

Noot J.M.B. Seignette bij HvJ EU 8 september 2016, C-160/15 (Sanoma/GS Media), IER 2016/47.

ARREST VAN HET HOF

(8 september 2016)

(M. Ilešič (rapporteur), kamerpresident, C. Toader, A. Rosas, A. Prechal en E. Jarašiūnas, rechters, advocaat-generaal: M. Wathelet, griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur)

m.nt. J.M.B. Seignette

Sanoma/GS Media

Prejudiciële verwijzing – Auteursrecht en naburige rechten – Richtlijn 2001/29/EG – Informatiemaatschappij – Harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten – Artikel 3, lid 1 – Mededeling aan het publiek – Begrip – Internet – Hyperlinks die toegang verschaffen tot beschermde werken die zonder toestemming van de rechthebbende toegankelijk zijn gemaakt op een andere website – Nog niet door de rechthebbende gepubliceerde foto's – Met winstooi merk plaatsen van dergelijke links

In zaak C-160/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij beslissing van 3 april 2015, ingekomen bij het Hof op 7 april 2015, in de procedure

GS Media BV

tegen

Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

Britt Geertruida Dekker,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 februari 2016,

gelet op de opmerkingen van:

- GS Media BV, vertegenwoordigd door R. Chavannes en D. Verhulst, advocaten,
- Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. en Britt Geertruida Dekker, vertegenwoordigd door C. Alberdingk Thijm en C. de Vries, advocaten,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en D. Kuon als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Segoin, D. Colas en G. de Bergues als gemachtigden,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en T. Rendas als gemachtigden,

- de Slowaakse regering, vertegenwoordigd door B. Ricziová als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door F. Wilman, T. Scharf en J. Samnadda als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 april 2016,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3, lid 1, van 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 (PB 2001, L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen GS Media BV enerzijds en Sanoma Media Netherlands BV (hierna: „Sanoma”), Playboy Enterprises International Inc. en Britt Geertruida Dekker (hierna tezamen: „Sanoma e.a.”) anderzijds, over de plaatsing op de door GS Media beheerde website GeenStijl.nl (hierna: „site GeenStijl”), van hyperlinks naar andere sites, via welke foto’s konden worden bekeken die gemaakt waren van Dekker voor het tijdschrift *Playboy* (hierna: „betrokken foto’s”).

Toepasselijke bepalingen

3 De overwegingen 3, 4, 9, 10, 23 en 31 van richtlijn 2001/29 luiden:

„(3) De voorgestelde harmonisatie zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom – de vrije meningsuiting en het algemeen belang.

(4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. [...]

[...]

(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. [...]

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. [...] Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.

[...]

(23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. [...]

[...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...]"

4 Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

„1. 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.

[...]

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.”

5 In artikel 5, leden 3 en 5, van voornoemde richtlijn wordt bepaald:

„3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

c) weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen of uitzendingen of ander materiaal van dezelfde aard, in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, of het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voor zover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en, voor zover, de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;

[...]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.”

Hoofdeding en prejudiciële vragen

6 De betrokken foto's, die moesten verschijnen in de decembereditie van 2011 van het tijdschrift *Playboy*, werden op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma, de uitgever van dat tijdschrift, vervaardigd door de fotograaf C. Hermès. Binnen dit kader heeft Hermès aan Sanoma het uitsluitende recht verleend om deze foto's in voornoemd tijdschrift te publiceren. Ook heeft hij Sanoma toestemming verleend om de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen.

7 GS Media beheert de site GeenStijl, waarop, volgens de door die site verstrekte inlichtingen, „nieuwsfeiten, schandelijke onthullingen en journalistiek onderzoek elkaar af[wisselen] met luchtige

onderwerpen en prettig gestoorde onzin". De site wordt elke dag bezocht door meer dan 230 000 bezoekers en behoort daarmee tot de tien best bezochte actualiteitensites van Nederland.

8 Op 26 oktober 2011 ontving de redactie van de site GeenStijl van een persoon die gebruikmaakte van een pseudoniem een bericht dat een hyperlink bevatte naar een bestand op de website Filefactory.com (hierna: „site Filefactory”), een Australische site voor dataopslag. Dat bestand bevatte de betrokken foto’s.

9 Sanoma heeft diezelfde dag de moedermaatschappij van GS Media gesommeerd te verhinderen dat de betrokken foto’s op de site GeenStijl werden verspreid.

10 Op 27 oktober 2011 werd op de site GeenStijl met betrekking tot deze foto’s van Dekker een artikel geplaatst met als titel: „[...]! Naaktfotoos [van] Britt Dekker”, in de marge waarvan een deel van een van de foto’s was opgenomen en dat eindigde met de tekst: „En dan nu het linkje met de pics waar u op zat te wachten”. Door te klikken op een in die tekst geplaatste hyperlink werden internetgebruikers doorgeleid naar de site Filefactory, waarop een andere hyperlink hen in staat stelde elf bestanden te downloaden, die elk een van de foto’s bevatten.

11 Diezelfde dag heeft Sanoma de moedermaatschappij van GS Media een e-mail gestuurd waarin zij deze sommeert te bevestigen dat de hyperlink naar de betrokken foto’s van de site geenStijl was verwijderd. GS Media heeft aan deze sommatie geen enkel gevolg gegeven.

12 Van de site Filefactory zijn de betrokken foto’s daarentegen op verzoek van Sanoma wel verwijderd.

13 Bij brief van 7 november 2011 heeft de raadsman van Sanoma e.a. GS Media gesommeerd het artikel van 27 oktober 2011, met inbegrip van de hyperlink, de foto’s die deze bevatte en de op dezelfde pagina van de site GeenStijl geplaatste reacties van internetgebruikers, van die site te verwijderen.

14 Diezelfde dag werd op de site GeenStijl een artikel geplaatst over het geschil tussen GS Media en Sanoma e.a. over de betrokken foto’s. Dat artikel eindigde met de zin: „Update: naaktpics [van Dekker] nog niet gezien? Ze staan HIERRR”. Dit bericht bevatte eveneens een hyperlink, en wel naar de website Imageshack.us, waar een of meer van de betrokken foto’s zichtbaar waren. Ook de beheerder van die website heeft echter later voldaan aan het verzoek van Sanoma om deze foto’s te verwijderen.

15 Op 17 november 2011 verscheen op de site GeenStijl een derde artikel, getiteld: „Bye Bye Zwaai Zwaai Playboy”, dat opnieuw een hyperlink naar de betrokken foto’s bevatte. Vervolgens plaatsten internetgebruikers die het forum van die site bezochten nieuwe links naar andere websites waarop de betrokken foto’s te zien waren.

16 In december 2011 werden de betrokken foto’s gepubliceerd in het tijdschrift *Playboy*.

17 Sanoma e.a. hebben GS Media gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam, waarbij zij met name stellen dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks en van een uitsnede van een van de betrokken foto’s op de site GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès en onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma e.a. De rechtbank Amsterdam heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.

18 Het gerechtshof Amsterdam heeft die beslissing vernietigd, daar het van oordeel was dat GS Media, door het plaatsen van de hyperlinks op de site GeenStijl, geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès omdat de betrokken foto’s, door het online plaatsen ervan op de site Filefactory, al eerder openbaar waren gemaakt. Het heeft evenwel geoordeeld dat GS Media door het plaatsen van deze hyperlinks onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma e.a., aangezien de

bezoekers van GeenStijl aldus werden aangespoord om de illegaal op de site Filefactory geplaatste foto's te bekijken. Zonder deze links zouden de foto's niet gemakkelijk te vinden zijn geweest. Bovendien oordeelde het gerechtshof Amsterdam dat GS Media door het plaatsen van een uitsnede van een van de betrokken foto's op de site GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès.

19 GS Media heeft tegen dat arrest beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

20 Sanoma e.a. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld, in het kader waarvan zij met name verwijzen naar het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), waarbij zij stellen dat het feit dat aan internetgebruikers een hyperlink ter beschikking wordt gesteld naar een website waarop een werk is geplaatst zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op dat werk, een mededeling aan het publiek vormt. Sanoma e.a. betogen bovendien dat de toegang tot de betrokken foto's op de site Filefactory werd beschermd door beperkingsmaatregelen in de zin van dat arrest, welke door de interventie van GS Media en haar site GeenStijl door de internetgebruikers konden worden omzeild, zodat deze foto's beschikbaar werden gesteld aan een ruimer publiek dan normaal gesproken toegang zou hebben gehad tot deze foto's op de site Filefactory.

21 In het kader van het onderzoek van dit incidentele cassatieberoep overweegt de verwijzende rechter dat noch uit het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), noch uit de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315) met voldoende zekerheid kan worden afgeleid of er sprake is van een „mededeling aan het publiek” wanneer het werk daadwerkelijk eerder, maar zonder toestemming van de auteursrechthebbende, openbaar is gemaakt.

22 Enerzijds volgt, volgens de verwijzende rechter, uit deze rechtspraak van het Hof dat moet worden nagegaan of met de desbetreffende interventie een publiek wordt bereikt dat niet in de eerder door de rechthebbende gegeven toestemming begrepen moet worden geacht, hetgeen strookt met het exclusieve recht van de rechthebbende om het werk te exploiteren. Anderzijds wordt, indien een werk op internet reeds beschikbaar is voor het algemene publiek, met het plaatsen van een hyperlink naar de site waarop dit werk zich reeds bevindt, feitelijk geen nieuw publiek bereikt. Er dient bovendien rekening te worden gehouden met het feit dat via internet zeer veel werk te vinden is dat zonder toestemming van de rechthebbende is gepubliceerd. Voor de beheerder van een website is het niet steeds eenvoudig om, wanneer hij een hyperlink wil plaatsen die verwijst naar een site waarop een werk zich bevindt, na te gaan of de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de eerdere publicatie daarvan.

23 De verwijzende rechter merkt voorts op dat het incidentele cassatieberoep ook de vraag opwerpt onder welke voorwaarden kan worden gesproken van „beperkingsmaatregelen” als bedoeld in het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76). Hij wijst er in dit verband op dat de betrokken foto's, voordat GS Media de hyperlink op de site GeenStijl plaatste, niet onvindbaar waren op internet, maar dat zij daar evenmin eenvoudig vindbaar waren, zodat het plaatsen van deze link op haar site de toegang tot deze foto's in hoge mate heeft gefaciliteerd.

24 Daarop heeft de Hoge Raad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Is sprake van een ‚mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende door middel van een hyperlink op een door hem beheerde website verwijst naar een door een derde beheerde, voor het algemene internetpubliek toegankelijke website, waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld?

b) Maakt het daarbij verschil of het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?

c) Is van belang of de ‚hyperlinker‘ op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor de plaatsing van het werk op de bij 1.a genoemde website van de derde en, in voorkomend geval, van de omstandigheid dat het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?

2) a) Indien het antwoord op vraag 1.a ontkennend luidt: is in dat geval wel sprake van een mededeling aan het publiek, of kan daarvan sprake zijn, indien de website waarnaar de hyperlink verwijst, en daarmee het werk, voor het algemene internetpubliek weliswaar vindbaar is, maar niet eenvoudig, zodat het plaatsen van de hyperlink het vinden van het werk in hoge mate faciliteert?

b) Is bij de beantwoording van vraag 2.a van belang of de ‚hyperlinker‘ op de hoogte is of behoort te zijn van de omstandigheid dat de website waarnaar de hyperlink verwijst voor het algemene internetpubliek niet eenvoudig vindbaar is?

3) Zijn er andere omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden bij beantwoording van de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek indien door middel van een hyperlink toegang wordt verschaft tot een werk dat niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

25 Met zijn drie vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of en onder welke omstandigheden het plaatsen, op een website, van een hyperlink naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

26 Binnen deze context vraagt hij zich met name af of het relevant is dat de betrokken werken nog niet met toestemming van die rechthebbende op een andere wijze zijn gepubliceerd, dat het verstrekken van deze hyperlinks het vinden van deze werken in hoge mate faciliteert – daar de website waarop deze voor alle internetgebruikers toegankelijk zijn niet eenvoudig vindbaar is – en dat de plaatser van deze hyperlinks kennis had, of moest hebben, van deze feiten, alsook van het feit dat die rechthebbende geen toestemming had gegeven voor de publicatie van de betrokken werken op laatstgenoemde site.

27 Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat auteurs het uitsluitende recht genieten 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.

28 Krachtens deze bepaling beschikken auteurs dus over een recht van preventieve aard om te interveniëren tussen eventuele gebruikers van hun werk en de mededeling aan het publiek die deze gebruikers overwegen te doen, teneinde deze mededeling te verbieden (zie in die zin arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 75, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 30).

29 Aangezien artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 het begrip „mededeling aan het publiek” niet preciseert, moet voor de betekenis en de draagwijdte ervan rekening worden gehouden met de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen en met de context van de uit te leggen bepaling (zie in die zin arresten van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punten 33 en 34, en 4 oktober 2011,

Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 184 en 185).

30 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat uit de overwegingen 9 en 10 van richtlijn 2001/29 volgt dat deze als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen. Hieruit volgt dat aan het begrip „mededeling aan het publiek” een ruime betekenis moet worden gegeven, zoals overigens uitdrukkelijk vermeld staat in overweging 23 van die richtlijn (zie in die zin arresten van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 186, en 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU:C:2013:147, punt 20).

31 Tegelijkertijd volgt uit de overwegingen 3 en 31 van richtlijn 2001/29 dat de daardoor tot stand gebrachte harmonisatie beoogt, met name in de elektronische omgeving, een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de bescherming van hun door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang.

32 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, verbindt het begrip „mededeling aan het publiek” twee cumulatieve elementen met elkaar, namelijk een „handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek” (arresten van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 16; 19 november 2015, SBS Belgium, C-325/14, EU:C:2015:764, punt 15, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 37).

33 Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip „mededeling aan het publiek” een geïndividualiseerde beoordeling vergt [zie arrest van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak, met betrekking tot het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 2006, L 376, blz. 28), welk begrip in die richtlijn dezelfde strekking heeft als in richtlijn 2001/29 (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 33)].

34 Bij een dergelijke beoordeling is het van belang rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast [arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 79; 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 30, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 35].

35 Van deze criteria heeft het Hof in de eerste plaats de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie benadrukt. Die gebruiker verricht namelijk een mededelingshandeling wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermd werk, met name daar deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk [zie in die zin arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 31].

36 In de tweede plaats heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip „publiek” ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en overigens een vrij groot aantal personen impliceert [zie in die zin

arresten van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 33].

37 Bovendien volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat, om te kunnen spreken van een „mededeling aan het publiek”, een beschermd werk moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze, die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een „nieuw publiek”, dat wil zeggen een publiek dat door de houders van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 24, en beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 In de derde plaats heeft het Hof geoordeeld dat het niet zonder belang is te weten of met een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, winst wordt beoogd [zie in die zin arresten van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 204; 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 88, en 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 36].

39 Met name aan de hand van deze criteria dient te worden beoordeeld of, in een situatie zoals die in het hoofdgeding, het feit dat op een website een hyperlink is geplaatst naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

40 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat het Hof in zijn arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus heeft uitgelegd dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij beschikbaar zijn op een andere website, geen „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt. Deze uitlegging werd ook gevolgd in de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315), met betrekking tot dergelijke hyperlinks die gebruikmaakten van de zogenoemde „framing-techniek”.

41 Uit de motivering van die beslissingen blijkt evenwel dat het Hof zich daarmee enkel heeft willen uitspreken over de plaatsing van hyperlinks naar werken die met toestemming van de rechthebbende op een andere website vrij beschikbaar waren gesteld, aangezien het Hof tot de slotsom was gekomen dat er geen sprake was van een mededeling aan het publiek, daar de betrokken mededeling niet was gedaan aan een nieuw publiek.

42 Binnen die context merkte het Hof op dat, aangezien de hyperlink en de website waarnaar deze verwijst volgens dezelfde technische werkwijze, namelijk via internet, toegang geven tot beschermd werk, een dergelijke link gericht moet zijn tot een nieuw publiek. Wanneer dat niet het geval is, met name omdat het werk reeds met toestemming van de auteursrechthebbenden voor het algemene internetpubliek vrij beschikbaar is op een andere website, kan die handeling niet worden aangemerkt als een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Aangezien dat werk vrij beschikbaar is op de website waartoe de hyperlink toegang verschaft, moet er immers vanuit worden gegaan dat de houders van het auteursrecht op dat werk, toen zij in die mededeling toestemden, het algemene internetpubliek als publiek beschouwden (zie in die zin arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., EU:C:2014:76, punten 24-28, en beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315, punten 15, 16 en 18).

43 Bijgevolg kan noch uit het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), noch uit de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315) worden afgeleid dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij, doch zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op die

werken, beschikbaar zijn gesteld op een andere website, in beginsel zou zijn uitgesloten van het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Integendeel, deze beslissingen bevestigen het belang van een dergelijke toestemming voor de toepassing van die bepaling, aangezien deze laatste nu juist bepaalt dat voor elke handeling bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek toestemming moet worden verleend door de auteursrechthebbende.

44 GS Media, de Duitse, Portugese en Slowaakse regering en de Europese Commissie betogen evenwel dat indien elke plaatsing van dergelijke links naar op andere websites gepubliceerde werken automatisch als een „mededeling aan het publiek” zou worden aangemerkt wanneer de houders van het auteursrecht op die werken voor die plaatsing op internet geen toestemming hebben gegeven, dit sterk beperkende gevolgen zou hebben voor de vrijheid van meningsuiting en informatie, en het rechtvaardige evenwicht dat richtlijn 2001/29 tot stand beoogt te brengen tussen die vrijheid en het algemeen belang enerzijds, en een effectieve bescherming van hun intellectuele eigendom anderzijds, niet in acht zou nemen.

45 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat internet inderdaad van bijzonder belang is voor de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, en dat hyperlinks bijdragen tot de goede werking ervan, alsmede tot de uitwisseling van meningen en informatie binnen dat netwerk, dat wordt gekenmerkt door de beschikbaarheid van immense hoeveelheden informatie.

46 Bovendien kan het, met name voor particulieren die dergelijke links willen plaatsen, moeilijk zijn om na te gaan of de website waar die links worden geacht naartoe te leiden, toegang geeft tot werken die worden beschermd en, in voorkomend geval, of de houders van auteursrechten op die werken toestemming hebben gegeven voor publicatie daarvan op internet. Een dergelijke verificatie kan nog moeilijker blijken te zijn wanneer deze rechten het voorwerp zijn van sublicenties. Verder kan de inhoud van een via een hyperlink toegankelijke website na de plaatsing van die link worden gewijzigd, en beschermde werken gaan bevatten zonder dat de plaatser van die hyperlink zich daarvan noodzakelijkerwijs bewust is.

47 Voor de geïndividualiseerde beoordeling van het bestaan van een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet dan ook, wanneer een hyperlink naar een werk dat vrij beschikbaar is op een andere website, is geplaatst door een persoon die daarmee geen winstoogmerk heeft, rekening worden gehouden met de omstandigheid dat die persoon niet weet – en redelijkerwijs ook niet kan weten – dat dat werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende was gepubliceerd op internet.

48 Een dergelijke persoon stelt voornoemd werk weliswaar beschikbaar aan het publiek, door de andere internetgebruikers rechtstreeks toegang daartoe te verlenen (zie in die zin arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 18-23), doch intervenueert immers in de regel niet met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze om klanten toegang te verschaffen tot een werk dat illegaal op internet is gepubliceerd. Bovendien kon, wanneer het betrokken werk reeds zonder enige toegangsbeperking beschikbaar was op de website waartoe de hyperlink toegang verschaft, het algemene internetpubliek in beginsel daartoe ook reeds toegang hebben zonder die interventie.

49 Wanneer daarentegen vaststaat dat een dergelijke persoon wist, of moest weten, dat de door hem geplaatste hyperlink toegang geeft tot een illegaal op internet gepubliceerd werk, bijvoorbeeld doordat hij daarover gewaarschuwd is door de auteursrechthebbenden, moet ervan uitgegaan worden dat de verstrekking van die link een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

50 Dit geldt ook in het geval waarin die link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar zich het

beschermde werk bevindt, zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, zodat de plaatsing van een dergelijke link dus een weloverwogen interventie vormt zonder welke die gebruikers niet over de verspreide werken zouden kunnen beschikken (zie naar analogie arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 27 en 31).

51 Bovendien kan, wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winstoochmerk, van de hyperlink-plaatser worden verwacht dat deze de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die links leiden niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet. In dergelijke omstandigheden en voor zover dit weerlegbare vermoeden niet is weerlegd, vormt de handeling bestaande in het plaatsen van een hyperlink naar een illegaal op internet gepubliceerd werk een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

52 Niettemin zou er bij gebreke van een nieuw publiek geen sprake zijn van een mededeling aan het „publiek” in de zin van die bepaling, in het – in de punten 40 tot en met 42 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte – geval waarin de werken waartoe via die hyperlinks toegang kan worden verkregen, met toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar zijn gesteld op een andere website.

53 Een dergelijke uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 waarborgt het door die richtlijn nagestreefde hoge niveau van bescherming van auteurs. Krachtens die richtlijn en binnen de door artikel 5, lid 3, daarvan gestelde grenzen, kunnen de auteursrechthebbenden immers niet alleen in rechte optreden tegen de oorspronkelijke publicatie van hun werk op een website, maar ook tegen eenieder die met een winstoochmerk een hyperlink plaatst naar het illegaal op die site gepubliceerde werk, alsook tegen personen die, in de in de punten 49 en 50 van het onderhavige arrest uiteengezette omstandigheden, zonder winstoochmerk een dergelijke hyperlink plaatsen. In dit verband dient er met name op te worden gewezen dat deze rechthebbenden in alle omstandigheden de mogelijkheid hebben om dergelijke personen te wijzen op het illegale karakter van de publicatie van hun werk op internet en in rechte tegen hen op te treden wanneer zij weigeren die link te verwijderen, zonder dat die personen zich kunnen beroepen op een van de in bovengenoemd artikel 5, lid 3, opgesomde uitzonderingen.

54 Wat het hoofdgeding betreft, staat vast dat GS Media de site GeenStijl beheert en dat zij, met een winstoochmerk, hyperlinks heeft verstrekt naar de bestanden met de betrokken foto's, die waren opgeslagen op de site Filefactory. Ook staat vast dat Sanoma geen toestemming had gegeven voor de publicatie van deze foto's op internet. Bovendien lijkt uit de weergave van de feiten in de verwijzingsbeslissing voort te vloeien dat GS Media zich van die laatste omstandigheid bewust was en dus niet het vermoeden kan weerleggen dat plaatsing van deze links is geschied met volledige kennis van het illegale karakter van die publicatie. In deze omstandigheden heeft GS Media, onder voorbehoud van door de verwijzende rechter uit te voeren verificaties, door deze links te plaatsen een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht, zonder dat binnen deze context de andere door die rechter naar voren gebrachte, in punt 26 van het onderhavige arrest genoemde, omstandigheden behoeven te worden onderzocht.

55 Gelet op het voorgaande dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat, om vast te stellen of het plaatsen, op een website, van hyperlinks naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een „mededeling aan het publiek” vormt in de zin van die bepaling, bepaald moet worden of deze links zijn verstrekt zonder winstoochmerk door een persoon die geen kennis had, of redelijkerwijs geen kennis kon hebben, van het illegale karakter van de publicatie van die werken op die andere website, dan wel of, integendeel,

voornoemde links met een dergelijk oogmerk zijn verstrekt, in welk geval deze kennis moet worden vermoed.

Kosten

56 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3, lid 1, van 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, moet aldus worden uitgelegd dat, om vast te stellen of het plaatsen, op een website, van hyperlinks naar beschermde werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar zijn op een andere website, een „mededeling aan het publiek” vormt in de zin van die bepaling, bepaald moet worden of deze links zijn verstrekt zonder winstoogmerk door een persoon die geen kennis had, of redelijkerwijs geen kennis kon hebben, van het illegale karakter van de publicatie van die werken op die andere website, dan wel of, integendeel, voornoemde links met een dergelijk oogmerk zijn verstrekt, in welk geval deze kennis moet worden vermoed.

Noot

Het Hof van Justitie heeft de afgelopen vijftien jaar een reeks van arresten gewezen over het begrip ‘mededeling aan het publiek’. In iedere zaak worden op basis van de feiten van de casus criteria toegevoegd aan de criteria die het Hof in eerdere zaken heeft geformuleerd. Er zit een dwingendheid in de wijze waarop het Hof deze criteria combineert en probeert er een consistent geheel van te maken. Het resultaat is een concept van mededeling aan het publiek dat ver afstaat van het begrip zoals dat is neergelegd in de Berner Conventie en in de WIPO verdragen die in de Auteursrechtlijn geïmplementeerd zijn.¹ Het Hof maakt het bestaan van een mededeling aan het publiek afhankelijk van de gebruikte techniek (*TVCatchup*², *Svensson*³), de bedoeling van de rechthebbende (*Airfield*⁴, *Svensson*) en de bedoeling van de gebruiker (*Marco del Corso*,⁵ *Svensson* en nu ook *Sanoma/GS*). Aangezien die bedoelingen niet altijd van buitenaf kenbaar zijn, doet het Hof hierover aannamen. En met die aannamen brengt het Hof een nieuwe balans aan tussen de belangen van de informatieconsument, de belangen van de rechthebbende en het algemeen belang. Daarbij gaat het al lang niet meer alleen om de uitleg van EU wetgeving, maar om (her)ordering van het informatie landschap. Het Hof ziet het als zijn grondrechtelijke taak “*een rechtvaardig evenwicht te waarborgen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de bescherming van hun door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met*

¹ Zie S.C. Van Velze, Het ‘nieuw publiek’ criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht, AMI 2016/3, p. 57.

² HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IER 2013/26 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2013/444 m.nt. P.B. Hugenholtz (*ITV/TVCatchup*).

³ HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, IER 2015/19 m.nt. J.M.B. Seignette (*Svensson*).

⁴ HvJ EU 13 oktober 2011, C-432/09, C-431/09, IER 2012/27 m.nt. J.M.B. Seignette (*Airfield*).

⁵ HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, IER 2012/36 (*Marco del Corso*). Zie over de uitleg van het begrip winstoogmerk HvJ EU 31 mei 2016, C117/15 (*Reha Training*), gepubliceerd elders in dit blad met noot Bronneman.

name hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang.” (r.ov. 31).

Het Hof legt in dit arrest uit hoe het bouwwerk eruit ziet zoals het dat - met terugwerkende kracht - uit vijftien jaar rechtspraak destilleert. Het begrip mededeling aan het publiek moet ruim worden uitgelegd. Er is sprake van een mededeling als de gebruiker met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermd werk, met name daar deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk (**bedoeling gebruiker**). Ook van belang is of de gebruiker winst beoogt (**bedoeling gebruiker**). Van publiek is sprake als de mededeling aan een onbepaald aantal gebruikers plaatsvindt. Wordt daarbij gebruik gemaakt van een andere mededeling van dezelfde content, dan gelden aanvullende eisen. Welke dat zijn, hangt af van de technische werkwijze die is gebruikt (**techniek**). Als de tweede mededeling gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, dan geldt het oude Berner Conventie criterium: de tweede mededeling is een (afzonderlijke) mededeling aan het publiek als deze is gedaan door een andere organisatie dan de organisatie die de eerste mededeling doet. Eerder oordeelde het Hof dat van een verschillende technische werkwijze sprake is bij gelijktijdige doorgifte van een aan het publiek uitgezonden TV programma door middel van internet streaming (*TV Catchup*). Satelliet, kabel en xDSL zijn ten opzichte van elkaar ook verschillende technische werkwijzen (*SBS/Sabam*).⁶ Als een via satelliet uitgezonden TV programma simultaan via een ander satelliet signaal wordt doorgegeven is dat geen andere technische werkwijze (*Airfield*). Evenmin is er sprake van een verschillende technische werkwijze als een hyperlink wordt geplaatst naar een andere website (*Svensson*).

Als er geen sprake is van een andere specifieke technische werkwijze, geldt als aanvullende voorwaarde dat er een nieuw publiek moet zijn bereikt. Daarvan is volgens het Hof sprake als een publiek wordt bereikt dat de rechthebbende niet in aanmerking heeft genomen toen hij toestemming gaf voor de oorspronkelijke mededeling (**bedoeling rechthebbende**). Als het werk met toestemming van de rechthebbende vrij op een website beschikbaar wordt gesteld, wordt de rechthebbende geacht het hele Internet publiek voor ogen te hebben gehad. Deze vergaande **aanname** van het Hof in het *Svensson* arrest heeft tot veel vragen geleid.⁷ Betekent het dat men een TV serie die op Uitzending gemist van de NPO te zien is vrijelijk op de eigen site kan embedden? Als dat zo is, dwingt dat rechthebbenden om hun werken op websites met een toegangsrestrictie te plaatsen. En dat is onlogisch als men de toegang tot informatie op het internet juist wil bevorderen. Het Hof weet echter van geen wijken en herhaalt dat toestemming voor publicatie op een vrij toegankelijke website toestemming voor het gehele internet publiek betekent. Hyperlinken mag in dat geval, ook als het werk in de website wordt geframed en de bezoeker dus niet ziet dat het een link is (r.ov. 42).

Dan komt het Hof toe aan illegale content. Mag er ook worden gelinkt naar illegale content? Het Hof overweegt dat de vrijheid van meningsuiting en informatie sterk beperkt zou worden als dat niet zou mogen (r.ov. 44). Tegelijkertijd moet het Hof ook voldoen aan de eis van een hoog niveau van bescherming voor auteurs, zoals beoogd door de Auteursrechtlijn (r.ov. 53). Om dit met elkaar te verenigen, onderscheidt het Hof twee soorten gebruikers: particulieren en gebruikers met winst oogmerk. Het onderscheid vloeit voort uit de vraag of men wel of niet kennis heeft of redelijkerwijs kan hebben van het feit dat de gelinkte content zonder toestemming van de rechthebbende op het internet is geplaatst. Deze vraag komt weer voort uit het *Svensson* criterium: is het werk met toestemming van de rechthebbende op een openbare website geplaatst? In het 'oude' auteursrecht denken zou die wetenschap er niet toe doen. In het bouwwerk van het Hof wordt het nu plotseling een centraal gegeven. En wordt het begrip 'mededeling aan het publiek' weer een stukje gecompliceerder.

⁶ HvJ EU 19 november 2015, C 324/14, IER 2016/19 m.nt. A.M.E. Verschuur (*SBS/Sabam*).

⁷ Zie conclusie A-G bij het arrest van de Hoge Raad, ECLI:PHR:NL2015:7.

Voor particulieren die linken, zo overweegt het Hof, is het moeilijk om na te gaan of de content waarnaar men linkt illegaal is, helemaal als er sublicenties worden verleend. Ook kan het zijn dat de content wijzigt zonder dat men dat weet (r.ov. 46). Het Hof wil hier kennelijk de consument beschermen. En dus doet het Hof een presumptie: als wordt gelinkt door een persoon zonder winsttoegmerk (**bedoeling gebruiker**) moet er rekening mee worden gehouden dat die persoon niet weet – en redelijkerwijs ook niet kan weten – dat dat werk zonder toestemming van de rechthebbende op het internet was gepubliceerd. In dat geval is er aldus het Hof geen sprake van een interventie. Als daarentegen “vaststaat” dat men wist of moest weten dat het om illegale content ging, is de link een mededeling aan het publiek. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als men door de rechthebbende is gewaarschuwd of als men de link plaatst en dat zodanig doet dat bezoekers beperkingsmaatregelen op de gelinkte site kunnen omzeilen. In dat geval is er wel een interventie (r.ov. 49-50).

Het Hof maakt het daarmee niet onmogelijk voor rechthebbenden om consumenten aan te spreken op hyperlinking, maar wel moeilijk. De rechthebbende zal moeten aantonen dat de consument wetenschap had of had moeten hebben. De bewijspositie wordt beter als de rechthebbende de consument informeert over het illegale karakter van bepaalde websites en ervoor zorgt dat de sites waarop zijn werken legaal worden geplaatst beperkingsmaatregelen treffen. Net als in *Svensson* stimuleert het Hof rechthebbenden aldus om vrije toegang te beperken.

En dan komt het klapstuk van de uitspraak: als men linkt met winsttoegmerk (**bedoeling gebruiker**), kan worden verwacht dat men de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat de gelinkte content niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet. In dat geval en voor zover dit weerlegbare vermoeden niet is weerlegd, vormt het linken een mededeling aan het publiek (r.ov. 51). Deze situatie doet zich aldus het Hof in de onderhavige zaak voor: GS Media heeft de links met winsttoegmerk geplaatst, Sanoma heeft geen toestemming gegeven voor de publicatie van deze foto's op internet en GS Media was zich daarvan bewust (r.ov. 54).

Het Hof neemt hier dus directe inbreuk aan ten aanzien van de partij die met winsttoegmerk linkt zonder de nodige verificaties te doen om te verifiëren of de content waarnaar wordt gelinkt legaal is. Dit beantwoordt aan de behoefte om te voldoen aan een hoog beschermingsniveau (zoals het Hof opmerkt in r.ov. 53). Het biedt een rechtstreekse grondslag om P2P downloaddiensten aan te spreken. Deze diensten zullen niet staan te springen om verificatieverplichtingen te vervullen omdat de consument er doorgaans heel snel achter komt als de populaire - en dus beschermde - content uitgefilterd wordt.

Het Hof zet met deze uitspraak de lijn van *Svensson* voort dat een hyperlink als zodanig een mededeling aan het publiek kan zijn. Dit blijft mijns inziens een vreemde vertaling van het recht op beschikbaarstelling van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn. Niet de hyperlink is de beschikbaarstelling voor het publiek, maar het feit dat de content beschikbaar komt op de site waar de link wordt geplaatst. Dat gegeven zou bepalend moeten zijn: als men door de link naar de bron-site wordt gestuurd (en dus weg van de site waar de link staat), wordt de content niet beschikbaar op de site waar de link wordt geplaatst en is er geen mededeling aan het publiek. Blijft men op de site waar de link staat (embedded), dan is het wel een mededeling aan het publiek. De bedoeling van de gebruiker (particulier, winsttoegmerk) en diens wetenschap van de aard van de gelinkte content (legaal of illegaal) zijn in deze redenering niet relevant. Althans niet voor de vraag of er een mededeling aan het publiek is. Voor de aansprakelijkheid voor schade kunnen deze factoren uiteraard wel een rol spelen.

Het Hof geeft echter een centrale rol aan deze factoren, deels, zo lijkt het, om te zorgen dat het bouwwerk nog consistent blijft en deels om de internet consument uit de wind te houden. De vraag is of het WIPO verdrag toestaat om dit zo te doen. Het WIPO verdrag erkent het recht van beschikbaarstelling als een exclusief recht (artikel 8 WAV). Op dat exclusieve recht mogen

beperkingen worden aangebracht in bijzondere gevallen die geen afbreuk doen aan een normale exploitatie van het werk en die niet op ongerechtvaardigde wijze schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van de auteur (artikel 10 WAV). Het is niet toegestaan om de scope van het exclusieve recht bij voorbaat te beperken zodat men niet aan deze toets toekomt.

Tenslotte een opmerking naar aanleiding van overweging 52. Het Hof zegt dat er geen sprake is van een nieuw publiek in het geval “waarin de werken waartoe via die hyperlinks toegang kan worden verkregen, met toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar zijn gesteld op een andere website”. Daarbij verwijst het Hof naar de criteria voor linken naar legale content. De vraag is echter waarom het Hof dit in de context van links naar illegale content herhaalt. Bedoelt het Hof dat men (in alle gevallen) mag linken naar content die zonder toestemming beschikbaar wordt gesteld (bijvoorbeeld via P2P) als die content elders met toestemming vrij op het internet is gepubliceerd? Als dat zo is, leidt toestemming voor publicatie op een openbare website nog meer tot uitputting van het (online) auteursrecht dan *Svensson* al deed.