



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het 'embedden' van een You Tube-filmpje op een Hyves-pagina.

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2010). Het 'embedden' van een You Tube-filmpje op een Hyves-pagina. *Mediaforum*, 1, 12-16. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15945>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15945>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



Het 'embedden' van een YouTube-filmpje op een Hyves-pagina

Is het 'embedden' van een YouTube¹-filmpje op een Hyves²-pagina aan te merken als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking, waardoor Buma er geld voor kan vragen? Deze vraag werd begin oktober 2009 actueel toen Buma aankondigde voor deze vorm van 'muziekgebruik' te gaan heffen,³ een voornemen dat zij binnen een week onder politieke en publicitaire druk weer introk.⁴ In deze bijdrage wordt deze vraag onderzocht. Uiteraard zijn YouTube, Hyves en Buma slechts (bekende) voorbeelden en kan dezelfde vraag gesteld worden voor alle websites waarop zonder toestemming van rechthebbenden of hun organisaties 'embedded' materiaal van andere websites is opgenomen.

Dirk Visser*

Wat is 'embedden'?

Met 'embedden' wordt hier bedoeld het plaatsen van een filmpje op een website door een automatische verbinding te maken naar een andere plaats op het internet waar dat filmpje al staat en daar door iemand anders (al dan niet met toestemming van de rechthebbende) opgezet is. 'Embedden' lijkt op het plaatsen van een hyperlink. Ook een hyperlink is een automatische verbinding naar informatie die elders op internet staat. Het verschil is dat bij embedden de informatie (in dit geval het filmpje) na aanklikken wordt vertoond *binnen* de website waarop de automatische verbinding 'embedded' is, terwijl bij een (normale) hyperlink de internetgebruiker de website waar de link op staat verlaat en 'gaat naar' de website waar naar wordt gelinked. Bij een 'embedded' filmpje 'verlaat' de gebruiker de site waarop het filmpje 'embedded' is dus niet. Omschrijvingen als 'gaan naar' en wel of niet 'verlaten' zijn natuurlijk metafoeren voor wat er gevoelsmatig gebeurt voor de gebruiker. Bij embedded informatie lijkt het voor de gebruiker alsof hij blijft op de website van de aanbieder en de gebruiker kan niet direct zien dat de informatie eigenlijk op een andere website staat.

Wat is openbaar maken?

'Openbaar maken' is een handeling waarvan sinds 1912 in de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet vastligt dat de maker van een 'werk' ('van letterkunde wetenschap of kunst') deze kan verbieden of tegen een vergoeding toestaan. Het begrip 'open-

baar maken' is in Nederland traditioneel ruim en open. Artikel 12 Auteurswet noemt een aantal vormen van openbaar maken, maar de opsomming in dat artikel is niet limitatief.

Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder het 'openbaar maken', waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentiële is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan.⁵

De vorm van openbaar maken waar het in deze bijdrage om gaat, het beschikbaar stellen via internet, wordt niet genoemd in artikel 12 Auteurswet, maar is wél, vermoedelijk zelfs volledig (dus 'maximaal') geharmoniseerd door een Europese richtlijn, de Auteursrecht-richtlijn.

Artikel 3 lid 1 van die richtlijn luidt als volgt:

De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

Bij beschikbaar stellen via internet gaat het (meestal) om 'de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn'.⁶

* Prof. mr D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat te Amsterdam (Klos Morel Vos & Schaap).

1 YouTube is een website waar iedereen films op kan plaatsen, zie www.youtube.com/t/factsheet.

2 Hyves is een sociaal-netwerk-website, zie www.hyves.nl.

3 Zie persbericht Buma/Stemra van 1 oktober 2009: www.bumastemra.nl/nl-NL/Pers/Persberichten/brochuredigitarieven.htm

4 Persbericht: 'Buma/Stemra komt internetgebruikers tegemoet. Hoofddorp, 9 oktober 2009 – Buma/Stemra behartigt de belangen van auteurs en componisten van muziek. Deze beroepsgroep is verheugd over de toename van het gebruik van hun repertoire op het internet maar moet vaststellen dat daar vaak geen redelijke vergoedingen tegenover staan. Tegen die achtergrond heeft Buma/Stemra op 1 oktober [2009] haar tarieven voor 2010 gepubliceerd voor gebruik van muziek op het internet. Onderdeel daarvan was het tarief voor niet-bedrijfsmatig muziekgebruik door middel van zgn. embedded files. Dit

onderdeel van het tarief heeft tot grote commotie geleid bij een breed publiek en in de volksvertegenwoordiging. Deze commotie heeft Buma/Stemra niet onberoerd gelaten. Buma/Stemra heeft na overleg binnen haar branche organisatie, VOICE, besloten om het tarief voor niet-bedrijfsmatig gebruik van muziek in embedded files niet ten uitvoer te brengen (zoals particuliere profielen op sociale netwerken)'. Bron: www.bumastemra.nl/nl-NL/Pers/Persberichten/BS+komt+tegemeet.htm

5 Memorie van Toelichting 1912 bij art. 12 Aw, Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, p. 12.3.

6 Er bestaat ook 'streaming' aanbod op internet, zoals bij internetradio, waarbij de gebruiker de 'stream' alleen maar aan of uit kan zetten en niet zelf kan bepalen wanneer de 'uitzending' begint, maar bij de meeste internettoepassingen kan de gebruiker wel zelf bepalen wanneer hij begint met kijken, luisteren of downloaden.



Deze vorm van openbaar maken is vermoedelijk volledig Europees geharmoniseerd⁷ en de vraag of het ‘embedden’ van een YouTube-filmpje op Hyves aan te merken is als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking zal uiteindelijk dan ook moeten worden beslist door het Hof van Justitie der EG.

Overigens wordt de uitleg van deze Europese richtlijn bepaling weer beheerst door hogere regelgeving, te weten art. 8 van WIPO Auteursrechtverdrag en artikelen 11 en 11bis van de Berner Conventie, maar de hoogste uitleg-rechter daarvoor in Europa is ook het Hof van Justitie der EG in Luxemburg.

Het enige arrest over de uitleg van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn dat tot nu toe is gewezen door het Hof van Justitie der EG ging over de vraag of kabeldoorgifte van televisieprogramma's naar hotelkamers een aparte, nieuwe openbaarmaking oplevert.⁸ Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend. Op de betekenis van dit arrest voor het ‘embedden’ van filmpjes op websites zal hieronder worden ingegaan.

Bij de vraag waar het in deze bijdrage om gaat, zou overigens eigenlijk de Europese begrippen ‘mededeling aan het publiek’ en ‘beschikbaarstelling voor het publiek’ gebruikt moeten worden. Het blijft in Nederland echter vooralsnog gebruikelijk om te spreken van ‘openbaar maken’.

Secundair openbaar maken

In het auteursrecht bestaat naast (primaire) openbaar maken de figuur van het ‘secundair openbaar maken’. ‘Secundair openbaar maken’ is het openbaar maken door een ‘ander organisme’ van iets dat op hetzelfde moment door een eerste primaire openbaarmaker, bijvoorbeeld een radio- of televisieomroep, primair openbaar wordt gemaakt. De bekendste vormen van secundair openbaar maken zijn de ‘radio in het café’ en de kabeldoorgifte van radio- en televisieprogramma's. De bovengenoemde ‘hotelkamerdoorgifte’ valt er ook onder. Het gaat meestal om het ‘gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte’ doorgeven of laten horen of vertonen ‘van een in een radio- of televisieprogramma’ opgenomen werk. Daarvan wordt aangenomen dat het een secundaire openbaarmaking is waar toestemming van en/of betaling aan de rechthebbenden nodig is.

In de zaak over de hotelkamerdoorgifte onderbouwde het HvJ EG zijn beslissing onder andere als volgt:

7 Dit valt af te leiden uit de arresten *Rafael Hoteles* (HvJ EG 7 december 2006, *Mediaforum* 2007-2, nr. 5 m.nt. D.J.G. Visser) en *Infopaq* (HvJ EG 16 juli 2009, *AMI* 2009/5, nr. 20 m.nt. K.J. Koelman) en het arrest *Chellomedia* (HR 19 juni 2009, B9 7976).

8 HvJ EG 7 december 2006, *Mediaforum* 2007-2, nr. 5 m.nt. D.J.G. Visser.

9 R.o. 40-41.

10 Dit soort cirkels zien wij helaas vaker in het (auteurs)recht. In zijn arrest *Malmberg/Beeldrecht; Zienderogen Kunst* (HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268) oordeelde de Hoge Raad: Aangenomen moet worden ‘dat het recht om te citeren, [...] zijn begrenzing mede hierin vindt dat de opname “in het verband van de tekst” niet wezenlijk afbreuk mag doen aan de door het auteursrecht beschermde belangen van de rechthebbende ter zake van de hiervoor bedoelde exploitatie van het betreffende werk. Voor een geval als het onderhavige – waarin het gaat om reproducties van gehele werken van beeldende kunst – laat zich dit aldus concretiseren dat het aankomt op de vraag of de reproducties van de kunstwerken een zodanig ondergeschikt onderdeel van die tekst vormen dat de door de opname in die tekst tot stand gebrachte verveelvoudiging redelijkerwijs niet meer als een vorm van exploitatie van die werken kan worden beschouwd.’ (r.o.

Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek.

Zoals is uiteengezet in de gids van de Berner Conventie, een interpretatief document dat door de WIPO is opgesteld en dat, hoewel het geen bindende rechtskracht heeft, niettemin aan de uitlegging van deze conventie bijdraagt, heeft de auteur, wanneer hij in de radio-uitzending van zijn werk toestemt, slechts het oog op de directe consumenten, dat wil zeggen de bezitters van ontvangsttoestellen die, individueel of in hun privé- of gezinssfeer, de uitzendingen ontvangen. Zodra die ontvangst ten behoeve van een veel groter gehoor geschiedt, en soms om er voordeel uit te halen, kan een nieuw gedeelte van het publiek het werk horen of zien en is de mededeling van de uitzending door luidsprekers of andere dergelijke instrumenten volgens deze gids niet meer de eenvoudige ontvangst van de uitzending zelf, maar een zelfstandige handeling waarmee het uitgezonden werk aan een nieuw publiek wordt medegedeeld. Zoals de betrokken gids preciseert, geldt voor deze openbare ontvangst weer het uitsluitende recht van de auteur om toestemming te verlenen.⁹ (onderstreping toegevoegd)

Je zou de vraag kunnen stellen of het ‘embedden’ van een YouTube-filmpje op Hyves misschien geschiedt ‘ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek’. Heeft een auteur die toestemming geeft voor een filmpje op YouTube ‘slechts het oog op de directe consumenten, dat wil zeggen’ consumenten die de website van YouTube zelf bezoeken?

Is het ‘embedden’ op een Hyves-pagina ‘een zelfstandige handeling waarmee het uitgezonden werk aan een nieuw publiek wordt medegedeeld’? Als het antwoord op de vraag of van een ‘nieuw publiek’ (en dus van een openbaarmaking) sprake is afhankelijk is van waar ‘de auteur’ ‘het oog op heeft gehad’ toen hij toestemming gaf, is er uiteindelijk sprake van een cirkel-redenering. De auteur heeft immers ‘het oog op’ de handeling die onder zijn verbodsrecht valt. Als wat onder zijn verbodsrecht valt, afhankelijk is van waar hij ‘het oog op heeft’, draaien we in een kringetje rond.¹⁰

Is hyperlinken openbaar maken?

Omdat embedden op hyperlinken lijkt, is het nuttig te onderzoeken hoe hyperlinken auteursrechtelijk wordt gekwalificeerd.¹¹ Vrij algemeen wordt zowel in de literatuur¹² als in de

3.2). Het citaatrecht is een beperking van het exploitatierecht. Daarom kan een citaat niet geëxploiteerd worden. Een citaat is toelaatbaar als het geen exploitatie is.

11 Zie voor een recent internationaal overzicht: A. Strowel en V. Hanley, ‘Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks’, in: A. Strowel (red.) *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 71-109.

12 Zie bijvoorbeeld: Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3^e druk 2005, nr. 4.13, R.D. Chavannes, ‘Hype of echt link?’, *JAVI* 2003, p. 2-10, M. de Cock Buning en M. Vermeer, ‘Hyperlinks en metatags; meelifen in cyberspace’, *CR* 1999, p. 166, P.B. Hugenholtz, *Handelingen NJV* 1998-I, p. 212-213 en *Handelingen NJV* 1998-II, p. 93, D.J.G. Visser, ‘The Economic Rights Involved. Report on the Netherlands’, in: M. Dellebeke (ed.), *Copyright in cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1997, p. 127.

Anders: H. Struik in zijn noot onder *Zoekalhuizen*, *CR* 2006, 73 (p. 166) en G. Brunt en M.H.M. Schellekens, ‘Auteursrecht in DigiWorld’, in: S.J.H. Gijrath e.a. (red.), *Intellectueel eigendom in digitaal perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samson 1996, p. 35-36.

rechtspraak¹³ aangenomen dat gewoon hyperlinks, inclusief het zogenaamde deeplinken naar achterliggende pagina's, *niet* als (secundair) openbaar maken in de zin van het auteursrecht moet worden gezien, in ieder geval als het gaat om hyperlinks naar informatie die met toestemming van de rechthebbende op internet is gezet.

*Ein Link ist lediglich eine elektronische Verknüpfung der den Link enthaltenden Datei mit einer anderen in das Internet eingestellten Datei. Erst wenn der Nutzer den Link anklickt, um diese Datei abzurufen, kann es zu einer urheberrechtlichen Vervielfältigung – im Bereich des Nutzers – kommen.*¹⁴

De belangrijkste reden daarvoor is dat wanneer iemand toestemming geeft om zijn werk op internet te zetten, hij kan en moet weten en accepteren dat hij zich daarmee onderwerpt aan de technische gegevens en voordelen van internet, namelijk dat er door anderen naar wordt 'gehyperlinked'.

*'Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann. Es wird deshalb grundsätzlich kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links) erleichtert wird.'*¹⁵

Hyperlinks is immers één van de belangrijkste kenmerken en succesfactoren van internet (samen met zoekmachines). Als je je daar niet aan wilt onderwerpen, moet je maar geen toestemming geven je werk op internet te zetten.

Het is ook mogelijk te verdedigen dat een hyperlink wél een openbaarmaking is, maar dat degene die toestemming geeft om iets op internet zetten, ook *impliciet toestemming* geeft voor het er naar hyperlinks.¹⁶ Het nadeel daarvan is echter dat dan de vraag rijst of die impliciete toestemming weer door een (*expliciete*) *aankondiging van het tegendeel* kan worden geneutraliseerd: moet een 'hyperlink-verbod' in algemene voorwaarden, op een homepage of in de metadata van een website worden gerespecteerd? Dat is een interessante, belangrijke en heel lastige vraag, die ik geneigd ben in beginsel ontkennend te beantwoorden, maar waar hier verder niet op ingegaan wordt.¹⁷

De vraag of door het hyperlinks een 'nieuw publiek' wordt bereikt (in de zin van het hotelkamerdoorgifte-arrest) waarvoor er sprake zou kunnen zijn van secundair openbaar maken, is bij mijn weten in de rechtspraak en literatuur (nog) niet of nauwelijks aan de orde geweest.

Ook ten aanzien van het hyperlinks naar informatie die *niet* met toestemming van de rechthebbende op internet is gezet, wordt meestal aangenomen dat het toch *niet* als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking is aan te merken. Hyperlinks

naar informatie waarvan je weet of redelijkerwijs kan weten dat die informatie zonder toestemming van de rechthebbende op internet is gezet, wordt echter meestal wel *onrechtmatig* geacht en kan door de rechthebbende worden verboden. Het verschil tussen een kwalificatie als openbaar maken, dus als auteursrechtinbreuk, of als onrechtmatig handelen is belangrijk. Als iets auteursrechtelijk relevant is, kan Buma er een vergoeding voor vragen, als het onrechtmatig is kan het wel worden verboden, maar kan Buma er geen geld voor vragen.

Over 'in-line linken' of 'framed linken', wat eigenlijk hetzelfde is als 'embedden', kan echter anders worden gedacht.¹⁸ Bij deze vorm van linken kan de gebruiker niet zien dat de informatie, bijvoorbeeld een afbeelding of een ander deel van een andere website, niet op de website van de aanbieder maar elders staat. Het internetadres, de URL, bovenaan de pagina blijft namelijk hetzelfde. Juist omdat bij de internetgebruiker de indruk kan ontstaan dat de aanbieder van de link de aanbieder van de informatie zelf is, zou men er voor kunnen kiezen om deze vorm van linken wél als openbaar maken aan te merken. Een functionele benadering van het openbaarmakingsrecht, dat ook nog de zogenaamde secundaire openbaarmaking kent, zou er toe kunnen leiden dat deze vorm van linken wel auteursrechtelijk relevant is. In een enkel geval heeft een lagere rechter in Nederland ook geoordeeld dat sprake was van auteursrechtinbreuk.¹⁹ Door het potentieel misleidende karakter ervan zal het in veel gevallen onrechtmatig zijn.²⁰

Filmpjes op YouTube

Voordat we toekomen aan de vraag of het embedden op andere sites van filmpjes op YouTube mag, moet bekeken worden wat de status is van de filmpjes op YouTube zelf. Er kan geen twijfel over bestaan dat het plaatsen van een filmpje op YouTube is te kwalificeren als een auteursrechtelijke openbaarmaking (of 'beschikbaarstelling voor het publiek'). Er is bij YouTube zonder twijfel sprake van beschikbaarstelling voor een enorm en 'onbepaald aantal potentiële kijkers', zoals bij iedere beschikbaarstelling op het Internet.

De filmpjes worden op YouTube geplaatst door eveneens een enorm aantal mensen. Dat maakt voor de auteursrechtelijke status verder niet uit. Veel mensen plaatsen filmpjes die zij zelf hebben gemaakt en wanneer daarin geen auteursrechtelijk beschermd werk van anderen is te zien of te horen, is er auteursrechtelijk geen enkel probleem: de maker stelt dan immers zijn eigen werk beschikbaar voor het publiek. Maar er zijn ook veel mensen die filmpjes op YouTube zetten die ze niet zelf hebben gemaakt, maar hebben opgenomen of gekopieerd uit films of televisieprogramma's. Dat doen ze meestal zonder toestemming van de rechthebbenden op het originele beeldmateriaal. Er is geen twijfel over mogelijk dat dat naar huidige recht een schending van het auteursrecht oplevert. Het feit dat

13 Hof Arnhem 4 juli 2006, AMI 2007/3, nr. 12 m.nt. K.J. Koelman (*Zoekalleguizen.nl*) en Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, AMI 2000/10, p. 207 m.nt. Koelman, CR 2000, p. 259 m.nt. H. Struik, LfJ AA6826, IER 2000, nr. 55, p. 268 m.nt. EJA, Mediaforum 2000-10, nr. 61, m.nt. T.F.W. Overdijk (*Kranten.com*). Hof 's-Gravenhage 21 december 2000, CR 2001, p. 89 m.nt. H. Struik, Mediaforum 2001-3, nr. 11 m.nt. M.M.M. van Eechoud, op andere gronden gecasseerd door HR 22 maart 2002, NJ 2003, 149 (NVM/Telegraaf).

14 Aldus het Bundesgerichtshof in zijn *Paperboy*-arrest. BGH 17 juli 2003, I ZR 259/00, o.a. vindbaar op www.bundesgerichtshof.de.

15 BGH 17 juli 2003, I ZR 259/00 (*Paperboy*).

16 Zie bijvoorbeeld H. Struik in zijn noot onder *Zoekalleguizen*, CR 2006, 73 (p. 166).

17 Zie ten aanzien van de vergelijkbare en even lastige vraag ten aanzien van zoek-

machines en impliciete toestemming: D.J.G. Visser, 'Doorzoekalleguizen.nl', in: N.A.N.M. van Eijk en P.B. Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel*, Otto Cramwinckel 2008, p. 360-363.

18 M. de Cock Buning en M. Vermeer, 'Hyperlinks en metatags, meelifen in cyberspace', *Computerrecht* 1999/4, p. 166-173.

19 Zie bijvoorbeeld, niet erg uitgebreid gemotiveerd: Rb. Haarlem, sector kanton, 5 september 2007, LfJ BB3144, B9 18526. En, vermoedelijk tevens moreel-rechtelijk getint: Rb. Rotterdam 2 september 2004, LfJ AT4681, 549726, *Eiser/Stichting Nieuw Rechts*.

20 Zie bijvoorbeeld: P.B. Hugenholtz, *Handelingen NJV 1998-I*, p. 213 en: Th. Hoeren, 'Cybermanners und Wettbewerbsrecht – Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet', *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1997-11, p. 996.

zij dit (vaak) doen zonder commercieel oogmerk of vanuit allerlei nobele motieven of omdat het reclame oplevert voor hun idool, doet niet ter zake. Ook worden er veel filmpjes gemaakt die mensen wel zelf hebben gemaakt, maar waarin werk van anderen te zien of te horen is. Bijvoorbeeld een bandje dat een filmpje maakt van een uitvoering van een bekend pop-nummer en dat op YouTube plaatst. Als zij dat pop-nummer niet zelf hebben gecomponeerd, schenden zij met het plaatsen van dat filmpje op YouTube naar huidig recht zonder enige twijfel het auteursrecht van de componist. Inmiddels zijn er ook veel rechthebbenden, waaronder platenmaatschappijen, die zelf originele videoclipps op YouTube zetten.²¹ Daar is auteursrechtelijk uiteraard weer geen probleem: er is sprake van toestemming door de rechthebbende.²²

Er staan dus veel filmpjes met toestemming van rechthebbenden op YouTube en er staan ook heel veel filmpjes zonder toestemming van (alle) rechthebbenden op YouTube. Die laatste categorie vormt zonder twijfel een auteursrechtinbreuk op het openbaarmakingsrecht.

Rechthebbenden en hun organisaties proberen al geruime tijd overeenkomsten te sluiten met YouTube: in ruil voor een aandeel in de reclame-inkomsten zijn zij bereid toestemming te geven voor het gebruik van hun werk.

YouTube en 'embedden'

YouTube maakt het voor iedereen mogelijk om op eenvoudige wijze een automatische verbinding te leggen, bijvoorbeeld op een Hyves-pagina, naar een filmpje op YouTube. YouTube faciliteert en 'nodigt uit' tot het embedden van filmpjes die op haar site staan. Zij doet dit ongetwijfeld omdat daarmee de bekendheid en de bezoekersaantallen voor haar eigen site en daarmee de reclame-inkomsten verder worden verhoogd. Hoe dit ook zij, het is, mede door toedoen van YouTube zelf kinderlijk eenvoudig om een filmpje van YouTube op je Hyves-pagina te embedden. En het gebeurt dan ook massaal, ook door kinderen.

Is 'embedden' (secundair) openbaar maken?

'Embedden' is, net als hyperlinken, een handeling die betrekking heeft op informatie die al, rechtmatig of niet, openbaar gemaakt is door een ander. Zoals is gebleken bij de bespreking van het secundaire openbaar maken, is daar echter niet mee gezegd dat het embedden daarom niet ook een openbaarmaking kan zijn. De vraag is dan of er een 'nieuw publiek' mee wordt bereikt. Dat ligt er uiteraard aan hoe je

'publiek' in dit geval definieert. Als je onderscheid maakt tussen het publiek dat de website van YouTube zelf bezoekt enerzijds en het publiek dat de Hyves-pagina met het embedded filmpje bezoekt anderzijds, dan *zou* je van een 'nieuw publiek' kunnen spreken. Als je publiek omschrijft als alle mensen die thuis, op het werk, in een internetcafé of draadloos in het park via internet naar een filmpje kijken, dan is er maar sprake van één publiek (bestaande uit een onbepaald aantal potentiële kijkers).

Als het gaat om 'embedden' van filmpjes die mét toestemming van (alle) rechthebbenden op YouTube staan, is goed verdedigbaar dat al die rechthebbenden daarmee toestemming hebben gegeven voor het beschikbaar stellen via YouTube én via het 'embedden' van filmpjes van YouTube op andere sites. Dit omdat je nu eenmaal weet dat filmpjes op YouTube 'embedded' worden door andere internet gebruikers. Sterker nog, dat wordt door YouTube zelf gefaciliteerd en aangemoedigd.²³ Dat zou een goede reden zijn om het, net als hyperlinken, niet als een aparte openbaarmaking aan te merken.

Als het gaat om 'embedden' van filmpjes die zónder toestemming van (alle) rechthebbenden op YouTube staan, is de vraag of het embedden dan (wel) een nieuwe openbaarmaking oplevert of onrechtmatig is, wanneer de 'embedder' weet of redelijkerwijs kan weten dat hij een filmpje aan het embedden is dat zonder toestemming van alle rechthebbenden op YouTube staat. Ook hier geldt dat het bij een functionele benadering van het openbaarmakingsbegrip mogelijk is om te verdedigen dat sprake is van openbaar maken, met name als de gebruiker niet kan zien en/of niet weet dat sprake is van een 'embedded' filmpje en niet van een filmpje dat op de site zelf staat. Een alternatief is om er vanuit te gaan dat 'embedden' onder deze omstandigheden wel /alleen *onrechtmatig* is als de 'embedder' weet of redelijkerwijs kan weten dat het filmpje zonder toestemming op internet staat. Dan is er geen grondslag voor een heffing door Buma, maar wel ruimte voor een verbod (en eventueel schadevergoeding, als de schade aangetoond kan worden).

Tussenconclusie

Het is dus mogelijk om 'embedden', evenals hyperlinken, niet als auteursrechtelijk relevant openbaar maken aan te merken. Het is ook mogelijk, bijvoorbeeld via een bepaalde invulling van het begrip 'nieuw publiek', 'embedden' wél als (secundaire) openbaarmaking aan te merken, waarbij men uit moet gaan van een functionele benadering van het openbaarmakingsrecht, waarbij vermoedelijk de indruk van het publiek over wie openbaar maakt van belang is. Het Hof van Justitie der EG zal hierover uiteindelijk moeten beslissen. De Nederlandse regering heeft daar, alle kamervragen ten spijt,²⁴ weinig over te zeggen.

21 Zie bijvoorbeeld ook YouTube-persbericht van 30 maart 2009: 'Disney/ABC and ESPN to Control Ad Inventory and Test Alternative Ad Models for Professionally Produced Short-Form Content on World's Largest Online Video Site. Premier ESPN Content to Feature Prominently in YouTube's Sports Category', www.youtube.com/press-room---entry?entry=Ir-3iH4pFCQ.

22 De verhouding tussen de platenmaatschappij en Buma en de andere verhoudingen tussen rechthebbenden onderling laat ik hier gemakshalve buiten beschouwing.

23 Zie www.youtube.com/youtukeyoursite: 'The Basics. How do I add a video to my blog or web page? You'll need to edit the HTML of your blog entry or page--this should be relatively straightforward. In Blogger, for example, just click the

'Edit HTML' tab. Next, go to the video that you want, and look for the 'Embed' box in the 'About This Video' section. Copying the HTML code that's there into your website will create an embedded player; the video will play within your site when the user clicks on the 'Play' button'.

24 *Kamerstukken II 2009/10 29 838*, nr. 21: Auteursrechtbeleid; Brief staatssecretaris over voornemen van Buma/Stemra om per 1 januari 2010 een heffing in te voeren op het particuliere gebruik van muziekvideo's op internet. En: antwoord op vragen van Omtzigt en Van Vroonhoven-Kok over het voornemen van Buma/Stemra om iedereen die een muziekfragment op zijn website heeft staan ten minste €130,- in rekening te brengen, *Aanhangsel Handelingen II 2009/10*, nr. 637.

Morele rechten en portretrechten

De vraag of het ‘embedden’ van een YouTube-filmpje op een Hyves pagina onder omstandigheden op grond van morele rechten of portretrechten kan worden verboden is vermoedelijk eenvoudiger te beantwoorden. Dit zal steeds afhangen van de *context* waarin het ‘embedden’ plaats vindt. Bij zowel morele rechten gaat het om een *redelijk* belang van de auteur resp. de geportretteerde. Een *misleidende* of *diffamerende* context, of in het geval van commercieel portretrecht een sterk *commerciële* context, kunnen ertoe leiden dat ‘embedden’ op grond van morele of portretrechten verboden kan worden. Dat zal steeds van geval tot geval beantwoord moeten worden, op grond van een afweging tussen auteurs-, privacy- en uitingsvrijheid-belangen. Die belangenafweging zal in de praktijk overigens vermoedelijk niet wezenlijk anders uitvallen bij een embedded filmpje dan bij een zelf aangeboden filmpje. Hier geldt simpelweg dat de context alles bepalend is: *context is king*.

Wat is wenselijk?

Naar mijn mening is het wenselijk dat ongewenste handelingen op internet zo veel mogelijk bij de bron en bij niet-anonieme, bedrijfsmatig handelende partijen worden aangepakt. Dit betekent dat Buma primair YouTube zou moeten aanspreken en met haar tot een regeling moet komen. Zolang YouTube ‘embedden’ faciliteert en aanmoedigt en Buma en andere rechthebbenden(organisaties) het om hen moverende redenen, misschien terecht, niet aandurven om YouTube zelf aan te pakken, ligt het m.i. niet erg voor de hand dat Buma te goeder trouw handelende individuele, vaak particuliere internetgebruikers om betaling gaat vragen wanneer zij gebruik maken van de faciliteiten die YouTube biedt. Een kwalificatie als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking lijkt mij dan ook niet wenselijk.

Met anonieme, te kwader trouw handelende internetgebruikers die evident illegale informatie, bijvoorbeeld gekraakte films of *live* sportwedstrijden, op één plek (anoniem of in een ander land) op internet (laten) plaatsen, om vervolgens elders op internet daar ‘slechts’ naar te ‘verwijzen’ door hyperlinks, embedden, of het verschaffen van vindplaatsen via nieuwsgroepen of welke andere truc dan ook, heb ik aanzienlijk minder consideratie. Alle geroep over informatie- en communicatievrijheid maakt daarbij op mij weinig indruk. Als dergelijke U-bochten en doorklik-systemen niet effectief wordt aangepakt, dan wordt het terugverdienen van investeringen in

entertainmentproducten erg moeilijk. Wat mij betreft kan dat met een beroep op de onrechtmatige daad, al is het wel zo dat een kwalificatie als directe inbreuk op een intellectuele eigendomsrecht meer handhavingsmogelijkheden geeft. En die zijn op dit vlak in de praktijk wel hard nodig. Daarbij geldt overigens dat vooral de professionele tussenpersonen hun verantwoordelijkheid moeten nemen.

Voor de tussencategorie, bestaande uit te goeder trouw handelende (professionele) partijen, die films of webcasts op hun websites ‘embedden’ die door andere aanbieders met toestemming van rechthebbenden op internet zijn gezet, lijkt het mij niet wenselijk dat een aparte auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is, als het voor het publiek duidelijk is dat de film of webcast afkomstig is van een andere plek op internet, waar deze legaal wordt aangeboden.

Daar waar de ‘embedder’ de indruk wekt zelf de bron te zijn van de bewuste film of webcast, of via de U-bocht van het beheeren van twee sites zelf daadwerkelijk de bron is, vind ik kwalificatie als aparte openbaarmaking wel verdedigbaar, al heeft een kwalificatie als onrechtmatige daad misschien toch de voorkeur.

Slotconclusie

Embedden,

- 1) door particulieren zonder direct of indirect winstoogmerk,
- 2) op een manier die voor het publiek als embedden herkenbaar is (dus niet de indruk wekt de bron te zijn),
- 3) in een context die ook overigens niet misleidend of diffamerend is,
- 4) van een bron die elders op internet niet-anoniem en openbaar (dus zonder abonnement of wachtwoord o.i.d) wordt aangeboden,
- 5) waarbij rechthebbenden (impliciet) toestemming hebben gegeven voor de openbaarmaking bij de bron, óf wel de mogelijkheid hebben om bezwaar te maken tegen de openbaarmaking bij de bron maar dat niet doen,

zou mijns inziens in ieder geval niet als een openbaarmaking of als een onrechtmatige daad moeten worden gekwalificeerd. Buma zou m.i. dus geen geld kunnen vragen voor het ‘embedden’ van een YouTube-filmpje op een Hyves-pagina.