

Maandag 12 januari 2015 - IEF - 14537.2015

Hoe 'Luxemburg' de Britt Dekker-vragen gaat beantwoorden

(en waarom ze dus eigenlijk niet gesteld hoeven te worden). Bijdrage ingezonden door Dirk Visser, [Universiteit Leiden/Klos Morel Vos & Schaap](#). Op 9 januari 2015 nam van AG Van Peursesem zijn conclusie in de Britt Dekker zaak ([Conclusie AG HR 9 januari 2015, IEF 14536 \(GeenStijl Media tegen Sanoma-Playboy-Britt Dekker\)](#)). Van Peursesem geeft een grondig overzicht van de rechtspraak en de literatuur en concludeert tot het stellen van prejudiciële vragen over hyperlinks naar illegale bronnen. In deze bijdrage wordt uitgelegd hoe het Hof in Luxemburg deze vragen gaat beantwoorden en waarom de Hoge Raad ze dus eigenlijk niet hoeft te stellen.

Daarbij moet een aantal dingen bedacht worden.

Het Hof van Justitie van de EU gaat door op de met '[Svensson](#)' ingeslagen weg. Het Hof probeert altijd zoveel mogelijk te doen alsof alles onvermijdelijk voortvloeit uit zijn eerdere rechtspraak. Dus blijft het 'nieuw publiek' criterium gehandhaafd, ondanks alle vragen en alle kritiek. Het Hof trekt zich bijvoorbeeld niets aan van (aan Svensson voorafgaande meningen van) auteursrechtgeleerden (zie ov. 2.3 van de conclusie AG), die vinden dat hyperlinks nooit een openbaarmaking mag zijn, omdat dat onwenselijk is en omdat er geen 'transmission' bij plaats vindt. Deze hoogleraren vinden dat als er sprake is van onwenselijk hyperlinks dit via de onrechtmatige daad moet worden verboden. Dat vindt het Hof niet. Dat blijkt eigenlijk al uit het laatste antwoord in Svensson, kort gezegd: 'art. 3 Arl. is maximum harmonisatie'. Dat sluit op zich een verbod onder 'bijkomende omstandigheden' niet uit, maar het Hof gaat dit niet aan het nationale onrechtmatige daadsrecht overlaten. Het Hof gaat dit binnen het EU geharmoniseerde auteursrecht oplossen. Het Hof vindt dat wat GeenStijl heeft gedaan 'geen stijl' en gaat het dus verbieden. Het Hof gaat de 'mededeling aan het publiek' van art. 3 Arl. daarom ruim uitleggen, zoals het ook met het hergebruiksrecht in het databankenrecht heeft gedaan in de [Gaspedaal zaak \[IEF 13350\]](#), en zoals [de Engelse rechter ook al gedaan heeft in het auteursrecht \[IEF 13241\]](#).

Terzijde kan nog worden opgemerkt dat het Hof in Svensson, zonder conclusie AG, ook de vragen in [Bestwater](#) en [C More](#) heeft proberen te beantwoorden, in de hoop dat de vragenstellers in die zaken hun vragen zouden intrekken. Dat is een poging tot efficiency die nogal ongelukkig uit kan pakken.

Het Hof gaat de vragen als volgt beantwoorden:

- i.) Is er sprake van een "mededeling aan het publiek" in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende een werk dat zonder toestemming van de auteursrechthebbende door een derde op een website is geplaatst, middels een hyperlink op een eigen website toegankelijk maakt (dus als sprake is van zogenoemde illegale content)? Ja. Want er is sprake van een "nieuw publiek" dat niet bij een eerdere openbaarmaking waarvoor door de rechthebbende toestemming was gegeven was ingecalculeerd. Bovendien is er (bij GeenStijl) sprake van een opzettelijk en met volledige kennis (van de illegaliteit van de bron en dus) van de gevolgen van zijn gedrag (vgl. [Rafael Hoteles](#), ov 42) interveniëren, te weten het hyperlinken, waardoor een heel groot nieuw publiek wordt bereikt en de rechthebbende schade wordt toegebracht, dit mede in het licht van het hoge beschermingsniveau dat de Auteursrechtlijn biedt etc.
- ii.) Zo nee, is er dan wel een "mededeling aan het publiek" in de zin van genoemde richtlijn bepaling, als daarbij beperkingsmaatregelen op de oorspronkelijke site waar de illegale content is geplaatst, kunnen worden omzeild, als bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)? Deze vraag heeft geen beantwoording gezien de beantwoording van vraag i.

iii.) Bij bevestigende beantwoording van vraag i): Is voor die vraag een te wegen factor of daarbij beperkingsmogelijkheden op de oorspronkelijke site kunnen worden omzeild als bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)?

Nee, maar een factor is wel of de oorspronkelijke site evident (voor de hyperlinker kenbaar) illegaal is (Zie verder het antwoord op vraag iv en v). iv.) Bij bevestigende beantwoording van vraag ii) of iii): Wat moet precies worden verstaan onder beperkingsmogelijkheden bedoeld in punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, C-466/12 (Svensson e.a./Retriever)? Gaat het daarbij om (van licht naar zwaar) a) zaken als lastig (maar niet onmogelijk) te vinden zonder access code, b) abonneetoeegang, paywall, wachtwoord en dergelijke, of moet sprake zijn van c) "digitale kluis" -situaties waarbij de content "volkomen privé (voor één of meer personen?) en praktisch gesproken onbereikbaar" is (een wanneer is daarvan dan sprake)? Zijn daarbij ook te betrekken de juridische voorwaarden die gelden voor gebruik en toegang tot de bron-site? Het hele verhaal over die 'beperkingsmogelijkheden op de oorspronkelijke site' heeft te maken met de feiten in de Svensson zaak en de onhandige vraagstelling in de [C More zaak](#), waar het ging om hyperlinken naar een illegale versie van een betaaltelevisiekanaal. Dat betaaltelevisiekanaal was technisch beveiligd. Daar kon je dus helemaal niet naar hyperlinken. De illegale versie was wel openbaar en daar werd naar gehyperlinkt. Het heeft ook te maken met de onduidelijkheid in de Svensson-zaak zelf, waar er naast linken naar de legale bron (de website van Göteborgs-Posten zelf, die later alleen voor abonnees toegankelijk was ("toegang op enige wijze beperkt")), ook sprake was van linken naar een illegale versie op een Noorse site. In de [Bestwater zaak](#) heeft het Hof gewoon over het hoofd gezien of geen aandacht besteed aan het feit dat het daar vermoedelijk om een bron zonder toestemming ging. Het gaat om de vraag voor welk publiek toestemming was gegeven. Als iets met toestemming feitelijk voor iedereen toegankelijk op internet staat, dan wordt met hyperlinken geen nieuw publiek bereikt. Als het er zonder toestemming staat wordt er door hyperlinken wél een nieuw publiek bereikt. v.) Is bij vragen i) of ii) een te wegen factor de mate waarin de "hyperlinker" op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming door de rechthebbende en dus van de illegale content waar naar wordt gelinkt? Ja. Als hij weet of redelijkerwijs moet weten dat de bron illegaal is levert de hyperlink inbreuk op, zo niet, dan niet. vi.) Speelt bij de vragen i) of ii) of aldus sprake is van een "nieuw publiek" en zo ja, hoe moet dit worden beoordeeld in een geval als dit, waarbij geen sprake is van een oorspronkelijke toestemming van de auteursrechthebbende, omdat het gaat om linken naar illegale content? Ja, zie het antwoord op vraag i. Bij illegale content bereikt de hyperlink een nieuw (niet ingecalculiseerd) publiek. vii.) Zijn er (nog) andere omstandigheden waar rekening mee moet worden gehouden voor de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek in geval van het toegang verschaffen door hyperlinks tot illegale content? Deze vraag behoeft (in het licht van de voorliggende Britt-casus) geen beantwoording, maar het winstoogmerk van de hyperlinker zal vermoedelijk een rol kunnen spelen. Gezien alle discussie is het toch nuttig om de vragen te stellen, om zekerheid te krijgen, maar het zou mij zeer verbazen als de vragen materieel anders worden beantwoord dan hierboven weergegeven.

Leiden/Amsterdam, 11 januari 2015

D.J.G. Visser

IEF 14537.2015

TREFWOORDEN: