

Links en recht

De stand van zaken met betrekking tot hyperlinks en auteursrecht

Dirk Visser & Patty de Leeuwe*

Is hyperlinken aan te merken als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking? Zeer recent is deze vraag door de Nederlandse rechter tweemaal bevestigend beantwoord. In deze bijdrage zullen wij voornamelijk vanuit Europees perspectief nagaan wat vandaag de dag de juridische status van een hyperlink is.

1 Wat is hyperlinken/embedden?

Met zowel 'hyperlinken' als 'embedden' wordt in deze bijdrage bedoeld op het plaatsen van informatie op een website door een automatische verbinding te maken naar een andere plaats op het internet waar die informatie al staat en waar deze door iemand anders (al dan niet met toestemming van de rechthebbende) is opgezet.

Het verschil tussen 'embedden' en (normaal) hyperlinken is dat een zogenaamde embedded link de informatie vertoont *binnen* de website waarop de automatische verbinding 'embedded' is en derhalve binnen de lay-out van de website, terwijl bij een (normale) hyperlink de internetgebruiker de website waarop de link staat verlaat en naar de website 'gaat' waarnaar wordt gelinkt.¹ Een voorbeeld van een 'embedded' link is een YouTube-filmpje op een Facebook-pagina. Bij een dergelijk ingebed filmpje 'verlaat' de gebruiker de site waarop het filmpje 'embedded' is dus niet. Omschrijvingen als 'gaan naar' en wel of niet 'verlaten' zijn natuurlijk metaforen voor wat er gevoelsmatig gebeurt voor de gebruiker. Bij 'embedded' informatie lijkt het voor de gebruiker alsof hij op de website van de aanbieder blijft en de gebruiker kan niet direct zien dat de informatie eigenlijk op een andere website staat. Voor het gemak zullen in deze bijdrage het (gewoon) hyperlinken en 'embedden' gezamenlijk 'hyperlinken' worden genoemd.

2 Juridische kwalificatie

De meest voor de hand liggende – en derhalve meest gebruikte – juridische middelen waarmee hyperlinks op internet kan worden gereguleerd, zijn het auteursrecht en de onrechtmatige daad. Voor het auteursrecht blijft het hyperlinken een uitdagend fenomeen. De verschillende manieren waarop en omstandigheden waaronder verwijzingen op internet via hyperlinks mogelijk zijn, roepen steeds weer nieuwe vragen op. Voor een goed begrip van de problematiek die zich rondom het hyperlinken afspeelt, dient eerst een onderscheid te worden gemaakt naar *de aard* van de informatie waar naar wordt gelinkt.

De meest voor de hand liggende juridische middelen waarmee hyperlinks op internet kan worden gereguleerd, zijn het auteursrecht en de onrechtmatige daad. Voor het auteursrecht blijft het hyperlinken een uitdagend fenomeen

2.1 Legaal en illegaal aanbod

Hyperlinks verspreiden zowel informatie die mét toestemming als informatie die (onmiskkenbaar) zonder toestemming van de

* Prof. mr. D.J.G. Visser en mw. mr. P. de Leeuwe zijn beide advocaat te Amsterdam. Visser is daarnaast hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden.

1 Daarbij kan de gebruiker met behulp van een hyperlink 'gaan naar' de homepage van een andere website, maar ook kan de gebruiker direct worden doorgeleid naar specifieke informatie die zich op een achterliggende pagina van een website bevindt. Deze manier van hyperlinken wordt ook wel 'deeplinken' genoemd.

rechthebbende(n) op het internet is geopenbaard. Geschillen ontstaan vaak over hyperlinks naar illegaal aanbod. De informatie wordt ergens anoniem op het internet geplaatst waar deze niet weg te krijgen is, terwijl een ander hier 'slechts' naar linkt. De hinderlijke consequenties hiervan ondervonden onder andere Kate Middleton, Manon Thomas en Britt Dekker aan den lijve, toen hun naaktfoto's door middel van hyperlinks binnen enkele dagen verspreid werden over het internet.² Ook peer2peer-websites linken structureel naar onmiskenbaar illegaal aanbod, zoals muziek, films en sportwedstrijden. Dienen zij vrijuit te gaan omdat zij deze informatie niet op het internet hebben gezet, ondanks het feit dat degene die de link plaatst feitelijk degene is die de informatie verspreidt? En wat nu te denken van linken naar legaal aanbod? Is dit onder alle omstandigheden toegestaan? Ook als iemand systematisch verwijst naar gegevens die door andere bedrijven met veel inspanning zijn verzameld, zoals krantenartikelen en woon- of autoaanbod? Niet alleen het linken naar (onmiskenbaar) illegaal aanbod, maar ook het linken naar legaal aanbod roept (misschien nog wel meer) interessante vragen op.

Niet alleen het linken naar (onmiskenbaar) illegaal aanbod, maar ook het linken naar legaal aanbod roept (misschien nog wel meer) interessante vragen op

In de rechtspraak en in de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat (niet-verwarrend of misleidend) hyperlinken naar informatie die met toestemming van de rechthebbende op het internet is gezet is toegestaan. De belangrijkste reden daarvoor is dat wanneer iemand toestemming geeft om zijn werk op internet te zetten, hij kan en moet weten en daarmee moet accepteren dat hij zich daarmee onderwerpt aan de technische gegevenheden en voordelen van het internet, namelijk dat er door anderen naar wordt gehyperlinkt. Zo werd in de rechtspraak het systematisch gebruik van deeplinks (zelfs gecombineerd met een zoekmogelijkheid) naar nieuwsaanbod (*kranten.com*),³ woonaanbod (*zoekallehuizen.nl*)⁴ en tweedehandsauto-aanbod (*gaspedaal.nl*)⁵ niet inbreukmakend noch onrechtmatig jegens de rechthebbenden geacht.⁶

Bij hyperlinken naar informatie waarvan je weet of redelijkerwijs kan weten dat die informatie zonder toestemming van de rechthebbende op het internet is gezet, wordt al heel lang aangenomen dat dit een onrechtmatige daad kan opleveren. Een nieuwe openbaarmaking en dus een auteursrechtelijk relevante handeling werd daarin echter meestal niet gezien. Tot eind vorig jaar. Op 12 september 2012 oordeelde de Amsterdamse rechter op basis van (recente) Europese rechtspraak over wat wij 'openbaar maken' noemen, dat hyperlinken naar (onmiskenbaar) onrechtmatig openbaar gemaakte informatie op internet wel degelijk een openbaarmaking oplevert.⁷ Daar bleef het echter niet bij. Op basis van hetzelfde Europeesrechtelijk juridisch kader overwoog de Haagse rechter op 19 december 2012 dat ook het op bepaalde wijze hyperlinken naar rechtmatig openbaar gemaakte content als openbaarmaking kan worden gekwalificeerd.⁸

Het verschil tussen een verbod gebaseerd op onrechtmatige daad en een verbod gebaseerd op een recht van intellectuele eigendom ligt vooral in de handhavingmogelijkheden

2.2 Intellectuele eigendom versus onrechtmatige daad

Niet alleen juridisch-dogmatisch, maar ook praktisch is van groot belang of het hyperlinken naar bepaalde informatie op grond van het auteursrecht (of ander recht van intellectuele eigendom) of op grond van artikel 6:162 BW wordt afgedaan. Het verschil tussen een verbod gebaseerd op onrechtmatige daad en een verbod gebaseerd op een recht van intellectuele eigendom (hierna: 'IE') ligt vooral in de handhavingmogelijkheden. Op grond van een IE-recht is immers zowel een zogenaamd *ex parte*-verbod (een verbod zonder dat de vermeende inbreukmaker wordt gehoord) als een volledige proceskostenveroordeling mogelijk (art. 1019e en 1019h Rv). Bij onrechtmatige publicaties zonder IE-grondslag is dit niet het geval. Ook maakt het auteursrecht het mogelijk dat collectieve rechtenorganisaties als Buma/Stemra⁹ een billijke vergoeding innen in ruil voor gebruik van het auteursrechtelijk beschermde 'werk' (van 'letterkunde, wetenschap of kunst'). Dat een dergelijke vergoeding ook op grondslag van het onrechtmatigedaadsrecht door de rechthebbende kan worden afgedwongen, lijkt niet erg voor de hand liggend.

2 Gerechtshof Leeuwarden 4 mei 2010, LjN: BM3169 (*Foto's Manon Thomas*); HR 20 maart 2012, LjN: BU8695 (*Foto's Manon Thomas*); Rb. Amsterdam 12 september 2012, LjN: BX7043, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 m.nt. Visser (*Sanoma / GeenStijl*).

3 V.z. Rb. Rotterdam (KG) 22 augustus 2000, LjN: AA6826, CR 2000, 259 m.nt. H. Struik, *IER* 2000, 55 m.nt. EJA (*Kranten.com*).

4 Hof Arnhem 4 juli 2006, LjN: AY0089, CR 2007, 5 m.nt. O.M.B.J. Volgenant, *IER* 2006, 87 m.nt. HMHS, *NJ* 2006, 497 (NVM / *Zoekallehuizen*).

5 Hof Den Haag 27 maart 2012, LjN: BW2216 (*Gaspedaal / Autotrack*).

6 Het deeplinken naar krantenartikelen viel volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam onder de auteursrechtelijke nieuwsexceptie ex art. 15 Auteurswet, terwijl het deeplinken naar woningaanbod (met zoekfunctie) als een toelaatbaar citaat ex. art. 15a Auteurswet (Aw).

7 Rechtbank Amsterdam 12 september 2012, LjN: BX7043, *IER* 2013, 4 m. nt. J.M.B. Seignette (*Sanoma / GeenStijl*; *Britt Dekker*).

8 Rechtbank Den Haag 19 december 2012, IEPT20121219 (*Nederland.fm*; te vinden op *boek9.nl*).

9 Buma staat voor Bureau muziekauteursrechten. Zie *www.bumastemra.nl*.

2.3 Plan van behandeling

In het vervolg van deze bijdrage zullen wij de problematiek toespitsen op de vraag óf en onder welke voorwaarden hyperlinken als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking kan worden gekwalificeerd en dus niet hoeft te worden gezien vanuit het onrechtmatige-daadsrecht. Allereerst zullen wij analyseren welk kader het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'Hof') ons heeft gegeven om te kijken of er sprake is van een openbaarmaking. Daarna zullen wij de Nederlandse rechtspraak analyseren waarin deze Europeesrechtelijke begrippen zijn toegepast op het hyperlinken op internet, waarna wij nog enige aandacht zullen besteden aan een zaak die nog in de Europese pijplijn zit en die zeer waarschijnlijk meer duidelijkheid zal geven over hoe wij verschillende vormen van hyperlinken nu juridisch moeten kwalificeren.¹⁰

3 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 deze kan verbieden of tegen een vergoeding kan toestaan. Het begrip 'openbaar maken' is erg ruim. De Auteurswet zelf geeft geen omschrijving van dit begrip, maar volstaat met een niet-limitatieve opsomming van openbaarmakingsvormen. Een openbaarmaking veronderstelt in ieder geval dat het werk op de één of andere manier ter beschikking van het publiek wordt gesteld.¹¹ Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het uitzenden van een film of het vertonen van een muziekstuk of fotografisch werk.

'Openbaar maken' is een handeling waarvan sinds 1912 in de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet vastligt dat de maker van een werk deze kan verbieden of tegen een vergoeding kan toestaan. Het begrip 'openbaar maken' is erg ruim

3.1 Openbaarmaking = mededeling aan het publiek

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.¹²

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 tijdstip toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.'

Bij het beschikbaar stellen via internet gaat het (meestal) om 'de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze op een door hen individueel gekozen plaats en tijdstip toegankelijk zijn.'¹³ Nu deze vorm van openbaar maken (hoogstwaarschijnlijk) volledig is geharmoniseerd,¹⁴ zal de vraag of hyperlinken als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking aan te merken is uiteindelijk worden beslist door het Hof.¹⁵ Zolang deze vraag nog niet beantwoord is, zullen wij echter moeten kijken naar de invulling die het Hof de afgelopen jaren heeft gegeven aan het meer algemene begrip 'mededeling aan het publiek'.¹⁶

Bij de vraag waar het in deze bijdrage om gaat, zouden eigenlijk de Europese begrippen 'mededeling aan het publiek' en 'beschikbaarstelling aan het publiek' gebruikt moeten worden. Omdat het in Nederland nog gebruikelijk is om te spreken over 'openbaar maken', zullen wij in het vervolg van deze bijdrage de 'Europeesrechtelijke' begrippen slechts gebruiken bij de bespreking van de Europese rechtspraak. Met 'openbaar maken' en 'mededeling aan het publiek' wordt in deze bijdrage dus hetzelfde bedoeld.

3.2 Het publiek

In de rechtspraak van het Hof wordt het 'publiek' consequent gedefinieerd als een 'onbepaald aantal' eindgebruikers.¹⁷ Ook hotelgasten zijn aldus te kwalificeren, zo bleek in *SGAE/Rafael Hoteles*.¹⁸ Daarbij blijkt ook de omvang van het publiek een relevante factor: 'Het gaat in de regel om een vrij groot aantal personen, zodat deze personen als een publiek moeten worden aangemerkt' (cursivering toegevoegd).¹⁹

3.3 Secundaire openbaarmaking: het niet ingecalculeerde publiek

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

10 Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Svea hovrätt (Zweden) op 18 oktober 2012 – *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd/Retriever Sverige AB* (zaak C-466/12).

11 HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 m.nt Spoor (*Bigott/Doucal*).

12 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

13 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.

14 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 *Chellomedia* (HR 19 juni 2009, IEPT20090619).

15 In de reeds genoemde zaak *Svensson* (zaak C-466/12) zal het HvJ EU zich niet alleen uitlaten of met art. 3 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn maximumharmonisatie beoogd, maar ook of het hyperlinken (naar legaal aanbod) hieronder valt. Wij komen hier verderop in deze bijdrage op terug.

16 Zie tevens: D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 41-51.

17 HvJ EG 2 juni 2005, C-89/04, *Mediaforum* 2005/7/7, nr. 24 m.nt. Chavannes (*Mediakabel*); HvJ EG 14 juli 2005, C-192/04, *AMI* 2006/1, nr. 2, p. 25 m.nt. Seignette (*Lagardère/GVL*); HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*).

18 Feitelijk is het aantal hotelgasten natuurlijk niet echt onbepaald: er is een

bepaald aantal kamers met een bepaald aantal bedden, en op ieder moment is er een bepaald aantal hotelgasten. Het Hof loste dit op twee manieren op, namelijk door te benadrukken dat de hotelgasten elkaar snel opvolgen en er ook televisies in de openbare ruimtes van het hotel stonden. Daardoor was er toch publiek bestaande uit een 'onbepaald' aantal gebruikers.

19 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles) r.o. 38.

20 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles).

21 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles), r.o. 38.

22 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles), r.o. 42.

23 HvJ EU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, AMI 2012/1, nr. 1, p. 13 m.nt. Grosheide, IER 2013/3, nr. 26, p. 227 m.nt. De Cock Buning en Schaafsma (Premier League) r.o. 195-196.

24 HvJ EU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, AMI 2012/1, nr. 1, p. 13 m.nt. Grosheide, IER 2013/3, nr. 26, p. 227 m.nt. De Cock Buning en Schaafsma (Premier League), r.o. 195-196, 198-199.

25 HvJ EU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, AMI 2012/1, nr. 1, p. 13 m.nt. Grosheide, IER 2013/3, nr. 26, p. 227 m.nt. De Cock Buning en Schaafsma (Premier League), r.o. 204-206.

26 HvJ EU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, IER 2012/3, nr. 27, p. 247 m.nt. Seignette 10332 (Airfield en Canal Digitaal/Sabam en Agicoa).

27 HvJ EU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, IER 2012/3, nr. 27, p. 247 m.nt. Seignette 10332 (Airfield en Canal Digitaal/Sabam en Agicoa), r.o. 76.

28 D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', AMI 2013/2, p. 41-51.

29 HvJ EU 15 maart 2012, C-162/10, AMI 2012/3, nr. 9, p. 107 m.nt. Visser (Phonographic Performance Ireland).

door een eerste primaire openbaarmaker, bijvoorbeeld een radio- of televisieomroep, openbaar wordt gemaakt. De bekendste vormen van secundair openbaar maken zijn de 'radio in het café' en de kabeldoorgifte van radio- en televisieprogramma's. Ook de kabeldoorgifte van televisieprogramma's naar hotelkamers valt hieronder.²⁰ Het gaat meestal om het 'gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte' doorgeven 'van een in een radio- of televisieprogramma' opgenomen werk. Dáárvan wordt aangenomen dat het een secundaire openbaarmaking is waarvoor toestemming en/of betaling van de rechthebbenden nodig is.

In de zaak over de hotelkamerdoorgifte onderbouwde het Hof zijn beslissing als volgt:

'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' (cursivering toegevoegd).²¹

Vervolgens haalt het Hof 'de gids van de Berner Conventie' aan en oordeelt dat het erom gaat dat:

'de auteur, wanneer hij in de radio-uitzending van zijn werk toestemt, slechts het oog [heeft] 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 [...] 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' (cursivering toegevoegd).

Daarbij overweegt het Hof eveneens dat het hotel met het ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen geen eenvoudig technisch middel verschaft om de ontvangst mogelijk te maken of te verbeteren, maar dat het hotel 'met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt' om toegang tot de beschermde werken aan zijn gasten te verlenen. 'Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten (...) in beginsel immers niet van de uitgezonden werken kunnen genieten.'²² Het is dus deze (actieve) tussenkomst door het hotel die ervoor zorgt dat er een 'ander, nieuw publiek' wordt bereikt.

Deze tussenkomst, later vertaald als 'interventie', heeft in de jurisprudentie van het Hof een belangrijke zelfstandige betekenis gekregen. Zo werd in *Premier League* geoordeeld dat ook de horeca-eigenaar een mededeling (aan het publiek) verricht wanneer hij voetbalwedstrijden, door middel van een televisie-

scherm en luidsprekers, *bewust* vertoont aan in die horecagelegenheid aanwezige klanten.²³ Ook hier ging het dus om de *bewuste tussenkomst* die ertoe leidt dat er een *extra publiek* wordt bereikt waarmee bij de eerdere toestemming nog *geen rekening* was gehouden.²⁴ Bovendien blijkt uit dit arrest dat ook het al dan niet aanwezig zijn van een winstoogmerk relevant kan zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek.²⁵ Ook in *Airfield*²⁶ oordeelde het Hof dat de satellietaanbieder door het decoderen en opnieuw aanbieden van televisiesignalen een interventie uitvoerde waarmee de werken toegankelijk werden gemaakt voor een ruimer publiek dan waarop de betrokken omroeporganisatie doelde, oftewel aan 'een publiek dat de auteurs van deze werken niet voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden voor het gebruik van hun werken door de omroeporganisatie'.²⁷

In de drie bovengenoemde arresten legt het Hof derhalve de nadruk op de vraag of er sprake is van een 'interventie' waarmee een publiek wordt bereikt dat niet was ingecalculleerd bij de eerdere toestemming.²⁸ Aan de hand hiervan rijst de vraag of het plaatsen van een hyperlink ook als een dergelijke interventie is aan te merken waarmee een werk aan een nieuw publiek wordt medegedeeld. In het navolgende en bij de bespreking van de recente Nederlandse rechtspraak zal echter blijken dat het 'niet-ingecalculleerd-publiek criterium' in de praktijk zelfstandige betekenis mist en dat de rechter uiteindelijk (*de facto*) aan de hand van andere factoren zal bepalen of er sprake is van een aparte mededeling aan het publiek.

Het legt Hof de nadruk op de vraag of er sprake is van een 'interventie' waarmee een publiek wordt bereikt dat niet was ingecalculleerd bij de eerdere toestemming

3.4 Beoordeling in globo (winstoogmerk)
In *Phonographic Performance Ireland (PPI)*²⁹ was er sprake van een mededeling aan het publiek, omdat de hoteleigenaar met het beschikbaar stellen van een cd-speler en cd's aan zijn gasten alle 'elementen [had] verschaft die noodzakelijk zijn om van de betrokken werken kennis te kunnen nemen'. Deze 'centrale rol' van de hoteleigenaar en het feit dat hij een economisch belang had om

hotelgasten aan te trekken door muziek op de kamers beschikbaar te stellen, waren daarbij van doorslaggevend belang.³⁰

De nadruk op het winstoogmerk (of het ontbreken daarvan) kwam terug in het op dezelfde dag gewezen arrest *Marco del Corso*.³¹ Hierin geeft het Hof zichzelf en de feitenrechter allereerst de opdracht (en de vrijheid) om 'meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria' in onderling verband te gaan afwegen 'waarbij deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen'.³² Kennelijk is het Hof van oordeel dat dit 'in globo beoordelen' in de praktijk 'in verschillende concrete situaties' ook tot wisselende resultaten kan leiden.³³ Immers, hoewel de Turijnse tandarts (Marco del Corso) die in de wachtkamer van zijn praktijk muziek laat horen wél (opzettelijk) intervenieert, zijn er andere omstandigheden die maken dat toch geen sprake is van een mededeling aan het publiek. Deze omstandigheden waren dat patiënten van de tandarts een beperkte kring van personen (en dus geen 'onbepaald' of 'groot aantal' personen) is³⁴ en dat de tandarts met het uitzenden van muziek geen 'extra dienst [verleent] om voordeel te trekken'. Immers, 'niet kan worden betwist' dat de tandarts door deze uitzending redelijkerwijs niet kan verwachten dat het aantal patiënten van zijn praktijk zal toenemen, of dat hij de prijs van de zorgverlening zal kunnen verhogen.³⁵ Tandartspatiënten zijn niet 'ontvankelijk' voor de uitzending van muziekwerken, aldus het Hof.³⁶

In het meest recente arrest van het Hof ten aanzien van het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zaak *TVCatchup*³⁷, ging het om het via internet 'uitzenden' van televisieprogramma's binnen het ontvangstgebied van de etherzenders, waarmee de programma's regulier werden uitgezonden. Anders dan in de voorgaande arresten kiest het Hof hierin weer voor een tamelijk technische benadering: er is sprake van een mededeling aan het publiek als de technische werkwijze van de wederdoorgifte verschilt van die van de oorspronkelijke mededeling en deze werkwijze niet loutere ontvangst(verbetering) ten doel heeft. Het al dan niet bereiken van een nieuw, niet ingecalculeerd publiek, noch of deze wederdoorgifte een winstoogmerk had, deed volgens het Hof ter zake.³⁸ Vermoedelijk leek deze casus zo veel op de traditionele kabeldoorgifte van televisieprogramma's van anderen, dat het Hof daarom geen aanleiding zag voor bespiegelingen over 'publiek', 'inter-

ventie', 'centrale rol' en 'winstoogmerk'. Voor de auteursrechtelijke status van hyperlinken lijkt dit arrest daarmee weinig relevant.

3.5 Helder juridisch kader?

De vraag of er in een concreet geval sprake is van een mededeling aan het publiek c.q. openbaarmaking dient de feitenrechter derhalve te beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Zoals wel vaker in het IE-recht kan de rechter zich ter rechtvaardiging van dit oordeel beroepen op een scala aan vage Europeesrechtelijke begrippen als 'interventie', 'centrale rol', 'bewustheid', 'winstoogmerk' en 'ontvankelijkheid van het publiek'. Immers, niet alleen is onduidelijk wat precies met deze begrippen wordt bedoeld, ook is niet duidelijk welke combinatie van elementen voldoende is om van een openbaarmaking te kunnen spreken.³⁹

Eind vorig jaar oordeelde de Nederlandse rechter dat zowel het hyperlinken naar illegaal aanbod, als het hyperlinken naar legale content als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking was aan te merken

4 Hyperlinken als openbaarmaking

Ook hyperlinken is een handeling die betrekking heeft op informatie die al, rechtmatig of niet, openbaar is gemaakt door een ander. Zoals is gebleken bij de bespreking van het secundair openbaar maken, is daarmee echter niet gezegd dat het hyperlinken ook als een vorm van openbaarmaking te kwalificeren is.

Eind vorig jaar oordeelde de Nederlandse rechter met toepassing van bovengenoemde Europeesrechtelijke criteria dat zowel een hyperlink naar illegaal aanbod, als een hyperlink naar legale content als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking was aan te merken.

4.1 Britt Dekker⁴⁰

Op 12 september 2012 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat het linken door website GeenStijl naar illegaal openbaar gemaakte blootfoto's van Britt Dekker, bestemd voor het decembernummer van *Playboy*, een openbaarmaking opleverde.

30 In deze zaak gaat het niet om de interpretatie van art. 3 Auteursrecht-richtlijn, maar om de nabuurrechtelijke variant daarvan in art. 8 lid 2 van de Verhuurleenrecht- en Naburige rechtenrichtlijn. Het gaat echter over hetzelfde begrip 'mededeling aan het publiek'.

31 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*). Zie tevens: D.J.G. Visser, 'Een tandarts zonder winstoogmerk. Een nadere analyse van HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, B9 10975 (*SCF / Marco Del Corso*)'.

32 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*), r.o. 79.

33 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*), r.o. 80.

34 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*), r.o. 96. Zie tevens ov. 86 waarin het Hof spreekt van een zekere de-minimis-drempel ten aanzien van het begrip 'publiek'.

35 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*), r.o. 97.

36 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (*SCF Consorzio Fonografici / Marco del Corso*), r.o. 98.

37 HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IEPT20130307 (*ITV / TVCatchup*).

38 HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IEPT20130307 (*ITV / TVCatchup*), r.o. 44.

39 Zie voor meer informatie: D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', AMI 2013/2, p.41-51. Zie tevens de noot bij Rb. Amsterdam 12 september 2012, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 (*Sanoma / GeenStijl*).

40 Rb. Amsterdam 12 september 2012, LJN: BX7043, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 m.nt. Visser (*Sanoma / GeenStijl*).

41 Rb. Amsterdam 12 september 2012, LJN: BX7043, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 m.nt. Visser (*Sanoma / GeenStijl*), r.o. 4.11.

42 Rb. Amsterdam 12 september 2012, LJN: BX7043, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 m.nt. Visser (*Sanoma / GeenStijl*), r.o. 4.14.

43 Rb. Amsterdam 12 september 2012, LJN: BX7043, *Mediaforum* 2012, nr. 23, p. 325 m.nt. Visser (*Sanoma / GeenStijl*), r.o. 4.15.

De doorslaggevende argumenten daarbij waren de volgende. Ten eerste stonden de illegaal openbaar gemaakte foto's op een onvindbare plaats op internet, waardoor het de met veel tromgeroffel op de website van GeenStijl aangekondigde hyperlinks waren die de werken feitelijk voor een (nieuw) publiek ontsloten. De rechtbank formuleerde dit als volgt:

'Door het plaatsen van een hyperlink op haar website heeft GeenStijl de gehele fotoreportage, die tot dan toe slechts voor een onbeduidend aantal personen vindbaar was, ontsloten. Daarmee was de fotoreportage vanaf dat moment beschikbaar voor de 230.000 dagelijkse bezoekers van de website van GeenStijl. Zij hoefden slechts te klikken op HIERRR en kwamen daarmee onmiddellijk bij de betreffende file met de fotoreportage terecht. Niet de plaatsing in een voor het publiek onvindbare file binnen de website Filefactory.com, maar de plaatsing van de hyperlink op Geenstijl.nl heeft er dan ook voor gezorgd dat het publiek vanaf 27 oktober 2011 kennis kon nemen van de

fotoreportage voordat deze zou worden gepubliceerd in het decembernummer 2011 van *Playboy*. Dat GeenStijl over de file(s) binnen Filefactory.com geen zeggenschap en controle had, doet daaraan niets af.⁴¹

En, iets verderop in het vonnis:

'Door het plaatsen van de hyperlink kon een vrij grote en onbepaalde kring van personen kennis nemen van de fotoreportage. Dit is een ander publiek dan dat waarop de auteursrechtelijke doelde toen deze toestemming verleende voor openbaarmaking van de fotoreportage.⁴²

Ten tweede was volgens de rechtbank relevant dat GeenStijl onmiskenbaar een winstoogmerk had.⁴³ Dat is volgens de rechtbank een (extra?) reden om in dit geval openbaarmaking aan te nemen. De rechtbank spreekt niet van 'tussenkost' 'met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag', maar uit de manier waarop de feiten worden beschreven is daarvan naar het oordeel van de rechtbank ongetwijfeld sprake. Ook is duidelijk dat GeenStijl 'een centrale rol' speelt en de 'elementen verschaft die noodzakelijk zijn om van de betrokken werken kennis te kunnen nemen'. De rechtbank benoemt die criteria echter niet.

Op 12 september 2012 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat het linken door website GeenStijl naar illegaal openbaar gemaakte blootfoto's van Britt Dekker, bestemd voor het decembernummer van *Playboy*, een openbaarmaking opleverde

Dit oordeel roept uiteraard de vraag op hoe het zit met (al dan niet met veel tromgeroffel aangekondigde) hyperlinks naar illegale openbaarmakingen die wel enigszins gemakkelijk vindbaar zijn op internet. Is er dan geen sprake van een interventie waardoor een ander (nieuw) publiek wordt bereikt? Aanknopen bij wat de auteur voor ogen stond bij het geven van de toestemming voor de oorspronkelijke openbaarmaking is geen optie, aangezien bij het linken naar een illegale openbaarmaking in het geheel geen toestemming is gegeven voor het bereiken van enig internetpubliek. Dan zou dus iedere hyperlink naar illegale openbaarmaking zelf ook een (nieuwe) openbaarmaking zijn. Dat is iets waar de Nederlandse rechter tot nu niet aan lijkt te willen.



Originele foto © Carli Hermes

Opzettelijk hyperlinken of anderszins verwijzen naar illegaal aanbod wordt meestal als onrechtmatige daad aangemerkt, maar niet als een zelfstandige openbaarmaking.⁴⁴ Na dit vonnis lijkt echter goed verdedigbaar dat het opzettelijk hyperlinken naar (onmiskenbaar) onrechtmatig openbaargemaakte informatie op internet wel steeds een openbaarmaking oplevert.

Na dit vonnis lijkt goed verdedigbaar dat het opzettelijk hyperlinken naar (onmiskenbaar) onrechtmatig openbaargemaakte informatie op internet steeds een openbaarmaking oplevert

4.2 *Nederland.fm*⁴⁵

In de *Nederland.fm*-zaak ging de Haagse rechtbank nog een stapje verder door te oordelen dat het aanbieden van embedded links naar internetradiostations op een zogenaamd radioportal kan worden aangemerkt als het (mede) openbaar maken van de muziek die op de internetradiostations te horen is. Voor de duidelijkheid: het ging hier dus om het linken naar legaal muzikaanbod.

De eerste reden daarvoor is dat de gedaagde 'zijn websites zo heeft ingericht dat de gelinkte radiostreams worden beluisterd in het kader van zijn websites' (cursivering toegevoegd). Hoewel volstrekt duidelijk wordt wat de rechtbank bedoelt, is het een formulering die intrigeert. Een website is primair visueel waarneembaar en letterlijk genomen is een 'kader' alleen maar te zien en niet te horen. 'In het kader van' kan ook figuurlijk worden geïnterpreteerd. Men kan luisteren naar muziek in het kader van een concert, een film, een werkzaamheid of enige andere activiteit. Maar de rechtbank bedoelt het kader hier primair letterlijk. Het gaat erom dat de gebruiker 'blijft' op de site terwijl hij de internetradiokanalen beluistert en blijft kijken naar de aldaar geplaatste advertenties. Vanwege deze visuele aspecten van de manier van hyperlinken gaat de betrokkenheid van gedaagde volgens de rechtbank verder dan het beschikbaar stellen van faciliteiten en maakt de gedaagde zelf openbaar.

Deze feitelijke omstandigheid bestaande uit de manier van hyperlinken blijkt doorslaggevend. Hieruit volgt namelijk dat gedaagde de muziek presenteert aan de bezoeker van

zijn eigen website, en daarmee volgens de rechtbank een ander publiek bereikt dan de rechthebbende (Buma) voor ogen stond én de mogelijkheid heeft om advertenties te plaatsen en daarmee profijt te trekken. De rechtbank overwoog als volgt:

'Het gevolg van de interventie van X is dat de radiostreams worden gepresenteerd aan de bezoekers van de websites van X. Daarmee worden de daarin opgenomen muziekwerken toegankelijk voor een ander publiek dan het publiek dat Buma/Stemra voor ogen had toen zij toestemming verleende voor het gebruik van de muziekwerken door de radiostations. De websites van X zijn namelijk andere audiovisuele producten dan de websites van de radiostations. Zij hebben daarom een ander publiek.'⁴⁶ 'Dat X de radiostreams presenteert in het kader van zijn eigen websites is auteursrechtelijk relevant omdat hij op die manier de mogelijkheid schept om zelf profijt te trekken uit de radiostreams en de daarin opgenomen muziekwerken. In feite eigent X zich door zijn handelswijze de mogelijkheid toe om de muziekwerken te exploiteren. X maakt ook gebruik van die mogelijkheid. Op de homepage van zijn websites worden namelijk advertenties gepresenteerd. Vanwege de genoemde inrichting van zijn websites, blijven die advertenties zichtbaar tijdens het afspelen van de radiostreams. Aldus genereert X inkomsten mede met de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken van de bij Buma/Stemra aangesloten partijen.'⁴⁷

De toepassing van het uit de HvJ EU-rechtspraak bekende 'ander-publiek-criterium' klinkt aannemelijk en is zeker in lijn met de redenering die van het Hof bekend is. Maar ze roept ook vragen op die inherent zijn aan de toepassing van dat criterium

De toepassing van het uit de HvJ EU-rechtspraak bekende 'ander-publiek-criterium' in overweging 4.5 klinkt aannemelijk en is zeker in lijn met de redenering die van het Hof bekend is. Maar ze roept ook vragen op die inherent zijn aan de toepassing van dat criterium. *In casu* bleek expliciet uit de licentievoorwaarden van Buma dat de toestemming voor een radiostation geen toestemming voor een radioportal impliceert. De redenering dat er dan dus sprake is van een nieuw publiek klinkt dan overtuigend, maar dat is het niet, althans *niet los* van de wil of bedoeling van Buma's onafhankelijke *normatieve* oordeel dat het gebruik in een radioportal een exploitatiehandeling is die de rechthebbende zich apart *kan en mag* voorbehouden.

Het kwalificeren van een bepaalde 'interventie' als het bereiken van een ander of nieuw publiek is per definitie een normatief oordeel over de vraag of een bepaalde handeling als een separate exploitatie- of openbaarmakings-

44 Hof Amsterdam 15 juni 2006, LJN: AX7579 (*Techno Design / BREIN*), Vzr. Rb. Den Haag 5 januari 2007, LJN: AX5678, *AMI* 2007/2, nr. 9 (*BREIN / KPN*), Vzr. Rb. Amsterdam 21 juni 2007, LJN: BA7810 (*BREIN / Leaseweb I*), Hof Amsterdam 3 juli 2008, LJN: BD6223 (*BREIN / Leaseweb II*), Vzr. Rb. Den Bosch 8 juli 2008, IEF 6425 (*BREIN / Euro-access*; te vinden op www.ie-forum.nl), Rb. Utrecht, 26 augustus 2009, IEF 8127 (*BREIN / Mininova*), Vzr. Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, IEF 8287 (*BREIN / The Pirate Bay*), Hof Den Bosch 12 januari 2010, IEF 8514 (*C More Entertainment / Myp2p*), Hof Amsterdam 16 maart 2010, IEF 8678 (*BREIN / Shareconnector*), Hof Den Haag 15 november 2010, LJN: BO398 (*FTD / Eyeworks*), Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN: BP3757 (*BREIN / FTD*), Vzr. Rb. Den Haag 22 maart 2011, IEF 9487 (*KNVB / MyP2P*), Hof Amsterdam 15 januari 2013, LJN: BY8420 (*Noordhoff / Van Amerongen*).

45 Rb. Den Haag 19 december 2012, IEPT20121912, *AMI* 2013/2, nr 4, p. 84 m.nt. D.J.G. Visser (*Nederland.fm*).

46 Rb. Den Haag 19 december 2012, IEPT20121912, *AMI* 2013/2, nr 4, p. 84 m.nt. D.J.G. Visser (*Nederland.fm*), r.o. 4.5.

47 Rb. Den Haag 19 december 2012, IEPT20121912, *AMI* 2013/2, nr 4, p. 84 m.nt. D.J.G. Visser (*Nederland.fm*), r.o. 4.6.

handeling mag of moet worden gekwalificeerd. Als zelfstandig criterium voor de vraag of een bepaalde handeling wel of niet als een aparte openbaarmaking is aan te merken, is het ‘ander-publiek-criterium’ dus feitelijk niet bruikbaar.⁴⁸ Derhalve worden andere factoren als het ‘profijt trekken’ en het ‘winstoogmerk’ er als bijkomende, zo niet als doorslaggevende omstandigheid, bijgehaald om te oordelen dat er sprake is van een openbaarmaking.

De stelling dat uit dit arrest zou volgen dat een embedded link (altijd) een openbaarmaking inhoudt, lijkt ons echter onjuist.⁴⁹ Met name het op een niet-misleidende manier embedded linken naar een (legaal) YouTube-filmpje door een particulier zonder enig winstoogmerk op bijvoorbeeld een Facebook-pagina, is vermoedelijk geen openbaarmaking. Ook is de kans groot dat het oordeel van de rechtbank anders uitvalt als een radioportal de manier van hyperlinken naar radiostations aanpast, waardoor de hyperlink leidt tot het *full screen* openen van een nieuwe pagina of nieuw tabblad met de website van een radiostation. Maar dan is er ook geen sprake meer van embedded linken. Aannemelijk is dat dit een negatief effect heeft op de reclame-inkomsten, omdat bezoekers dan minder lang op de website ‘achterblijven’. Als dat inderdaad het geval is, is daarmee de rechtvaardiging van het door de rechtbank gemaakte onderscheid voor een belangrijk deel gegeven.

Het op een niet-misleidende manier embedded linken naar een (legaal) YouTube-filmpje door een particulier zonder enig winstoogmerk op bijvoorbeeld een Facebookpagina, is vermoedelijk geen openbaarmaking

5.3 Noordhoff⁵⁰

Vraag is overigens of het in de vorige paragraaf genoemde *full screen* openen van een nieuwe pagina een relevant verschil zou moeten maken bij linken naar illegaal aanbod. Het is bekend dat de illegale aanbieder en degene die er ‘slechts’ naar linkt vaak onder één hoedje spelen of zelfs in één persoon verenigd zijn.⁵¹

Dat dit volgens het Amsterdamse hof wél verschil kan maken, blijkt uit het arrest *Noordhoff*.⁵² Het hof oordeelt dat nu niet vast staat dat appellant de auteursrechtelijk

beschermd werken van Noordhoff zelf op het internet heeft gezet, maar slechts door een eenvoudige hyperlink de weg daarnaar wees, er geen sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking.⁵³ Wel werd het behulpzaam zijn bij het vinden van illegaal aanbod – in lijn met vaste rechtspraak – onrechtmatig geoordeeld.⁵⁴

6 In de pijlijn: Svensson

Vermoedelijk zal er op Europees niveau binnenkort meer duidelijkheid worden gegeven over de vraag óf en wanneer hyperlinken als openbaarmaking kan worden aangemerkt.

De Zweedse Hoge Raad heeft ten aanzien van de vraag of het hyperlinken vanaf een gesloten database naar een openbare website geoorloofd is, een viertal zeer relevante prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd.⁵⁵ Zo stelt de Zweedse rechter onder meer de vraag of er sprake is van openbaar maken als iemand een link op zijn website plaatst, of de wijze van hyperlinken relevant is en of artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn maximumharmonisatie beoogt.

De European Copyright Society (‘ECS’), een vereniging van een aantal auteursrechtelijke academici, heeft aan de hand van deze vragen een rapport gepubliceerd waarin zij betoogt dat hyperlinken niet als ‘mededeling aan het publiek’ kan worden beschouwd, maar louter via nationale regelingen als de onrechtmatige daad zou moeten worden verboden.⁵⁶ Hoewel goede argumenten te vinden zijn voor dit standpunt, valt daar ook wel op af te dingen. Als hyperlinken nooit als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking kan worden gekwalificeerd, betekent dat bijvoorbeeld dat de rechthebbende geen beroep kan doen op de specifieke handhavingsmogelijkheden die IE-rechten bieden (met name het *ex parte*-verbod en de volledigeproceskostenveroordeling). Belangrijker is dat voor een radioportal als Nederland.fm geen eenvoudige auteursrechtelijke betalingsverplichting jegens Buma kan worden aangenomen. Dit terwijl zo’n betalingsverplichting wel redelijk lijkt. Een dergelijke radioportal zou dan via een beroep op onrechtmatige daad verboden moeten worden of er zou een nieuw soort betalingsverplichting op grond van maatschappelijke zorgvuldigheid moeten worden geconstrueerd die wel erg veel lijkt op het auteursrecht. Een dergelijke oplossing zou dan per Europees land op nationaal recht gebaseerd moeten worden, waardoor Europese harmonisatie ver te zoeken is en in grensoverschrijdende situa-

48 Feitelijk behelst dit criterium een cirkelredenering. Immers, het antwoord op de vraag of van een ‘nieuw publiek’ (en dus van een openbaarmaking) sprake is, is afhankelijk van waar ‘de auteur’ het oog op heeft gehad toen hij de toestemming gaf. De auteur heeft ‘het oog op’ de handeling die onder zijn verbodsrecht valt. Als dat wat onder zijn verbodsrecht valt, afhankelijk is van waar hij ‘oog op heeft’, draaien we in een kringetje rond. Zie tevens: D.J.G. Visser, ‘Het “embedden” van een YouTube-filmpje op een Hyves-pagina’, *Mediaforum* 2010-2, p. 13.

49 In de lagere rechtspraak, waaronder het meest expliciet in 2010 door het Hof Den Bosch in een *obiter dictum* (Hof Den Bosch 12 januari 2010, IER 8514, IEPT20100112, IER 2010, nr. 34, p. 249, m.nt. Seignette en Schaafsma (*C More / MyP2P*) r.o. 4.99 is dit weleens gesteld.

50 Hof Amsterdam 15 januari 2013, IEPT2013011 (*Noordhoff*).

51 Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om een *full screen* nieuwe pagina te laten openen, waarop links staan die weer terug leiden naar de pagina waarvandaan werd gelinkt.

52 Hof Amsterdam 15 januari 2013, IEPT2013011 (*Noordhoff*), r.o. 2.7.

53 Hof Amsterdam 15 januari 2013, IEPT2013011 (*Noordhoff*), r.o. 2.8.

54 Hof Amsterdam 15 januari 2013, IEPT2013011 (*Noordhoff*), r.o. 2.8.

55 Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Svea hovrätt (Zweden) op 18 oktober 2012 – *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd / Retriever Sverige AB* (zaak C-466/12).

56 Beschikbaar via www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf.

ties veel onduidelijkheid bestaat. Idealiter zou op Europees niveau in grote lijnen duidelijk moeten worden gemaakt welke vormen van hyperlinken onder welke omstandigheden wel of niet verboden kunnen worden dan wel onderworpen zijn aan een betalingsplicht. Dat zou vermoedelijk het beste in het kader van het auteursrecht kunnen gebeuren, omdat dat Europees is geharmoniseerd.

Idealiter zou op Europees niveau in grote lijnen duidelijk moeten worden gemaakt welke vormen van hyperlinken onder welke omstandigheden wel of niet verboden kunnen worden dan wel onderworpen zijn aan een betalingsplicht

7 Conclusie

Op dit moment kan niet in het algemeen worden gesteld dat hyperlinken en/of embedden, naar legaal of naar illegaal aanbod, als openbaarmaking kan worden gekwalificeerd. Het hangt af van de omstandigheden van het geval en de Europeesrechtelijke criteria die de feitenrechter daarbij van doorslaggevend belang acht. De vindbaarheid en de onrechtmatigheid van de bron, het winstoogmerk en de 'context' van de hyperlink zijn daarbij belangrijke factoren. Mogelijk wordt er op korte termijn weer wat meer duidelijkheid geschapen: binnenkort zal het Hof ten aanzien van een aantal vormen van hyperlinken naar legaal aanbod beslissen of deze als auteurs-

rechtelijk relevante openbaarmaking hebben te gelden en in hoeverre lidstaten verdergaan- de bescherming mogen bieden.

8 Naschrift

Vlak voor het sluiten van de kopij van dit artikel werd bekend dat het Duitse Bundesgerichtshof op 16 mei 2013 de vraag aan het Hof EU heeft voorgelegd of het embedden van auteursrechtelijk beschermde content een zelfstandige openbaarmaking is. In dit geval had een fabrikant van waterfilters op zijn website een embedded link geplaatst naar een YouTube-filmpje over watervervuiling, welke film door een concurrent ter promotie van zijn onderneming was vervaardigd en welke zonder haar toestemming op YouTube was geplaatst. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat hoewel het hyperlinken naar elders beschikbare werken onder het Duitse recht in beginsel niet als openbaarmaking te beschouwen is (omdat alleen de eigenaar van de 'achterliggende' website bepaalt of het werk toegankelijk blijft), een richtlijnconforme interpretatie van de Duitse auteurswet wellicht toch met zich mee moet brengen dat ook deze vorm van openbaarmaking als een aan de auteur voorbehouden handeling moet worden gekwalificeerd. Het Hof zal derhalve in de nabije toekomst tevens uitsluitel (moeten) geven over de vraag of het embedden van een (zonder toestemming geplaatst) YouTube-filmpje een auteursrechtelijk relevante handeling is, hetgeen (tevens) grote gevolgen zal kunnen hebben voor de wijze waarop wij content uitwisselen via Facebook en andere sociale media.
