpagina's en andere bestanden en databronnen. Sommige individuele websites bestaan al uit miljoenen pagina's. De meeste informatie op internet is praktisch alleen vindbaar door middel van hyperlinks vanuit andere websites, zoekfuncties op websites of afzonderlijke zoekdiensten van bedrijven als Google, Microsoft of Facebook. Zoekmachines presenteren hun zoekresultaten als een pagina met hyperlinks naar de gevonden pagina's en documenten. In de benadering van de rechtbank zijn die links allemaal openbaarmakingen, tenzij de pagina's die aan de zoeker gepresenteerd worden ook op andere manier al (makkelijk?) vindbaar waren. Als het openbaarmakingsbegrip zo zou worden uitgelegd, levert het aanbieden van een zoekmachine een onacceptabel bedrijfsrisico op: elke als zoekresultaat aangeboden hyperlink kan een openbaarmaking zijn en dus leiden tot aansprakelijkheid, een *ex parte* verbod en een volledige proceskostenvergoeding).
- 38 Onduidelijk is ook waar in de benadering van de rechtbank de grens ligt tussen de regel – een hyperlink is geen openbaarmaking – en de uitzondering. Is een hyperlink alleen een openbaarmaking als de pagina waarnaar wordt gelinkt echt de *enige* hyperlink naar het bestand is op het hele wereldwijde internet? Hoe moet de hyperlinker dat controleren? Wat als er op in totaal twee websites op het internet een hyperlink staat naar een bepaald werk – zodat geen van beide onmisbaar is voor de vindbaarheid en geen van beide dus een openbaarmaking is – maar een van de twee sites later uitvalt of verwijderd wordt? Wordt die resterende hyperlink – de enige vanaf dat moment – dan alsnog een openbaarmaking?
- 39 Deze vragen kan GeenStijl niet beantwoorden en hoeft u ook niet te beantwoorden. Het is voldoende om vast te stellen dat de rechtbanknorm onjuist is en dat een hyperlink géén openbaarmaking is.

### 3.2 Openbaarmaking door Sanoma

- 40 De foto's zijn wel medegedeeld aan het publiek, namelijk door persoon die de bestanden heeft geupload en daardoor beschikbaar heeft gesteld. Dat is waarschijnlijk degene die GeenStijl heeft getipt over het feit dat – en de plaats waar – de bestanden vrijelijk te downloaden waren. Bij comparitie is aangetoond dat die persoon hoogstwaarschijnlijk een medewerker van Sanoma was, omdat de tip afkomstig was van een computer uit het netwerk van Sanoma in Hoofddorp (antwoord, § 60 en comparitie-aantekeningen, §§ 8-17). GeenStijl heeft toegelicht dat de openbaarmakingshandeling van de Sanoma-medewerker geldt als een openbaarmakingshandeling van Sanoma. Nu Sanoma de bestanden openbaar heeft gemaakt, kunnen de hyperlinks naar die openbaarmakingen van Sanoma – zelfs volgens de rechtbank-norm – nooit een zelfstandige openbaarmaking zijn.

- 41 De rechtbank passeert deze argumentatie (rov. 4.13) door te overwegen dat de interne herkomst van het lek GeenStijl geen vrijbrief geeft om tot openbaarmaking over te gaan, temeer niet nu Sanoma GeenStijl had laten weten dat zij geen openbaarmaking wenste. Zij miskent daarmee dat juist de tipgever – en dus Sanoma – de foto's al openbaar had gemaakt.
- 42 Een rechtspersoon kan per definitie niet de feitelijke handelingen verrichten die leiden tot openbaarmaking, maar dat belet niet dat rechtspersonen als openbaarmakers worden aangemerkt op basis van handelingen van een of meer medewerkers. Een bioscoopbedrijf maakt de vertoonde films openbaar, ook al is het de projectiemedewerker die feitelijk de film aanzet. Niet de webredacteur van de Raad voor de Rechtspraak maakt de uitspraken op rechtspraak.nl openbaar, maar de Staat. Sanoma spreekt GS Media BV aan, niet de medewerker die de gewraakte artikelen online gezet heeft.
- 43 Voor de toerekening van de uploadhandeling aan Sanoma is niet van belang of de hoofdredacteur van Playboy de fotoreportage bewust heeft laten lekken als marketingstunt of dat een Sanoma-medewerker dat onbevoegd heeft gedaan. In beide gevallen is sprake van een openbaarmaking door Sanoma. Als de projectiemedewerker, al dan niet expres, de verkeerde film aanzet, is het nog steeds de bioscoopexploitant die openbaar maakt. Als de GeenStijl-medewerker wel een inbreukmakend artikel online had gezet, had Sanoma nog altijd GS Media aangesproken. Uit het Kabelpiratenarrest blijkt al dat de exploitant van het transmissiesysteem openbaar maakt, ook als hij niks 'doet' en de openbaarmaking niet 'wil'.

HR 14 januari 1983, *NJ* 1984, 696 m.nt vNH (Kabelpiraten).

- 44 De van het computernetwerk van Sanoma afkomende openbaarmakingen zijn openbaarmakingen van Sanoma, ook als zij niet zijn verricht door de statutair directeur of een andere formeel daartoe gemachtigde werknemer.

### 3.3 Uitsnede foto bij bericht

- 45 De enige mededeling van een deel van een werk van Sanoma die GeenStijl heeft verricht, is dat zij links bovenaan het eerste artikel een uitsnede van 100 x 100 pixels heeft geplaatst uit de foto op p. 85 van de Playboy-reportage (productie 36, tweede pagina respectievelijk productie 13 Sanoma). Anders dan Sanoma in generieke bewoordingen stelt (MvA, § 92) dragen die paar pixels (1 cm<sup>2</sup> uit een foto van 540 cm<sup>2</sup>, dus minder dan 0,2% van de foto) niet de intellectuele schepping van fotograaf Hermès in zich. (Meent dat u dat Sanoma dat wel heeft bewezen, dan biedt GeenStijl tegenbewijs aan.) Publicatie van de uitsnede was dus geen aan de rechthebbende voorbehouden openbaarmaking van die foto.

- 46 Na sommatie is de uitsnede uit de foto op p. 85 bovendien onmiddellijk vervangen door een uitsnede uit een andere foto. Anders dan Sanoma stelt (MvA, § 7), is de foto met het roze badpak (productie 36 Sanoma, eerste pagina) geen uitsnede uit de foto op p. 92 van de Playboy-reportage: ze tonen allebei een roze badpak, maar vergelijking maakt duidelijk dat de uitsnede van een andere foto is, waarop de afgebeelde vrouw op een andere manier staat en ook lichtinval, schaduwen en achtergrond verschillen. GeenStijl beschikte niet eens over pagina 92 van de Playboy-rapportage: het op FileFactory gepubliceerde zip-bestand bevatte 11 pdf-bestanden met de pagina's 81 t/m 91 uit de aanstaande Playboy, niet pagina 92 (zie productie 5 Sanoma, pp. 13-15).
- 47 Wat daarvan ook zij, de discussie over het zeer kortstondig tonen van een piepkleine uitsnede uit één foto is een onbeduidende *sideshow*, auteursrechtelijk gezien zonder zelfstandige betekenis, noch in termen van de omvang van de uitsnede als onderdeel van de foto als geheel, noch voor wat betreft aan auteursrechtsschending te relateren schade of belang aan de zijde van Sanoma.

### 3.4 Portretrecht

- 48 Het betoog van Sanoma over het portretrecht van mevrouw Dekker (MvA, §§ 101-110) strandt op het feit dat GeenStijl de foto's niet openbaar gemaakt heeft. De enige afbeelding die GeenStijl kortstondig heeft gepubliceerd is de 1cm<sup>2</sup>-grote uitsnede uit de foto op p. 85. Dat is geen portret van mevrouw Dekker. Sanoma stelt (§ 110) dat uit de overige context van *het bericht* blijkt dat het om mevrouw Dekker gaat. Zij verdraait daarmee het Breekijzer-arrest, waarin de Hoge Raad ten aanzien van afgebalkte *portretfoto's* overweegt :

*dat het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg behoeft te staan dat sprake is van een portret in de zin van art. 21 Aw., nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken.* HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80 m.nt EJD

- 49 De gepubliceerde afbeelding bevat niet alleen niet het gelaat van mevrouw Dekker (afgebalkt of overigens) maar toont ook verder niets waaruit de identiteit van mevrouw Dekker blijkt. Dat heeft Sanoma ook niet gesteld. Een begeleidende tekst die stelt of suggereert dat een op zich onherkenbare afbeelding van iemand is, maakt die onherkenbare afbeelding niet tot een portret.
- 50 De overige argumenten die Sanoma in dit kader aanvoert hebben niets met portretrecht te maken maar met maatschappelijke zorgvuldigheid, en voegen ook op dat punt niets toe.

## 4 Onrechtmatige daad

51 Tot zover de op de Auteurswet gebaseerde argumenten die Sanoma er met de haren heeft bijgesleept. Wij komen nu toe aan haar eigenlijke betoog (waarmee zij, als zij zich daartoe had beperkt, deze zaak een stuk eenvoudiger had gemaakt): de maatschappelijke zorgvuldigheid van de keuze van GeenStijl om haar artikelen over het uitlekken van de foto's te voorzien van hyperlinks naar de plaats *waar* ze waren uitgelekt.

52 Sanoma heeft bij dagvaarding subsidiair onrechtmatige daad aangevoerd maar dat alleen onderbouwd met een paar steekwoorden. Vervolgens heeft zij bij comparitie en memorie van antwoord verschillende zorgvuldigheidsnormen geformuleerd en gesteld dat GeenStijl die heeft geschonden.

### 4.1 De aangevoerde normen bestaan niet

53 Ter comparitie stelde Sanoma dat de geschonden norm "evident" was:

*het opzettelijk verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde informatie in de wetenschap dat die informatie onrechtmatig is en het verspreiden van deze informatie, terwijl dit schade veroorzaakt*

Zie p. 3 van het proces-verbaal comparitie, procesdossier map 2, tab 8. Sanoma heeft bij brief van 13 augustus 2012 bevestigd (procesdossier map 2, tab 10) dat de weergave in het proces-verbaal juist was.

54 Bij memorie van antwoord (§ 160) heeft Sanoma een andere norm geformuleerd:

*willens en wetens en herhaaldelijk directe links plaatsen naar ongeautoriseerde bestanden en hiervan profiteren, een en ander tegen de door Sanoma kenbaar gemaakte wil*

55 Voor beide gestelde zorgvuldigheidsnormen (hierna: de comparitie-norm respectievelijk de antwoord-norm) geldt (1) dat zij niet bestaan; en (2) dat als zij wel bestaan, GeenStijl ze niet geschonden heeft.

56 Deze normen bestaan niet want zijn veel te breed en absoluut geformuleerd, waardoor zij geen rekening houden met de omstandigheden van het geval. Zij zijn zelfs nog absoluter dan de door Sanoma aangevoerde openbaarmakingsnorm, die immers alleen de eerste hyperlink raakt, die een beschikbaar gesteld bestand toegankelijk en vindbaar maakt. In deze OD-normen is ook de duizendste hyperlink, naar een al lang en breed bekende vindplaats, nog onrechtmatig.

- 57 Door hun te brede en absolute formulering raken deze normen allerlei valide (journalistieke) gedragingen waarbij, bijvoorbeeld, het in het kader van een reportage verwijzen naar uitgelekte informatie schade berokkent aan een individu of organisatie. Het behoort tot de taak van de pers om het publiek te informeren over nieuws en misstanden aan de kaak te stellen, ook als dat voor een betrokkene onwelgevallig is. Documentatie is daarbij essentieel voor de geloofwaardigheid, zeker waar juist het ‘lekken’ of het ‘geheime’ van de informatie onderdeel van het verhaal is. De berichtgeving van onder meer *The Guardian* over de af luisterpraktijken van de NSA zou veel van haar geloofwaardigheid verliezen als de krant niet meteen de geheime NSA-stukken had gepubliceerd. GeenStijl heeft de stukken van Playboy niet eens gepubliceerd, maar er alleen naar verwezen: dat was noodzakelijk en voldoende voor haar bericht dát de foto’s waren uitgelekt.
- 58 Een journalistiek artikel kan niet onrechtmatig zijn op de enkele grond dat het middels een hyperlink verwijst naar het bronmateriaal waaruit de juistheid van het artikel blijkt. Er bestaat geen zorgvuldigheidsnorm die in zijn algemeenheid beschermt tegen onwelgevallig of schadelijk hyperlinks. En als een op zich rechtmatige perspublicatie onrechtmatig zou kunnen worden door de “kenbaar gemaakte wil” van het voorwerp ervan, blijft er van de uitingvrijheid weinig over.
- 59 Als Sanoma wil betogen dat GeenStijl geen journalistiek medium is, doet zij dat tevergeefs. Wat zij ook vindt van de toonzetting van GeenStijl, feit is dat GeenStijl regelmatig en beroepshalve informatieve artikelen brengt over actuele gebeurtenissen, van politiek en cultuur tot sport en entertainment (zie ook comparitie-aantekeningen, §§ 29-31). De ter gelegenheid van dit pleidooi overgelegde producties 14 t/m 17 illustreren dat verder. Productie 14 is een uitdraai van de artikelen die online stonden op vrijdag 20 september 2013 (een wat de inhoud van de artikelen betreft willekeurige dag, zijnde de laatste dag waarop producties konden worden ingediend). Zij toont de diversiteit van onderwerpen aan die bij GeenStijl aan de orde komen: naast een artikel met links naar vrijdagmiddagvermaak zijn het verhalen over Britse, Brusselse, Haagse en Utrechtse politiek, vrouwen mishandeling, parkeerschades, integratie, moslimomroepen, Greenpeace-protesten, en een klooster op een berg. GeenStijl publiceert regelmatig opiniërende bijdragen over journalistiek (productie 15) en is zelf voorwerp van onderzoek en analyse uit wetenschappelijke hoek (productie 16) – waarop zij zelf weer reageert in de haar kenmerkende ironische en tegendraadse stijl (productie 17).
- 60 Dat GeenStijl in sommige – andere – gevallen wel eens de grens opzoekt en weinig begrip heeft voor de manier waarop de Raad voor de Journalistiek de beroepsethiek in het internettijdperk invult, maakt niet dat GeenStijl geen journalistiek medium is. Het maakt ook niet dat GeenStijl in deze zaak geen beroep kan doen op haar positie als journalistiek medium. In de rechtspraak van het EHRM, waar Sanoma aan refereert, is handelen conform de journalistieke ethiek geen voorwaarde om te kwalificeren als journalist, maar een gezichtspunt bij de beoordeling bij individuele



gevallen. Uit de stellingen van Sanoma volgt niet dat GeenStijl in dit geval algemeen aanvaarde journalistieke regels heeft geschonden. Sterker nog, de inhoud van de berichtgeving staat in deze zaak buiten discussie. Over de toelaatbaarheid van hyperlinks hanteert de Raad voor de Journalistiek een zeer genuanceerde norm, die haar nota bene is aangereikt door Sanoma's eigen nieuwswebsite NU.nl toen die was aangeklaagd door Manon Thomas wegens hyperlinks naar via diefstal uitgelekte privéfoto's.

Zie conclusie van antwoord, § 46, onder verwijzing naar Raad voor de Journalistiek 12 maart 2008, RvdJ 2008/8, p. 3 (Manon Thomas/Nu.nl).

- 61 Hoewel de RvdJ en de civiele rechter andere normen hanteren, is het niet geloofwaardig dat Sanoma voor maatschappelijke zorgvuldigheid een veel strengere, meer absolute norm formuleert dan zij doet voor journalistieke ethiek.

#### 4.2 De aangevoerde normen zijn niet geschonden

- 62 De in eerste aanleg als "evident" omschreven zorgvuldigheidsnorm en de in hoger beroep aangevoerde andere zorgvuldigheidsnorm, bestaan dus allebei niet. U kunt en hoeft dus ook niet te beoordelen of GeenStijl die normen heeft geschonden. Maar zelfs als u dat wel zou doen, zou blijken dat GeenStijl ze niet geschonden:
- comparitie-norm:
    - (a) GeenStijl had juist geen *wetenschap* van de onrechtmatigheid van de informatie waarnaar zij verwees: de fotoreportage was niet onrechtmatig. GeenStijl mocht er ook redelijkerwijs vanuit gaan dat de *aanwezigheid* van die fotoreportage niet onrechtmatig was, omdat deze vermoedelijk door (een werknemer van) Sanoma was geupload. Dat een directielid van Sanoma een directielid van de Telegraaf Media Groep (eigenaar van GeenStijl) heeft gevraagd niet te publiceren, zegt alleen dat Sanoma op dat moment niet wilde dat GeenStijl erover publiceerde, maar maakte niet dat GeenStijl moest weten dat de bestaande publicatie onrechtmatig was. Hyperlinks naar materiaal dat door of met toestemming van de rechthebbende is gepubliceerd, is rechtmatig, ook als de rechthebbende daar bezwaar tegen maakt (productie 47-1 Sanoma, p. 7); en
    - (b) GeenStijl heeft de beschermde informatie niet *verspreid*: in appel staat vast dat GeenStijl de foto's niet op FileFactory of ImageShack heeft geplaatst of overigens heeft beroerd maar uitsluitend hyperlinks heeft gepubliceerd.
  - antwoord-norm:
    - (a) GeenStijl heeft geen *directe* links geplaatst naar de fotoreportage, maar links naar pagina's waarop de foto's zelf niet stonden maar de gebruiker (al dan niet met nog een keer doorklikken) een zip-bestand kon downloaden waarin pdf-bestanden zaten waarin de foto's waren opgenomen;

- (b) de bestanden waren niet ongeautoriseerd (zie hiervoor); en
- (c) GeenStijl heeft niet geprofiteerd van het plaatsen van de hyperlinks: zoals onbetwist aangevoerd bij antwoord (§ 60) en ter comparitie (§ 32), verdient GeenStijl niets aan clicks op hyperlinks en had zij geen commercieel voordeel bij het al dan niet verrijken van de litigieuze artikelen met hyperlinks. Voor zover zij inkomsten heeft genoten die aan het artikel kunnen worden toegerekend, zijn dat inkomsten die zij heeft gegenereerd doordat lezers het artikel hebben aangeklikt of geopend, niet doordat zij vervolgens hebben geklikt op hyperlinks in het artikel: dat meet GeenStijl niet en daaraa verdient zij niet.

### 4.3 Omstandigheden

- 63 GeenStijl heeft, ook los van de niet-bestaande, niet-geschonden normen zoals door Sanoma geformuleerd, zorgvuldig gehandeld jegens Sanoma en mevrouw Dekker. Anders dan Sanoma stelt (MvA, § 161) bestaat het winstmodel van GeenStijl niet uit leedvermaak, het publiceren van inbreukmakende filmpjes en foto's en mensen voor paal zetten. De eigentijdse journalistieke werkwijze van GeenStijl heb ik toegelicht; dat haar woordenschat en onderwerpskeuze soms gevarieerder zijn dan die van *NRC Handelsblad* en het *NOS Journaal*, doet daar niets aan af.
- 64 Als u de artikelen die GeenStijl heeft gepubliceerd naleest, is duidelijk dat zij niet diskwalificerend zijn over mevrouw Dekker. Er staat: "Pritt ♥ Britt". Zij wordt complimenteerd omschreven als "bloeddoddig": ambitieus en schattig tegelijkertijd.

Zie <https://www.facebook.com/Bloeddoddig/info>, waar schrijfster Marianna Zwagerman het als volgt definieert:

*Bloeddoddig - Company Overview*

*De schrijfster Marianne Zwagerman wil een inspiratiebron zijn voor wat zij zelf bloeddoddig vrouwen noemt. Vrouwen die bloeddorst effectief weten te combineren met de juiste dosis doddigheid. Bloeddorstige vrouwen weten waar ze naartoe willen en hoe ze er komen. Hun doddigheid helpt ze bij het bereiken van dat doel.*

- 65 Zowel de kop van het artikel "Fucking uitgelekt" als de titel van het zip-bestand (Vet!.zip) zijn niet diskwalificerend. "Fucking vet!" is een bekende kreet van mevrouw Dekker, de naam van een liedje dat zij in 2011 heeft uitgebracht en het opschrift van het T-shirt dat zij draagt in de foto die zij als achtergrond op haar Twitter-pagina heeft ingesteld.



- 66 De artikelen van GeenStijl zijn daarentegen wel uiterst kritisch over de handelwijze van Sanoma en, meer in het bijzonder, Playboy: een zuiver commerciële publicatie zonder enige journalistieke pretentie, die haar geld verdient met blootfoto's van – in dit geval – een jonge vrouw uit Purmerend. Nadat kort daarvoor de fotoreportage van Amanda Krabbé was uitgelekt, heeft Playboy niets gedaan om haar computernetwerk en productieproces beter te beveiligen – ter comparitie vertelde haar advocaat zelfs dat ze in Hoofddorp een open wifi-netwerk hebben, waardoor iedereen op het netwerk kan (proces-verbaal, p. 2). Als Sanoma zich zoveel bekommerde om de rechten en gevoelens van mevrouw Dekker als zij beweert, had zij na eerdere incidenten meer gedaan om lekken te voorkomen. Van een uitgever die veel publiceert over privacygevoelige onderwerpen en ook daadwerkelijk journalistieke uitgaven herbergt mag sowieso minder technische naïviteit en gemakzucht worden verwacht. In plaats daarvan heeft Playboy niets gedaan totdat het weer gebeurde, om vervolgens te vervallen in boze sommaties met auteursrechtelijke fantasieredeneringen.
- 67 Het voornaamste voorwerp van de publicaties is dus de misplaatste verontwaardiging en hypocrisie van het keer-op-keer lekkende en dan sommerende Playboy. GeenStijl deed wat je van een eigentijds internetmedium verwacht (en wat alle internetmedia haar nadeden): ons vertellen dat, en waar, Playboy wéér een lang verwachte photoshoot had laten uitlekken, deze keer van “onze” Britt – foto's dus die, anders dan de uitgelekte foto's van Manon Thomas, gemaakt waren voor verspreiding aan het grote publiek en dus geen intiem of privé karakter hadden.

#### 4.4 Tussenconclusie

- 68 Uit het voorgaande volgt dat GeenStijl niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma. Wie de foto's precies geupload heeft en welke rol Sanoma daarin heeft gespeeld, maakt niet uit. Het punt, voor wat betreft de primaire grondslag, is dat

de openbaarmaking ligt bij het uploaden, niet bij de hyperlink. Het punt, voor wat de subsidiaire grondslag, is dat het uitlekken – of het nu een marketingstunt was of een beveiligingsfalen – nieuws was en dat GeenStijl het volste recht had daar op deze manier aandacht op te vestigen.

## 5 Vorderingen

69 Sanoma heeft geen incidenteel appel ingesteld. Dat betekent dat de in eerste aanleg ingestelde vorderingen, voor zover door de rechtbank afgewezen, buiten de rechtsstrijd in hoger beroep vallen.

### 5.1 Proceskosten

70 Ten eerste vraag ik uw bijzondere aandacht voor grief 5.4 over de volledige proceskostenveroordeling in het licht van het *chilling effect* van zo'n veroordeling op toekomstige publicaties, waardoor de onvoorzienbaarheid van de toewijzing van de vorderingen op auteursrechtelijke grondslag van belang is.

71 Grief 5.4 betoogt verder dat de Rechtbank, zelfs als zij terecht heeft beslist dat GeenStijl auteursrechtinbreuk heeft gepleegd, ten onrechte de volledige proceskosten – voor zover aan de auteursrechtelijke grondslag toe te rekenen – heeft toegekend, nu zij een belangrijk deel van de vorderingen van Sanoma heeft afgewezen. Sanoma betoogt bij antwoord dat de toegekende vorderingen voor haar belangrijker waren dan de afgewezen vorderingen. Dat betoog is opportunistisch en ongeloofwaardig: de toegewezen verklaring voor recht heeft geen zelfstandige functie bovenop de toegevoegde vordering tot schadevergoeding. Het miskent bovendien dat de afgewezen vorderingen voor GeenStijl buitengewoon belangrijk waren, want een directe aanval op de persvrijheid: een vordering om niet-onrechtmatige artikelen te verwijderen, een vordering tot het noemen van haar bron, een verbod om überhaupt te communiceren over deze zaak. Dat zijn in een perszaak buitengewoon heftige vorderingen en door die af te wijzen heeft de Rechtbank Sanoma wel degelijk in belangrijke mate in het ongelijk gesteld.

72 In hoger beroep moet de auteursrechtelijke grondslag alsnog in zijn geheel worden afgewezen. Dat betekent, ongeacht wat er vervolgens gebeurt met de OD-grondslag, dat de 1019h Rv proceskostenvergoeding in eerste aanleg die GeenStijl aan Sanoma heeft betaald, moet worden vernietigd en dat Sanoma deze kosten met wettelijke rente moet terugbetalen.

73 Het betekent echter ook dat 70% van de proceskosten van GeenStijl in beide instanties volledig door Sanoma moeten worden vergoed. Sanoma betwist niet dat zij een volledige proceskostenvergoeding moet betalen als haar vorderingen in hoger beroep alsnog ook op de subsidiaire grondslag afgewezen. Als zij betoogt dat

dat anders is als haar vorderingen – voor zover in hoger beroep nog aan de orde – alsnog op OD-grondslag worden *toegewezen*, doet zij dat ten onrechte. Ook in die situatie geldt immers dat zij haar vorderingen primair willens en wetens op een ondeugdelijke auteursrechtgrondslag heeft gebaseerd. Zij heeft daaraan vrijwel haar gehele dagvaarding gependend en daaraan hebben partijen vervolgens de meeste tijd en aandacht besteed. Sanoma heeft ervoor gekozen GeenStijl aldus op kosten te jagen. Nu zij heeft gewapperd met een ongegronde inbreukclaim, komen de kosten op grond van artikel 1019h Rv voor haar rekening.

Anders dan Sanoma kennelijk denkt (MvA, § 153), heeft GeenStijl geen bezwaar tegen de 70/30 verdeling die de Rechtbank heeft aangebracht tussen de kosten gerelateerd aan de auteursrechtelijke grondslag en de kosten gerelateerd aan de OD-grondslag.

## 6 Bewijs

- 74 GeenStijl handhaaft haar eerdere betwistingen, aanbod om tegenbewijs te leveren en aanbod op om specifieke punten – mocht de bewijslast op haar rusten – zelf bewijs te leveren. Haar stellingen over de omstandigheden waaronder de foto's zijn uitgelekt en de vindbaarheid van de foto's op FileFactory en ImageShack, kan GeenStijl nader bewijzen door het horen van betrokkenen aan de zijde van Sanoma, door het horen van een deskundige op het gebied van internetzoektechnologie en het horen van getuigen werkzaam bij zoekmachine-aanbieders. Op haar rust echter geen bewijslast; het betreft geen bevrijdend verweer, maar een (subsidiare) betwisting van de feiten waarop Sanoma zich beroept: dat GeenStijl door hyperlinks aan te brengen bestanden toegankelijk en vindbaar gemaakt die dat voorheen niet waren.

## 7 Conclusie

- 75 GeenStijl verzoekt u het vonnis van de rechtbank te vernietigen en de vorderingen van Sanoma alsnog integraal af te wijzen, met veroordeling van Sanoma, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het geding in beide instanties, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag dat de kosten zijn gemaakt tot aan de dag der algehele voldoening, waarbij de proceskosten voor 30% worden begroot volgens het liquidatietarief en voor 70% conform de daadwerkelijk gemaakte kosten als gespecificeerd in productie 18.

Advocaat