

De hyperlink en de toegenomen relevantie van het winstoogmerk

Citeerwijze: Gertjan van den Hout en Koen Konings, *De hyperlink en de toegenomen relevantie van het winstoogmerk*, IEF 16232; www.IE-Forum.nl

1. Het orakel in Luxemburg heeft gesproken: GS Media (hierna: 'GeenStijl') heeft met het plaatsen van een hyperlink naar de naaktfoto's van Britt Dekker, zonder dat de rechthebbende daarvoor zijn toestemming heeft gegeven, auteursrechtinbreuk gepleegd.¹ Die uitspraak zal waarschijnlijk weinigen echt verbazen. GeenStijl was immers volledig bewust van het illegale karakter van de foto's en haar was niets gelegen aan de sommaties van Sanoma om de hyperlinks te verwijderen. Het spreekt welhaast voor zich dat zulks onrechtmatig is.
2. Dat het Hof oordeelt dat sprake is van auteursrechtinbreuk en niet – zoals het Hof Amsterdam deed – van loutere onrechtmatigheid, zal waarschijnlijk ook weinigen verbazen. Het nationale onrechtmatige daadsrecht is nu eenmaal niet Europees geharmoniseerd en het lijkt haast de taak van het Hof om zoveel mogelijk 'stukjes recht' onder de reikwijdte van de wél geharmoniseerde gedeelten te krijgen. Wellicht moet dus zelfs gezegd worden dat van het pure nationale onrechtmatige daadsrecht inmiddels niets meer overblijft zodra het auteursrecht in het geding is. Het Hof ging dus ook voorbij aan de veel bekritiseerde conclusie van A-G Wathelet, die een meer terughoudende rol van het auteursrecht bij het internet leek voor te staan.²
3. Nieuw in dit arrest is evenwel de grotere rol die het winstoogmerk criterium heeft gekregen. In eerdere uitspraken bleef het Hof daar nog wat vaag over. In *SGAE/Rafael Hoteles* overweegt het Hof nog dat het winstoogmerk geen noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van een mededeling aan het publiek, maar dat in de omstandigheden zoals die aanwezig waren in het hoofdgeding de mededeling een winstoogmerk dient.³ En in *Premier League* beslist het Hof dat 'het niet irrelevant is' dat een mededeling een winstoogmerk heeft.⁴ Het winstoogmerk was dus altijd al een criterium, maar onduidelijk bleef welke rol de aanwezigheid van een winstoogmerk precies moest worden toebedeeld en welke gevolgen daaraan moesten worden toegekend.
4. Daar leek verandering in te komen in de recente *Reha Training*-zaak. Daarin overwoog het Hof dat het winstoogmerk weliswaar niet bepalend is om een uitzending te kwalificeren als mededeling aan het publiek, maar niet irrelevant is, 'met name om de eventuele vergoeding te bepalen die verschuldigd is uit hoofde van deze uitzending' [de televisie-uitzending in een revalidatiecentrum].⁵ Daarbij dient men voor ogen te houden dat *Reha Training* een deels auteursrechtelijke, deels nabuurrechtelijke zaak betrof. Anders dan in het auteursrecht kent het naburige recht aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten geen verbodsrecht maar een recht op een billijke vergoeding toe in geval van een openbaarmaking. Het winstoogmerk is hier relevant om de hoogte van die vergoeding te bepalen. In retrospectief verklaart dat ook de arresten *SGAE/Rafael Hoteles* en *Premier League*; in al dat soort zaken – lees: het uitzenden van radio- en televisiesignalen – is zowel het auteursrecht als het naburige recht in het geding.
5. In het onderhavige arrest is aan het winstoogmerk criterium een nog grotere rol toegekend. Het naburige recht speelt hier immers niet; het gaat hier enkel om het auteursrecht. Het winstoogmerk is nu relevant geworden om te bepalen of degene die een hyperlink plaatst weet of redelijkerwijs kan weten dat het werk waarnaar verwezen wordt, zonder toestemming van de auteursrechthebbende op het internet was gepubliceerd. Indien wél sprake is van een winstoogmerk, bestaat het (weerlegbare) vermoeden dat sprake is van die wetenschap (r.o. 51). Indien daarentegen geen sprake is van een winstoogmerk, moet de rechthebbende alsnog bewijzen dat degene die de hyperlink aanlegt, weet of redelijkerwijs kan weten dat het werk waarnaar verwezen wordt, zonder toestemming van de rechthebbende is geplaatst.

¹ HvJ EU 8 september 2016, [IEF 16226](#); C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (*GS Media/Sanoma*).

² Conclusie van Advocaat-Generaal M. Wathelet 7 april 2016, [IEF 15842](#); C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221 (*GS Media/Sanoma*).

³ HvJ EG 7 december 2006, [IEF 3022](#); C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 (*SGAE/Rafael Hoteles*), r.o. 44.

⁴ HvJ EU 4 oktober 2011, [IEF 10286](#) C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 (*Premier League*), r.o. 204.

⁵ HvJ EU 31 mei 2016, [IEF 15991](#); C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*), r.o. 49.

6. Dit lijkt wat op een soort hardheidsclausule voor de niet-commerciële, vaak particuliere, hyperlinker. Denk bijvoorbeeld aan alle niet-zakelijke gebruikers van social media. Wij lezen het arrest zo, dat zonder dat aangetoond wordt dat de hyperlinker zich bewust was van het illegale karakter, geen recht op schadevergoeding bestaat voor de rechthebbende.⁶ Staat de rechthebbende dan geheel met lege handen indien hij die wetenschap niet kan aantonen? Nee. De rechthebbende heeft te allen tijde de mogelijkheid om de hyperlinker (zonder winsttoogmerk) te wijzen op het illegale karakter van de hyperlink en in rechte tegen hen op te treden wanneer zij weigeren die link te verwijderen (r.o. 53). In geval van hyperlinks die verwijzen naar illegale content heeft de rechthebbende dus altijd een verbodsrecht, maar niet altijd een recht op schadevergoeding.

7. Merkwaardig aan het arrest vinden wij nog wel de laatste zinsnede van rechtsoverweging 53. Daarin zegt het Hof dat de rechthebbende de hyperlinker kan wijzen op het illegale karakter van de hyperlink, 'zonder dat die personen [de hyperlinker] zich kunnen beroepen op een van de in bovengenoemd artikel 5, lid 3, opgesomde uitzonderingen'. Staat hier nu dat degenen die een hyperlink aanleggen naar een werk dat zonder toestemming van de rechthebbende op het internet is geplaatst, per definitie nooit een beroep kunnen doen op een auteursrechtelijke beperking? Hoewel wij zeker niet verwachten dat het snel zal voorkomen dat zo'n hyperlinker met succes een beperking kan invoeren, vragen wij ons toch af of het Hof hier niet iets te snel gaat. Zo achten wij een beroep in een voorkomend geval op bijvoorbeeld de onderwijsexceptie of de vrijheid van meningsuiting niet geheel ondenkbaar.⁷

8. In het onderhavige geval is het niet zo ingewikkeld om de gegeven criteria toe te passen. Het Hof geeft de Hoge Raad alvast mee dat vaststaat dat GeenStijl een winsttoogmerk heeft en dat Sanoma geen toestemming heeft gegeven. Dan moet het wetenschapsvermoeden dus worden toegepast. Tot slot blijkt uit de feiten die het Hof tot zijn beschikking heeft, dat GeenStijl zich daadwerkelijk bewust was van het illegale karakter van de hyperlink en dus ook

niet het vermoeden kan weerleggen. Een koud kunstje dus voor de Hoge Raad, zo lijkt het. En voor de rest: iets meer duidelijkheid over wanneer hyperlinks auteursrechtelijk door de beugel kunnen.

*Gertjan van den Hout & Koen Konings, ZENN
Advocatuur*

[\(<https://zenn.law>\)](https://zenn.law)

⁶ Wij merken op dat het Hof, anders dan het in het Nederlandse recht het geval is, niet eerst de onrechtmatigheidsvraag beantwoordt en vervolgens – indien sprake is van onrechtmatigheid (op welke grond dan ook) – de vraag beantwoordt welke schade voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Het Hof neemt ook het schadevergoedingsrecht mee in

het auteursrecht; ook het schadevergoedingsrecht welke het gevolg is van een auteursrechtinbreuk, brengt het Hof onder de paraplu van het auteursrecht.

⁷ Hoewel de beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting strikt genomen niet uit de auteursrechtlijn voortvloeit.