

3 april 2015

Eerste Kamer

14/01158

EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

GS MEDIA B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mr. T. Cohen Jehoram en

mr. V. Rorsch,

t e g e n

1. SANOMA MEDIA NETHERLANDS B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

2. de rechtspersoon naar buitenlands recht PLAYBOY ENTERPRISES INTERNATIONAL  
INC.,  
gevestigd te Chicago, Illinois, Verenigde Staten van Amerika,

3. [verweerster 3],  
wonende te [woonplaats],

VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. K. Aantjes.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als GS Media en Sanoma c.s., verweersters ieder afzonderlijk ook als Sanoma, Playboy en [verweerster 3].

## 1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 507119/HA ZA 11-2896 van de rechtbank Amsterdam van 2 mei 2012 en 12 september 2012;

b. het arrest in de zaak 200.121.190/01 van het gerechtshof Amsterdam van 19 november 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft GS Media beroep in cassatie ingesteld. Sanoma c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor GS Media toegelicht door mr. R.D. Chavannes, en voor Sanoma c.s. door mr. A.P. Groen en mr. Chr. A. Alberdingk Thijm.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt ertoe dat de Hoge Raad het geding schorst en vragen van uitleg stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie als geformuleerd in 2.3.37 van de conclusie.

De advocaten van partijen hebben ieder bij brief van 23 januari 2015 op die conclusie gereageerd.

## 3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sanoma is uitgever van het maandblad Playboy (hierna: Playboy).

(ii) [verweerster 3] treedt geregeld op in Nederlandse televisieprogramma's.

(iii) De fotograaf [betrokkene] (hierna: [betrokkene]) heeft op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma een fotoreportage gemaakt van [verweerster 3] (hierna: de foto's). In de desbetreffende overeenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

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

4. [[betrokkene]] machtigt [Sanoma] om in het kader van deze overeenkomst de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen. In het bijzonder is

[Sanoma] bevoegd om zelfstandig in rechte op te treden en schadevergoeding en winstafracht te vorderen (...).”

(iv) [betrokkene] heeft op 14 december 2011 aan Sanoma volmacht verleend hem te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van zijn uit voormelde opdracht voortvloeiende intellectuele eigendomsrechten.

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

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

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

(vii) Diezelfde dag is in het televisieprogramma Pownews gemeld dat de foto's voor publicatie waren uitgelekt en zijn enkele van de foto's getoond.

(viii) Eveneens op die dag is Telegraaf Media Nederland B.V. (hierna: TMG), het moederbedrijf van GS Media, namens Sanoma verzocht te voorkomen dat de foto's via GeenStijl zouden uitlekken.

(ix) Op 27 oktober 2011 stond op GeenStijl een bericht met als kop:

“Fucking uitgelekt! Naaktfoto's (...) [verweerster 3]”.

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

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

De lezer werd door middel van een klik op een hyperlink aangeduid met “HIERRR” doorgeleid naar Filefactory. Door het aanklikken van een volgende hyperlink werd een nieuw venster geopend. Dat venster bevatte de knop “DOWNLOAD NOW”. Door op die knop te klikken werd een zip-bestand geopend met elf pdf-bestanden die elk een van de foto's bevatten.

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

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

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

(xiii) Op GeenStijl stond op 7 november 2011 een bericht met de titel:

“Blote [[verweerster 3]] gaat GeenStijl aanklaguh”,

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

“Update: naaktpics [[verweerster 3]] nog niet gezien? Ze staan HIERRR”

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

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

“Bye Bye Zwaai Zwaai Playboy”.

(xv) Op het forum van GeenStijl plaatsten haar “reaguurders” nieuwe links naar andere websites waar de foto's te zien zouden zijn. [verweerster 3] zelf heeft op 1 november 2011 op Twitter een link geplaatst die leidde naar een Mexicaanse website waar de foto's zijn geplaatst. Ook die foto's zijn verwijderd.

(xvi) De foto's zijn in het decembernummer 2011 van Playboy gepubliceerd.

3.2.1 In deze procedure vorderen Sanoma c.s. onder meer verklaringen voor recht en aan GS Media op te leggen verboden en geboden met betrekking tot de hiervoor in 3.1 genoemde berichten en hyperlinks. Zij leggen daaraan ten grondslag dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks en van een uitsnede van een van de foto's bij de berichten inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [betrokkene] en op het portretrecht van [verweerster 3], en dat GS Media onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma c.s. De rechtbank heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het was van oordeel dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [betrokkene], omdat de foto's door de plaatsing op Filefactory al eerder openbaar waren gemaakt. Om dezelfde reden verwierp het hof het beroep van [verweerster 3] op haar portretrecht ten aanzien van de foto's. Wel achtte het hof de handelwijze van GS Media onrechtmatig jegens Sanoma c.s., omdat met het plaatsen de hyperlinks het GeenStijl-publiek in hoge mate werd gefaciliteerd en geënthousiasmeerd om de illegaal geplaatste, en zonder deze hyperlinks niet op eenvoudige wijze vindbare foto's te bekijken. Daarnaast was het hof van oordeel dat GS Media met het plaatsen van een uitsnede van een van de foto's op de website van GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [betrokkene], op de grond dat aldus een deel van het werk van [betrokkene] werd geciteerd zonder dat is voldaan aan de daarvoor geldende vereisten. Het beroep van [verweerster 3] op portretrecht ten

aanzien van de uitsnede wees het hof af op de grond dat de uitsnede niet het gelaat van [verweerster 3] toont. Het hof heeft overeenkomstig het voorgaande een deel van de vorderingen toegewezen.

#### 4 De principale en incidentele cassatieberoepen

Het door GS Media ingestelde principale beroep heeft betrekking op het oordeel van het hof dat GS Media met het plaatsen van een uitsnede van een van de foto's bij de berichtgeving over de foto's, inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [betrokkene], en op de toewijzing van daarop gegronde vorderingen (onderdelen I en II). Daarnaast richt het klachten tegen het oordeel van het hof dat het plaatsen van hyperlinks onrechtmatig was jegens Sanoma c.s. (onderdelen III-V).

Het door Sanoma c.s. ingestelde incidentele beroep heeft in hoofdzaak betrekking op het oordeel dat het plaatsen van hyperlinks niet als een openbaarmaking in auteursrechtelijke zin kan worden aangemerkt.

#### 5 Beoordeling van de onderdelen I en II in het principale beroep

5.1.1 Onderdeel I klaagt over het oordeel van het hof dat GS Media met het plaatsen van een uitsnede van een van de foto's bij de berichtgeving op haar website over de foto's inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [betrokkene].

5.1.2 Het hof heeft daarover in rov. 2.5.4 overwogen:

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

5.1.3 Het onderdeel betoogt, samengevat, dat het hof heeft miskend dat het eerst had moeten onderzoeken of de uitsnede een werk is en of sprake is van een relevante verveelvoudigings- of openbaarmakingshandeling, althans dat het zijn oordeel dat daarvan sprake is nader had moeten motiveren en bovendien niet voorbij had mogen gaan aan het bewijsaanbod van GS Media op dit punt (onderdelen I.2-I.3).

Onderdeel I.5 klaagt dat het hof een uitsnede uit de verkeerde foto heeft beoordeeld, namelijk die met roze badpak. GS Media hebben aangevoerd dat de foto met het roze badpak die is gebruikt op GeenStijl (prod. 36 Sanoma eerste pagina) juist geen uitsnede is uit de foto op p. 92 van de Playboy-reportage, mede omdat GS Media helemaal niet over die pagina beschikte (het lek hield een pagina eerder op). Nu hierop niet is gerespondeerd door Sanoma c.s. is

onbegrijpelijk dat het hof overweegt “dat GS Media erkent dat de foto met badkleding een uitsnede is van de foto”, “dat op GeenStijl een uitsnede van de foto’s met badkleding (hierna: de uitsnede) is getoond” (rov. 2.5.1) en dat “haar in badkleding gehulde buik” is getoond (rov. 2.6.3).

5.1.4 Bij de beoordeling van de onderdelen I.2-I.4 is het volgende van belang.

5.1.5 Het citaatrecht is een van de beperkingen op het uitsluitend recht van de maker op openbaarmaking en verveelvoudiging van zijn werk (art. 1 van de Auteurswet, hierna: Aw). Art. 15a Aw bepaalt dat als inbreuk op het auteursrecht op een werk niet wordt beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Daartoe behoort de voorwaarde dat het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar is gemaakt en dat, voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld. Deze bepaling komt overeen met art. 5 lid 3 onder d van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) en vindt haar basis in art. 10 lid 1 van de Berner Conventie. Onder ‘citeren’ dient in dit verband te worden verstaan: het overnemen van een deel van het werk in de context van een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel.

5.1.6 De onderdelen stellen terecht voorop dat aan de toetsing of is voldaan aan de voorwaarden voor het citaatrecht voorafgaat de vraag of met de vermelding van een deel van het werk inbreuk zou worden gemaakt op het auteursrecht op dat werk indien niet aan die voorwaarden wordt voldaan. Daartoe is vereist dat in het overgenomen deel van het werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van dat werk te herkennen zijn. Bij de beoordeling of dat het geval is, dient de context waarin die vermelding plaatsvindt te worden betrokken.

5.1.7 In het hiervoor in 5.1.2 aangehaalde oordeel van het hof ligt besloten dat in de uitsnede die het heeft beoordeeld de auteursrechtelijke trekken van het werk herkenbaar zijn. De klacht dat het hof heeft verzuimd daarover een oordeel te geven is dan ook ongegrond. Of dat oordeel in het licht van de stellingen van GS Media voldoende begrijpelijk is kan in het midden blijven, nu onderdeel I.5 terecht aanvoert dat het hof niet de juiste uitsnede heeft beoordeeld. Gelet op de stellingen van partijen zoals weergegeven in het onderdeel en de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1.4, volgt dat alleen de uitsnede zonder kleding afkomstig is uit een van de foto’s waarop de berichtgeving op GeenStijl betrekking had en ten aanzien waarvan Sanoma c.s. zich op het auteursrecht van [betrokkene] hebben beroepen. Na verwijzing zal dan ook, met inachtneming van hetgeen hiervoor in 5.1.5 en 5.1.6 is overwogen, alsnog moeten worden beoordeeld of in die uitsnede de auteursrechtelijk beschermde trekken van de foto waaruit de uitsnede afkomstig is herkenbaar zijn.

5.2.1 Onderdeel II is gericht tegen de verwerping door het hof van het betoog van GS Media dat de in art. 10 EVRM gewaarborgde uitingsvrijheid in de weg staat aan de handhaving van het beroep op het auteursrecht ten aanzien van de uitsnede.

5.2.2 Het hof heeft hierover in rov. 2.5.5 het volgende overwogen:

“2.5.5 GS Media betoogt dat in dit geval nog een belangenafweging moet plaatsvinden. Voor zover zij daarmee bedoelt dat een volledige afweging moet plaatsvinden tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht, is haar opvatting onjuist. Het recht op vrijheid

van meningsuiting is een hoogwaardig recht dat -zo volgt uit artikel 10 lid 2 EVRM- alleen kan worden onderworpen aan bij de wet voorziene beperkingen voor zover deze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het auteursrecht zoals geregeld in de Nederlandse Auteurswet is zo een beperking, die overigens weer wordt ingeperkt door het wettelijk citaatrecht. Slechts in uitzonderlijke gevallen, die ten aanzien van de onderhavige uitsnede zijn gesteld noch gebleken, kan worden aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht van een ander rechtvaardigt.”

5.2.3 Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte volstaan met het oordeel dat de nationale regelgeving van het auteursrecht voldoet aan de eisen die art. 10 lid 2 EVRM aan een beperking van het grondrecht stelt, en dient de rechter steeds voor het concrete geval dient te toetsen of een op het auteursrecht gebaseerde beperking op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving, in die zin dat voor deze beperking een dringende maatschappelijke noodzaak (pressing social need) aanwezig is en of deze beperking voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In elk geval heeft het hof met zijn oordeel dat slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht rechtvaardigt een onjuiste maatstaf aangelegd, omdat het auteursrecht en de uitingsvrijheid twee gelijkwaardige grondrechten zijn. Indien het hof een en ander niet heeft miskend is zijn oordeel in het licht van hetgeen GS Media over de wederzijdse belangen van partijen heeft gesteld zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Het belang van Sanoma c.s. is van onvoldoende gewicht om een verbod te kunnen rechtvaardigen.

5.2.4 Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat intellectuele eigendomsrechten deel uitmaken van het fundamentele recht op eigendom dat is gewaarborgd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

5.2.5 Onderdeel II.4 neemt terecht tot uitgangspunt dat de rechter, indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of in het concrete geval de handhaving van een intellectueel eigendomsrecht afstuit op een ander grondrecht. Weliswaar dient reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten te worden verzekerd, maar dat laat onverlet dat ook de rechter in een hem voorgelegd geschil, indien de stellingen van de aangesproken partij daartoe aanleiding geven, dient te onderzoeken of in de omstandigheden van het geval bij toewijzing van de gevraagde maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept (vgl. bv. HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, NJ 2012/479 (Scarlet/Sabam), HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel Wien) en EHRM 10 januari 2013, zaak 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (Ashby Donald e.a./Frankrijk)).

5.2.6 Anders dan het onderdeel veronderstelt, heeft het hof het voorgaande niet miskend. Het laat immers de mogelijkheid open dat de aan GS Media toekomende uitingsvrijheid aan de handhaving van het auteursrecht met betrekking tot de uitsnede in de weg staat. Onderdeel II.7 klaagt evenwel terecht dat het hof met zijn oordeel dat hiervan slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Of de uitingsvrijheid in een concreet geval behoort te prevaleren, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de uiting. In verband met dit laatste is van belang dat, wanneer het gaat om een commerciële uiting, het belang van degene die deze uiting doet in beginsel minder

zwaar weegt dan wanneer het een publicatie van algemeen maatschappelijk belang betreft (vgl. de hiervoor in 5.2.5 genoemde uitspraak in de zaak Ashby Donald e.a./Frankrijk).

5.2.7 Ook onderdeel II.9, dat klaagt dat het hof ten onrechte de door GS Media in dit verband gestelde omstandigheden niet kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken, slaagt.

## 6 Beoordeling van het incidentele beroep

6.1.1 In het incidentele beroep komen Sanoma c.s. op tegen het oordeel van het hof dat GS Media met het plaatsen van de hyperlinks de foto's niet ter beschikking heeft gesteld van het publiek.

6.1.2 Het hof heeft daarover overwogen:

“2.4.1 (...) Het hof gaat er (...) vanuit dat de foto's door een onbekende derde (of derden) zonder recht of titel op Filefactory, Imageshack en andere websites, zijn geplaatst.

(...)

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

(...)

2.4.7 Indien, zoals Sanoma c.s. stelt maar GS Media betwist, de door een gebruiker op Filefactory geplaatste bestanden inderdaad volmaakt privé blijven, kan door de enkele plaatsingshandeling niet worden gesproken van ter beschikking stellen aan het publiek. Dat kan anders zijn indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend maakt of indien een ander dat doet. Doch daarvoor dient eerst te komen vast te staan dat de inhoud van de bij Filefactory opgeslagen bestanden inderdaad onvindbaar en onbereikbaar is voor het publiek, zoals Sanoma c.s. stellen. Nu GS Media die stelling voldoende gemotiveerd heeft bestreden, ligt het op de weg van Sanoma c.s. bewijs te leveren van hun stelling. Sanoma c.s. hebben geen bewijs laat staan specifiek bewijs, zoals in hoger beroep wordt verlangd- van hun stelling aangeboden. Dat betekent dat hun stelling onbewezen blijft. Derhalve is niet komen vast te staan dat de foto's op Filefactory volmaakt privé zijn gebleven, zodat het hof er daarom vanuit moet gaan dat een derde de foto's heeft geopenbaard door deze op Filefactory te plaatsen en dat GS Media, hoewel zij de toegang tot de foto's tot op zekere hoogte heeft gefaciliteerd (zie hieronder 2.7.3) niet aan het publiek daartoe een nieuw toegangskanaal heeft verschaft en derhalve geen interventie heeft gepleegd in de zin van de jurisprudentie van het HvJEU. Een onderzoek naar de plaatsing van de foto's op Imageshack en andere websites waar de foto's konden worden bekeken, kan verder onbesproken blijven.”

6.1.3 Het middel betoogt, onder verwijzing naar het arrest HvJEU van 13 februari 2014 (zaak C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (Svensson)), in de kern dat ook sprake is van een mededeling



aan het publiek indien wordt gelinkt naar een website waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende is geplaatst, al dan niet in samenhang met de omstandigheid dat het werk in het geheel nog niet eerder met toestemming van de rechthebbende openbaar is gemaakt. Daarnaast wordt betoogd dat het hof ten onrechte essentiële stellingen van Sanoma heeft gepasseerd waaruit zou volgen dat er beperkingsmaatregelen in de zin van rov. 31 van het arrest Svensson waren getroffen, die door gebruikers van GeenStijl omzeild konden worden door de interventie van GS Media. Daardoor zijn de gelekte foto's beschikbaar gesteld aan een ruimer publiek dan het publiek waarvoor de foto's in de "digitale kluis" werden geplaatst; althans werden deze foto's daardoor ontsloten aan een publiek dat deze foto's zonder die interventie niet (op eenvoudige wijze) had kunnen vinden en dus voor die categorie onbereikbaar zou zijn gebleven. Tot slot bevat het middel klachten over de stelplicht en bewijslast met betrekking tot een en ander.

6.2.1 Het in art. 12 Aw neergelegde openbaarmakingsbegrip omvat onder meer het begrip 'mededeling aan het publiek' als bedoeld in art. 3 van de Auteursrechtlijn. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU moet, om te kunnen spreken van een mededeling aan het publiek, een interventie plaatsvinden waardoor een onbepaald publiek van vrij grote omvang wordt bereikt of kan worden bereikt, voor zover dat publiek nieuw is, dat wil zeggen niet is ingecalculeerd bij een eerdere voorafgaande mededeling aan het publiek. Daarnaast is sprake van een mededeling aan het publiek in geval van wederdoorgifte (aan hetzelfde publiek) via een andere techniek die niet slechts op ontvangstverbetering ziet. Het hebben van een winst oogmerk kan hierbij van belang zijn, maar is niet doorslaggevend.

6.2.2 Met betrekking tot het plaatsen van aanklikbare links (hyperlinks) heeft het HvJEU in de zaak Svensson, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, het volgende overwogen:

"14. Met zijn eerste drie vragen, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek in de zin van die bepaling wanneer op een website aanklikbare links worden geplaatst naar beschermde werken die op een andere website beschikbaar zijn, met dien verstande dat de betrokken werken op die andere website vrij toegankelijk zijn.

15. Dienaangaande vloeit uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort dat elke handeling bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek moet worden toegestaan door de houder van het auteursrecht.

16. Aldus volgt uit deze bepaling dat het begrip mededeling aan het publiek twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, te weten een „handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek” (zie in die zin arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a., C 607/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 21 en 31).

(...)

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

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

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

21. Wat het tweede van bovengenoemde elementen betreft, te weten dat het beschermde werk daadwerkelijk aan een „publiek” moet zijn medegedeeld, vloeit uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort dat het begrip „publiek” waarnaar deze bepaling verwijst, op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert (reeds aangehaalde arresten SGAE, punten 37 en 38, en ITV Broadcasting e.a., punt 32).

22. Een handeling bestaande in een mededeling zoals die welke door een websitebeheerder wordt verricht via aanklikbare links, ziet op alle potentiële gebruikers van de door deze persoon beheerde website, en dus op een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers.

23. In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat die beheerder een mededeling aan een publiek verricht.

24. Evenwel blijkt uit vaste rechtspraak dat een mededeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die dezelfde werken als de oorspronkelijke mededeling betreft en net als de oorspronkelijke mededeling via internet en dus op dezelfde technische wijze werd verricht, slechts onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 valt wanneer deze mededeling gericht is tot een nieuw publiek, te weten een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (zie naar analogie, arrest SGAE, reeds aangehaald, punten 40 en 42; beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C 136/09, punt 38, en arrest ITV Broadcasting e.a., reeds aangehaald, punt 39).

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

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

27. In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat, wanneer alle gebruikers van een andere website aan wie de betrokken werken werden medegedeeld via een aanklikbare link, rechtstreeks toegang hadden tot deze werken op de website waarop deze oorspronkelijk werden medegedeeld, zonder interventie van de beheerder van die andere website, de gebruikers van de door deze laatste beheerde website moeten worden beschouwd als

mogelijke ontvangers van de oorspronkelijke mededeling en dus als een onderdeel van het publiek dat door de houders van het auteursrecht in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling.

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

(...)

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

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

6.2.3 Wat betreft het vereiste van een nieuw publiek is enerzijds van belang dat daaronder volgens het HvJEU moet worden verstaan een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (rov. 24 en 31). Anderzijds heeft het HvJEU het antwoord op de gestelde vraag aldus geformuleerd dat het erom gaat of het werk waarnaar wordt gelinkt op een andere website vrij beschikbaar is, zonder te preciseren of noodzakelijk is dat de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor deze eerdere beschikbaarstelling. In dat verband is van belang dat de zaak Svensson zag op werken die eerder met toestemming van de rechthebbenden op een andere website waren gepubliceerd, zodat de vraag of sprake is van nieuw publiek wanneer die toestemming ontbreekt, niet aan de orde was.

6.2.4 In de zaak BestWater (HvJEU 21 oktober 2014, zaak C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315) ging het om een volgens BestWater zonder toestemming door derden op Youtube geplaatst reclamefilmje van BestWater, waarnaar vervolgens ‘embedded’ werd gelinkt door haar concurrenten. De toegang tot het filmje op Youtube was niet beperkt. Vanwege dit laatste stelde het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsuitspraak voorop dat geen sprake was van een nieuw publiek. Het wilde weten of desalniettemin sprake is van een mededeling aan het publiek omdat gebruik werd gemaakt van ‘embedded’ linken. Anders dan bij een gewone hyperlink, wordt bij ‘embedded’ linken de informatie getoond binnen de website waar de link is geplaatst. Het HvJEU overwoog onder meer:

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

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

Het Hof antwoordt vervolgens op de gestelde vraag dat het ‘embedded’ linken niet als mededeling aan het publiek is te beschouwen wanneer het werk waarnaar wordt gelinkt daardoor noch voor een nieuw publiek, noch door middel van een bijzondere techniek wordt weergegeven:

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

Hoewel het in deze zaak ging om een zonder toestemming van de rechthebbende openbaar gemaakt werk, kan uit het antwoord op de gestelde vraag niet worden afgeleid dat (ook) geen sprake kan zijn van een mededeling aan het publiek indien de link het publiek doorgeleid naar een website waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende is geplaatst. Daarop had de vraag ook geen betrekking. Bovendien refereert het Hof aan toestemming van de rechthebbende waar het in punt 16 overweegt dat geen sprake is van een nieuw publiek indien het werk met toestemming van de rechthebbende op een andere website is geplaatst. Daaruit kan evenwel evenmin met voldoende zekerheid worden afgeleid dat bij gebreke van zodanige toestemming wél sprake is van een mededeling aan het publiek.

6.2.5 Uit het voorgaande volgt dat de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek indien het werk weliswaar eerder is openbaar gemaakt, maar zonder toestemming van de rechthebbende, niet zonder redelijke twijfel kan worden beantwoord. Enerzijds ligt aan de rechtspraak van het HvJEU over het begrip ‘mededeling aan het publiek’ ten grondslag dat moet worden nagegaan of met de desbetreffende interventie een publiek wordt bereikt dat niet in eerder door de rechthebbende gegeven toestemming begrepen moet worden geacht, hetgeen strookt met het exclusieve recht van de rechthebbende om het werk te exploiteren. Anderzijds wordt, indien een werk reeds vindbaar is op het internet voor het algemene publiek, met het plaatsen van een hyperlink naar die vindplaats feitelijk geen nieuw publiek bereikt. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat via het internet zeer veel werk te vinden is dat zonder toestemming van de rechthebbende is openbaar gemaakt. Voor de exploitant van een website zal het niet steeds eenvoudig zijn om, wanneer hij beoogt een hyperlink naar een

vindplaats van een werk te plaatsen, na te gaan of de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de eerdere plaatsing van dat werk.

Zoals hiervoor is overwogen, kan het antwoord op voormelde vraag evenmin met voldoende zekerheid worden afgeleid uit de uitspraken van het HvJEU in de zaken Svensson en BestWater. De Hoge Raad zal hierover dan ook een prejudiciële vraag aan het HvJEU stellen.

6.3.1 Het middel in het incidentele beroep stelt tevens de vraag aan de orde onder welke voorwaarden kan worden gesproken van ‘beperkingsmaatregelen’ als bedoeld in het arrest Svensson (punt 31).

6.3.2 Het hof heeft daarover overwogen dat, indien de door een gebruiker op Filefactory geplaatste bestanden volmaakt privé blijven, door de enkele plaatsingshandeling niet kan worden gesproken van ter beschikking stellen aan het publiek, maar dat dit anders kan zijn indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend maakt of indien een ander dat doet. Nu GS Media gemotiveerd heeft betwist dat de inhoud van de bij Filefactory opgeslagen bestanden onvindbaar en onbereikbaar is voor het publiek en Sanoma c.s. ter zake geen bewijs hebben aangeboden, is niet komen vast te staan dat de foto’s op Filefactory volmaakt privé zijn gebleven. Volgens het hof is dus uitgangspunt dat GS Media niet aan het publiek daartoe een nieuw toegangskanaal heeft verschaft en derhalve geen interventie heeft gepleegd in de zin van de jurisprudentie van het HvJEU. (Rov. 2.4.7, hiervoor in 6.1.2 aangehaald).

6.3.3 De in onderdeel 2.6 geformuleerde klacht dat het hof in dit verband een aantal essentiële stellingen heeft gepasseerd, faalt. In het oordeel van het hof ligt besloten dat het de in het onderdeel genoemde stellingen in zijn beoordeling heeft betrokken, maar heeft verworpen op de grond dat zij niet aannemelijk zijn geworden.

Het onderdeel klaagt daarnaast tevergeefs over het oordeel dat de bewijslast terzake op Sanoma c.s. rust. Het is immers aan de rechthebbende om te stellen en zo nodig te bewijzen dat sprake is geweest van een aan de auteur voorbehouden handeling, in dit geval een nieuwe openbaarmaking. Ten slotte is het oordeel van het hof evenmin onbegrijpelijk. Daarbij is in het bijzonder van belang dat, anders dan in het onderdeel wordt gesteld, GS Media gemotiveerd heeft betwist, en dus niet vaststaat, dat de accesslink en het bestand op Filefactory niet geïndexeerd werden door zoekmachines. Ook onderdeel 2.7 faalt dus.

6.3.4 Gelet op het voorgaande is uitgangspunt dat de foto’s voorafgaand aan de plaatsing van de hyperlinks door GS Media niet onvindbaar waren. Uitgangspunt is echter ook dat de foto’s niet op eenvoudige wijze vindbaar waren. Het hof heeft daarover overwogen:

“2.7.3 (...)”

Uit niets blijkt dat het geenstijlpubliek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden. Het plaatsen van de hyperlink had derhalve in hoge mate een faciliterend karakter (...)”

6.3.5 De klachten van het incidentele middel stellen aan de orde of – indien niet reeds sprake was van een interventie waardoor de foto’s aan een nieuw publiek werden medegedeeld doordat [betrokkene] geen toestemming had gegeven voor de plaatsing van de foto’s op Filefactory (en de foto’s ook anderszins niet eerder met diens toestemming openbaar waren gemaakt) – het in hoge mate faciliteren van de anderszins niet eenvoudig vindbare foto’s,

door het plaatsen van hyperlinks naar de precieze URL, moet worden aangemerkt als de omzeiling van beperkingsmaatregelen als bedoeld in het arrest Svensson, respectievelijk een interventie waardoor de foto's niettemin aan een nieuw publiek zijn medegedeeld. Nu deze vraag evenmin zonder redelijke twijfel te beantwoorden is, zal de Hoge Raad ook daarover een prejudiciële vraag aan het HvJEU stellen.

7. Omschrijving van de feiten en uitgangspunten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 vermelde feiten en uitgangspunten, waarvan in dit geval moet worden uitgegaan.

## 8 Vragen van uitleg

De vragen van uitleg van Unierecht waarvan de Hoge Raad beantwoording door het HvJEU nodig acht voor zijn beslissing op het cassatieberoep, zijn de volgende:

1.a Is sprake van een 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende door middel van een hyperlink op een door hem beheerde website verwijst naar een door een derde beheerde, voor het algemene internetpubliek toegankelijke website, waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld?

1.b Maakt het daarbij verschil of het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?

1.c Is van belang of de 'hyperlinker' op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor de plaatsing van het werk op de bij 1.a genoemde website van de derde en, in voorkomend geval, van de omstandigheid dat het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?

2.a Indien het antwoord op vraag 1.a ontkennend luidt: is in dat geval wél sprake van een mededeling aan het publiek, of kan daarvan sprake zijn, indien de website waarnaar de hyperlink verwijst, en daarmee het werk, voor het algemene internetpubliek weliswaar vindbaar is, maar niet eenvoudig, zodat het plaatsen van de hyperlink het vinden van het werk in hoge mate faciliteert?

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

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

## 9 Beslissing

De Hoge Raad:

in het incidentele beroep:

verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor in 8. geformuleerde vragen van uitleg uitspraak te doen;

in het principale beroep en in het incidentele beroep:

houdt iedere verdere beslissing aan;

schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Sniijders en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 3 april 2015.