

## Dirk Visser - Het belangrijkste van het GS Media-arrest.

Voorpublicatie uit een noot bij het arrest GS Media / Sanoma, Playboy & Britt Dekker, HvJ EU 8 september 2016, [ECLI:EU:C:2016:644](https://eur-lex.europa.eu/eli/cjrep/oj/2016/644) die in november in Ars Aequi zal verschijnen.

D.J.G. Visser

*Het belangrijkste nieuws van dit arrest is dat het Hof (in ov. 49) kennis van de illegaliteit van de onderliggende bron als doorslaggevende factor introduceert voor de bepaling of al dan niet sprake is van een mededeling aan het publiek. Dat roept veel vragen op en velen zullen het er niet mee eens zijn.*

Er is een groep mensen die vindt dat hyperlinken *nooit* als een auteursrechtelijk relevante handeling zou moeten worden aangemerkt.<sup>1</sup> Zij vinden dat een hyperlink slechts een verwijzing is vergelijkbaar met een voetnoot en dat het belang van de informatievrijheid voorschrijft dat hyperlinken nooit auteursrechtinbreuk mag opleveren. Gebeurt dat wel dan gaat daar een onaanvaardbaar *chilling effect* van uit. De meesten van deze groep vinden overigens wel dat 'extreme uitzonderingsgevallen' zoals het onderhavige hyperlinken naar uitgelekte foto's door GeenStijl, het massaal hyperlinken naar illegaal aangeboden films zoals op *The Pirate Bay* en bijvoorbeeld ook misleidend *framed* linken op grond van de onrechtmatige daad moet worden verboden. Deze mensen zijn ongetwijfeld zeer ontevreden en verontwaardigd over dit arrest.

Er is ook een groep mensen die vindt dat hyperlinken *altijd* als een auteursrechtelijk relevante handeling zou moeten worden aangemerkt.<sup>2</sup> Zij vinden dat het aanbrengen van een hyperlink een ingreep is door een 'ander organisme' waardoor een publiek wordt bereikt en dat daarmee sprake is van een mededeling aan het publiek. Het door het Hof EU in de Svensson-zaak ontwikkelde 'nieuw publiek' criterium is volgens hen in strijd met de Berner Conventie en ander internationale verdragen. Zij vinden dat de beperking van de aansprakelijkheid van personen die per ongeluk naar een illegale bron linken op een andere manier moet worden bereikt. Deze mensen zijn vermoedelijk ook niet tevreden, met name niet over de subjectiviteit van het geïntroduceerde 'kennis-van-illegaliteit' criterium.

Anders dan de Advocaat-Generaal bij het Hof EU<sup>3</sup>, die helemaal op de hand was van de eerste groep, lijkt het Hof zich van beide standpunten niet veel aan te trekken. Het Hof bouwt voort aan zijn eigen omstandighedencatalogus, waaraan nu dus de kennis van de illegaliteit van de onderliggende bron als belangrijke factor wordt toegevoegd. Tegelijk wordt het 'nieuw publiek' criterium gehandhaafd, maar nadrukkelijk beperkt tot publiek voor het bereiken waarvan toestemming was verleend. In de Reha-zaak was al duidelijk geworden dat het Hof de eigen lijn volledig wilde vasthouden en dat gebeurt nu weer. Velen zullen overigens zeggen dat er geen duidelijke lijn is en dat het allemaal erg casuïstisch is. En er is en blijft inderdaad veel rechtsonzekerheid.

Wanneer is er sprake van een nieuw, niet bij een eerdere toestemming ingecalculerd publiek? Het blijft een cirkelredenering. Een rechthebbende zal bij een eerdere openbaarmaking het publiek incalculeren waar hij niet afzonderlijk toestemming voor kan geven. Als we dan het antwoord op de

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld de opinie van de European Copyright Society: <https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/> European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law, 15 februari 2013, <http://ssrn.com/abstract=2220326>.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld opinie van de executive committee van de ALAI van 17 september 2014: <http://t.co/O2Vn7OFJ7W>, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>

<sup>3</sup> Conclusie Advocaat Generaal M. Wathelet d.d. 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:221.

vraag voor welk publiek hij afzonderlijk toestemming kan geven afhankelijk maken van welk publiek hij incalculeert bij die eerdere openbaarmaking, is de cirkel rond.

Maar nu is tenminste duidelijk dat als er helemaal geen toestemming is gegeven, dus bijvoorbeeld wanneer films illegaal op internet worden aangeboden, het willens en wetens er naar hyperlinken wel een mededeling aan het nieuwe publiek behelst en een primaire auteursrechtinbreuk oplevert.

De rol die het winstoogmerk daarbij speelt is minder groot dan met name in het persbericht van het Hof zelf<sup>4</sup> en in de media wordt gesuggereerd. Bij hyperlinken met winstoogmerk bestaat een verificatieplicht. Als er sprake blijkt van linken naar een illegale bron wordt de hyperlinker geacht van dat illegale karakter op de hoogte te zijn geweest. Maar hij heeft de mogelijkheid het tegendeel te bewijzen. Bij hyperlinken zonder winstoogmerk, ook door particulieren, geldt dat zodra zij op de hoogte zijn van de illegaliteit van hetgeen waar zij naar linken, sprake is van een mededeling aan het publiek en dus van auteursrechtinbreuk.

### **Informatievrijheid**

Het Hof beslist in ov. 53 ook dat nieuwsmedia zich niet op de auteursrechtelijke persexceptie kunnen beroepen om toch naar illegale bronnen te linken. In dit geval lijkt mij dat terecht, vooral vanwege de aard van de informatie. In de afweging van grondrechten weegt het eventuele nieuwsbelang bij het tonen van de bewuste foto's aanzienlijk minder zwaar dan het exploitatie-auteursrecht-belang van Sanoma. Ook wanneer nieuwe speelfilms die nog niet in de bioscoop te zien zijn uitlekken op internet kan je dat 'nieuws' noemen, maar het rechtvaardigt niet het verschaffen van de hyperlink waarmee die film door iedereen bekeken kan worden.

In andere gevallen zullen nieuwsmedia en anderen zich wél op de informatievrijheid moeten kunnen beroepen. Als politiek gevoelige correspondentie of beeld- of geluidsopnames uitlekken en op internet verschijnen, dan moet daar door de pers naar gelinkt kunnen worden.

In deze zelfde zaak oordeelde de Hoge Raad<sup>5</sup> eerder al dat de feitenrechter steeds 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'. Dat grondrecht is meestal de informatievrijheid, maar het kan ook bijvoorbeeld de vrijheid van wetenschap zijn.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Kop: "Het plaatsen op een website van een hyperlink naar auteursrechtelijk beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechtelijke houder zijn gepubliceerd op een andere website, vormt geen „mededeling aan het publiek” wanneer de plaatser van deze link dit doet zonder winstoogmerk en zonder te weten dat de publicatie van deze werken illegaal was". [Perscommuniqué nr. 92/16, 8 september 2016](#).

<sup>5</sup> HR 3 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:841](#) (GS Media/Sanoma).

<sup>6</sup> Zie Rechtbank Amsterdam 23 december 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:9312](#), (Anne Frank-Fonds / Anne Frank Stichting & KNAW).

Jaren eerder besliste het Hof Den Haag al dat auteursrecht niet kan worden ingezet om het aan de kaak stellen van misstanden door openbaarmaking van vertrouwelijke documenten tegen te gaan.<sup>7</sup>

Ook het auteursrecht is een grondrecht, onder andere vastgelegd in artikel 17 lid 2 van het Handvest van de EU, maar dit moet per geval worden afgewogen tegen de uitingsvrijheid.<sup>8</sup>

### **Wat betekent het arrest voor de praktijk?**

In de praktijk betekent het ten eerste dat commerciële website-eigenaren bij het plaatsen van hyperlinks voorzichtiger zullen moeten zijn. Iedere website met betalende abonnees en vermoedelijk iedere website met commerciële reclame valt daaronder. Deze website-exploitanten zullen zich er in zekere mate van moeten vergewissen dat hetgeen waar zij naar linken legaal wordt aangeboden. Bovendien zullen zij een *Notice and Take Down* (NTD) regeling moeten hebben, niet alleen voor de content die op hun eigen site staat, maar ook voor de hyperlinks die er op staan. Deze laatste verplichting bestaat voortaan *de facto* echter voor iedereen die een website heeft. Zodra iemand er op gewezen wordt dat er een hyperlink naar een illegale bron op zijn website staat, zal hij deze moeten verwijderen op straffe van aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk.

Met name aanbieders van zoekmachines, die over het algemeen ook een winstoogmerk hebben, zullen vermoedelijk ingrijpende maatregelen moeten nemen om zoekresultaten, oftewel hyperlinks, naar illegale bron op verzoek snel te verwijderen en verwijderd te houden. Dat gebeurde overigens al op grote schaal. Ook zullen ze vermoedelijk proactief notoire inbreuk makende websites niet meer mogen indexeren.

De grootste verandering geldt echter voor de professionele aanbieders van hyperlinks naar grote hoeveelheden illegaal aanbod van films, series en sportuitzendingen. Zij handelen niet slechts onrechtmatig, maar maken zelf inbreuk. Zij kunnen worden aangepakt met alle handhavingsmiddelen die bestaan voor rechtstreekse inbreuk op intellectuele eigendomsrechten: beslag, ex parte verbod en volledige proceskostenveroordeling. De tussenpersonen die hun diensten faciliteren zullen vermoedelijk ook meer en eerder maatregelen moeten nemen.

---

<sup>7</sup> Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AI5638, AMI 2003, nr 18, p. 217 m.nt. Hugenholtz, CR 2003, p. 350 m.nt. Koelman, IER 2003, nr 69, p. 352 m.nt. FWG, Mf 2003, nr 45, p. 337 m.nt. Visser, NJF 2003, 93 (Scientology).

<sup>8</sup> Zie ook EHRM 10 januari 2013, [ECLI:NL:XX:2013:BZ9845](https://eur-lex.europa.eu/eli/echr/2013/10001), NJ 2015, 121 [m. nt. Hugenholtz](#) (Ashby Donald), en [Dommering in AMI 2014/2](#).