

Hyperlinks – Het ‘nieuwe’ publiek, tussenkomen en omzeilen

Thijs van den Heuvel*

Hof van Justitie EU, C-466/12, 13 februari 2014, IEPT20140213 (Svensson v Retriever)

Een jaar geleden verscheen op deze plek een artikel over hyperlinks.¹ Conclusie destijds: er is behoefte aan meer duidelijkheid over de juridische kwalificatie van hyperlinks. Daarbij werd de hoop uitgesproken dat het Hof van Justitie EU (hierna ‘HvJEU’ of (Europese) Hof) in de zaak Svensson e.a. / Retriever deze verduidelijking zou bieden, in ieder geval waar het gaat om de auteursrechtelijke kwalificatie van links. Op 13 februari 2014 heeft het Europese Hof in deze zaak arrest gewezen. Het Hof heeft een aantal zaken opgehelderd, maar het arrest leidt ook tot nieuwe vragen en discussie. Voor dit laatste is aandacht in het tweede deel van dit artikel. Eerst volgt een korte bespreking van de feiten en de overwegingen in het arrest Svensson.

1. Svensson – de feiten

De Zweedse journalisten Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd en Nils Svensson (‘Svensson’) stellen dat zij schade hebben geleden, doordat op de website van Retriever Sverige AB (‘Retriever’) ‘aanklikbare links’ staan naar krantenartikelen die de journalisten hebben geschreven voor Göteborgs-Posten.² De journalisten hadden toestemming gegeven voor plaatsing van de artikelen op de website van de krant, maar niet aan Retriever om hyperlinks naar deze artikelen aan te bieden.³ De journalisten meenden daarom dat Retriever inbreuk maakte op hun uitsluitende recht om de werken aan het publiek ter beschikking te stellen. Retriever stelde zich echter op het standpunt dat er geen artikelen op haar server stonden en dat zij bezoekers van haar site enkel verwees naar de artikelen op de website van Göteborgs-Posten.

In eerste aanleg is de vordering van de journalisten afgewezen. Het Zweedse Hof van Beroep heeft vervolgens de volgende vragen voorgelegd aan het HvJEU:

1. Is sprake van een *mededeling aan het publiek* in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn [2001/29] wanneer iemand een link plaatst naar het werk?
2. Is het voor het antwoord op de eerste vraag relevant of de *toegang* tot het werk waarnaar de link verwijst *vrij is*, dan wel of de toegang op enige wijze is *beperkt*?
3. Is het voor het antwoord op de eerste vraag relevant of het werk, nadat de gebruiker op de link heeft geklikt, aldus wordt getoond dat de *indruk wordt gewekt* dat het op dezelfde website verschijnt als waar de link is geplaatst?

4. Kan een lidstaat een *ruimere bescherming bieden* door onder het begrip ‘mededeling aan het publiek’ een groter aantal handelingen te verstaan dan die welke zijn genoemd in artikel 3 lid 1 van richtlijn 2001/29?

2. Svensson - Is een hyperlink een ‘mededeling aan het publiek’?

De eerste drie vragen worden door het HvJEU gezamenlijk behandeld. Moet het aanbieden van een hyperlink worden beschouwd als een ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtverrichtlijn? ⁴ Het begrip ‘mededeling aan het publiek’ bestaat uit twee cumulatieve elementen:

1. Een ‘handeling bestaande uit een mededeling’
2. De mededeling ervan aan een ‘publiek’.

Ad. 1: Handeling bestaande uit een mededeling

Onder verwijzing naar haar eerdere arrest in de zaak Premier League⁵, wijst het Hof er op dat het begrip ‘handeling bestaande in een mededeling’ ruim moet worden opgevat.⁶ In Svensson overweegt het HvJEU dat door het plaatsen van een link de bezoekers van de site ‘directe toegang’ krijgen tot een werk dat vrij beschikbaar is op een andere site. Door het bieden van deze directe toegang is volgens het Hof reeds sprake van ‘een handeling bestaande uit een mededeling’.

* Mr. T.M. van den Heuvel is advocaat bij Bird & Bird te Den Haag.

1. T.M. van den Heuvel, ‘Linke links – auteursrechtinbreuk, onrechtmatig of slechts een wegwijzer’, *IR* 2013, nr. 1, p. 8-13.
2. Onduidelijk is of het Europese Hof zich doelbewust heeft beperkt tot ‘aanklikbare’ links. Er bestaan ook links waarbij het niet nodig is om deze eerst aan te klikken. Zie bijvoorbeeld de opname van het beeldmerk van Batavus binnen een frame van de website van een fietshandelaar: Rechtbank Leeuwarden (Voorzieningenrechter), 30 oktober 2003, *AMI* 2004, nr. 1, p. 32, m. nt. K.J. Koelman.
3. Er zijn aanwijzingen dat niet voor alle artikelen toestemming was gegeven. Dit zal later in dit artikel nog aan bod komen.
4. 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.
5. Hof van Justitie EU, 4 oktober 2011, *IEPT20111004* (Premier League).
6. HvJEU Svensson, 17.

Ad. 2: De mededeling ervan aan een ‘publiek’.

Na de vaststelling dat het aanbieden van de links door Retriever beschouwd moet worden als een mededeling, onderzoekt het HvJEU of de krantenartikelen ook aan een ‘publiek’ zijn medegedeeld. Daarbij wordt gewezen op eerdere rechtspraak van het Hof, waarin is aangenomen dat het begrip ‘publiek’ ziet op een ‘onbepaald aantal potentiële ontvangers’ en dat dit begrip tevens ‘een vrij groot aantal personen impliceert’.⁷ Het aanbieden van hyperlinks ziet op alle potentiële gebruikers van de beheerde website, en dus op een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers. Onder die omstandigheden is volgens het HvJEU sprake van een ‘mededeling aan het publiek’.⁸

Mededeling aan een ‘nieuw publiek’?

Het HvJEU overweegt vervolgens dat een mededeling die (i) dezelfde werken betreft als de oorspronkelijke mededeling en (ii) op dezelfde technische wijze wordt verricht, slechts valt onder het begrip ‘mededeling aan het publiek’, indien deze mededeling is gericht tot een *nieuw publiek*. Daarmee wordt volgens het HvJEU bedoeld een publiek ‘dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling’.⁹

In de zaak Svensson is volgens het Hof door het plaatsen van links geen sprake van mededeling aan een dergelijk nieuw publiek. Daarvoor is van belang dat de doelgroep van de krantenartikelen op de website van Göteborgs-Posten volgens het Hof bestond uit alle potentiële bezoekers van deze website. Dit leidt het Hof af uit het feit dat toegang tot de website van Göteborgs-Posten op geen enkele manier was beperkt, waardoor de artikelen vrij toegankelijk waren voor alle internetgebruikers. Het Hof concludeert dat wanneer de gebruikers van de website van Retriever rechtstreeks toegang hebben tot de artikelen op de website van Göteborgs-Posten, zij beschouwd moeten worden als de ‘mogelijke ontvangers’ van de oorspronkelijke mededeling ‘en dus als een onderdeel van het publiek dat door de houders van het auteursrecht in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling’.¹⁰ Nu er geen sprake is van een nieuw publiek, is volgens het Hof geen toestemming nodig van de rechthebbenden om de hyperlinks aan te bieden.

3. Svensson – Embedded links (de met een link gewekte indruk)

Voor de conclusie dat geen toestemming nodig is voor het aanbieden van een hyperlinks, is het volgens het HvJEU niet van belang of door Retriever al dan niet de indruk wordt gewekt dat de krantenartikelen van haar afkomstig zijn, terwijl de werken feitelijk afkomstig zijn van de website van Göteborgs-Posten:

‘Deze bijkomende omstandigheid wijzigt immers niets aan de vaststelling dat het plaatsen op een website van een aanklikbare link naar een beschermd werk dat op een andere website is bekendgemaakt en vrij toegankelijk is, tot gevolg heeft dat dit werk ter beschikking van de gebruikers van eerstgenoemde website wordt gesteld en dus een mededeling aan het publiek vormt. Aangezien het niet gaat om een nieuw publiek, is evenwel in elk geval de toestemming van de houders van het auteursrecht niet vereist voor een dergelijke mededeling aan het publiek.’¹¹

Hiermee lijkt het HvJEU in slechts twee paragrafen ook een einde te hebben gemaakt aan de discussie over *embedded linking*. In verschillende Nederlandse uitspraken is in het verleden auteursrechtelijke betekenis toegekend aan de indruk die met een hyperlink werd gewekt, maar daarvoor lijkt nu definitief geen plaats meer.¹²

4. Svensson - Beperkingsmaatregelen

De gewekte indruk is volgens het Europese Hof dus niet van belang, omdat door het wekken van een bepaalde indruk feitelijk geen nieuw publiek wordt bereikt. Een hyperlink kan volgens het Hof echter wel een nieuw publiek bereiken, indien de hyperlink het voor de gebruiker mogelijk maakt om beperkingsmaatregelen te omzeilen. Uit het arrest blijkt niet op welke wijze een link een beperking zou kunnen omzeilen. Er wordt door het Hof enkel in algemene zin verwezen naar beperkingsmaatregelen waarmee wordt bereikt dat slechts abonnees van een website toegang hebben tot een werk. Een link die werken toegankelijk maakt voor een breder publiek dient volgens het Hof te worden beschouwd als een interventie, zonder welke die gebruikers (de niet-abonnees) niet zouden kunnen beschikken over de werken. De gebruikers tot wie een dergelijke hyperlink zich richt moeten in dat geval volgens het Hof worden beschouwd als een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling.¹³ Voor een dergelijke omzeilings-link is volgens het Hof dus wel afzonderlijke toestemming nodig van de rechthebbende. Als voorbeeld kan mogelijk worden gedacht aan links waarmee een *paywall* kan worden omzeild.¹⁴

7. HvJEU Svensson, 21. Eerder: HvJEG SGAE, punt 37-38, HvJEU, 15 maart 2012, SCF v Del Corso, punt 84; Hof van Justitie EU, 15 maart 2012, PPI v Ireland, punt 33; Hof van Justitie EU, 7 maart 2013, ITV v TVCatchup, punt 33.

8. HvJEU Svensson, 22, 23.

9. HvJEU Svensson, 24.

10. HvJEU Svensson, 26-27.

11. HvJEU Svensson, 29-30.

12. Vergelijk: Hof Den Bosch, 12 januari 2010, *IEPT* 20100112 (C More v Myp2p), r.o.4.99; V.zr. Rechtbank Haarlem, 5 september 2007, *LJN* BB3144, r.o.4; Rechtbank Den Haag, 19 december 2012, *IEF* 12159 (Buma v. Nederland.fm), r.o. 4.4. Zie tevens de vraag die aan het HvJEU is gesteld in de zaak Bestwater. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Bundesgerichtshof (Duitsland) op 25 juni 2013 – BestWater International GmbH / Michael Mebes, Stefan Potsch. (Zaak C-348/13). Hieraan wordt later in dit artikel nog nader aandacht besteed.

13. HvJEU Svensson, 31.

14. Zie bijvoorbeeld: ‘How To Hack the New York Times Paywall ... With Your Delete Key’ - <http://mashable.com/2011/03/28/how-to-bypass-new-york-times-paywall/> en meer uitgebreid en met verdere voorbeelden: *Post-Svensson stress disorder #2: What does ‘freely available’ mean?* - <http://ipkitten.blogspot.nl/2014/03/post-svensson-stress-disorder-2-what.html>.

5. Svensson – Ruimere bescherming mogelijk?

Het Hof heeft ten slotte, bij beantwoording van de vierde prejudiciële vraag, duidelijk gemaakt dat een lidstaat aan rechthebbenden geen ruimere bescherming kan bieden. Het Hof overweegt dat wanneer lidstaten zouden kunnen bepalen dat het begrip mededeling aan het publiek een groter aantal handelingen omvat de doelstelling van de Auteursrechtlijn, om verschillen in auteursrechtwetgeving en rechtsonzekerheid te voorkomen, in gevaar zou worden gebracht.¹⁵

6. Post-Svensson - En ze linkte nog lang en gelukkig?

Het arrest was voor Buma/Stemra aanleiding om ‘voorlopig’ geen licenties meer aan te bieden ‘die voorzien in het linken naar een site die vrij toegankelijk is’.¹⁶ Op dit punt heeft het HvJEU voor duidelijkheid gezorgd, maar er zijn nog wel een aantal andere openstaande vragen.

Zo heeft het HvJEU door te stellen dat hyperlinks een mededeling aan het publiek vormen de hyperlink in beginsel binnen het bereik van het verbodsrecht van auteurs gebracht. Enkel een hyperlink welke niet is gericht tot een ‘nieuw publiek’ lijkt de dans te ontspringen. ‘It’s all about the ‘new public’ werd dan ook al snel geconcludeerd.¹⁷ Maar hoe moet de persoon die een hyperlink wil plaatsen bepalen of sprake is van een nieuw publiek? Gaat het daarbij om de innerlijke intentie van de rechthebbende, zoals wel wordt gesuggereerd? Zou er wel sprake zijn van een nieuw publiek als Göteborgs-Posten op haar website in het vervolg expliciet kenbaar zou maken dat de auteurs enkel oog hebben gehad op de bezoekers van haar website www.gp.se, en niet op bezoekers van de site van Retriever? Ook roept het arrest de vraag op wanneer een werk ‘vrij beschikbaar’ is, en wanneer er sprake is van ‘beperkingsmaatregelen’. Deze twee onderwerpen, de toets van nieuw publiek en het begrip beperkingsmaatregelen, zullen hieronder nader worden onderzocht.

7. Post-Svensson - Toets van ‘nieuw publiek’

De formulering ‘een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen (...)’ doet sommigen vermoeden dat het gaat om een subjectieve norm, en niet om een objectieve toets. Ook in de zaak Nederland. FM leek de rechtbank Den Haag te kiezen voor een subjectieve benadering. Onderzocht werd in die zaak welk publiek de licentiegever (Buma/Stemra) voor ogen had toen zij toestemming verleende aan de radiostations.¹⁸

Nadeel van een dergelijke subjectieve benadering is dat eenieder die een hyperlink wil plaatsen, zou moeten nagaan wat de bedoeling is geweest van de rechthebbende. Dit kan behoorlijk arbeidsintensief zijn en roept bijvoorbeeld de vraag op of, en zo ja op welke manier een rechthebbende zijn keuze kenbaar moet maken.¹⁹ Bovendien zal de bedoeling van de rechthebbende in veel gevallen, ook na enig onderzoek, niet te achterhalen zijn voor de persoon die een hyperlink wil plaatsen.

Een tweede gevolg van een dergelijke subjectieve benadering is dat de plaatser van een hyperlink wellicht niet alleen zou moeten onderzoeken wat de reikwijdte is van de gegeven toestemming, maar zelfs of überhaupt toestemming is gegeven voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek. Uit de overwegingen van het HvJEU dat gekeken moet worden naar het publiek dat de auteurs voor ogen hebben gehad, leidt Stichting Brein bijvoorbeeld af dat hy-

perlinks naar werken waarvoor de rechthebbende nooit toestemming heeft gegeven altijd een mededeling vormen aan een nieuw publiek:

‘Het hof oordeelt dat het plaatsen van een link een mededeling aan het publiek is en dat daarvoor afzonderlijke toestemming nodig is indien de link een nieuw publiek bedient ten opzichte van het publiek dat bij de oorspronkelijke mededeling in aanmerking is genomen. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn als er beperkte toestemming voor de oorspronkelijke mededeling is omdat die enkel voor abonnees bedoeld is. Een link die zo een mededeling ook aan anderen dan abonnees ter beschikking stelt, is inbreukmakend, aldus het hof. Uit de uitleg door hof is op te maken dat een link ook inbreukmakend is als die verwijst naar een mededeling die geheel zonder toestemming is geplaatst. Wat voor een beperking van toestemming geldt, heeft immers ook te gelden voor een geheel ontbrekende toestemming. (...)’²⁰

HvJEU – Nieuw publiek, subjectieve toets, of toch objectieve benadering?

Hoewel de formulering uit eerdere rechtspraak van het Europese Hof ‘waarmee de auteurs van de beschermde werken geen rekening hielden’ doet vermoeden dat het om een subjectieve toets gaat (wat hadden de auteurs voor ogen?), wijst de rechtspraak van het Hof toch meer in de richting van een objectieve maatstaf. In alle zaken waarin volgens het Europese Hof sprake was van een *nieuw publiek*, werd (objectief) vastgesteld dat sprake was van een interventie waarmee een werk feitelijk toegankelijk werd gemaakt aan personen die zich weliswaar in een bepaald ontvangstgebied bevonden, maar die zonder deze tussenkomst geen toegang tot het werk zouden hebben gehad. De achterliggende gedachte daarbij is dat rechthebbenden volgens het HvJEU, wanneer zij toestemming geven voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek, niet het publiek voor ogen (kunnen) hebben gehad dat wordt bereikt door een dergelijke tussenkomst. In *SGAE/Rafael Hoteles*²¹ en *Organismos*²² was volgens het Hof sprake van een nieuw publiek, omdat de hotelgasten (enkel) door tussenkomst van de hoteleigenaar toegang kre-

15. HvJEU Svensson, 33-41.

16. <http://www.bumastemra.nl/nieuws-artikel/bumastemra-verandert-voorlopig-haar-beleid-naar-aanleiding-van-het-svensson-vonnis/>.

17. Zie bijvoorbeeld, <http://the1709blog.blogspot.nl/2014/02/svensson-its-all-about-new-public.html>.

18. Rechtbank Den Haag, 19 december 2012, *IEF* 12159 (Buma v. Nederland.fm), r.o. 4.5.

19. Is het bijvoorbeeld voldoende om in de kleine lettertjes van de *Terms of Use* van een website aan te geven dat enkel het direct publiek van die website in aanmerking is genomen en dat zij geen toestemming hebben verleend voor het aanbieden van hyperlinks?

20. Zie bijvoorbeeld Stichting Brein, <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=317>.

21. Hof van Justitie EG, 7 december 2006, C-306/05, *IEPT*20061207 (SGAE).

22. Hof van Justitie EU, 18 maart 2010, C-136/09, *IEPT*20100318 (Organismos).

gen tot beschermde werken. Toegang die ze zonder deze tussenkomst niet hadden gehad, ook al bevonden zij zich binnen het ontvangstgebied. Deze zelfde gedachtegang vinden we terug in *Premier League*²³, *PPF*²⁴ en *OSA*²⁵, en in *Airfield*²⁶ heeft het Hof bevestigd dat toestemming voor een mededeling met name nodig is voor (i) de persoon die de oorspronkelijke mededeling doet, of (ii) de persoon die daarin een interventie doet.

Geconcludeerd kan worden dat een interventie een noodzakelijke voorwaarde is om een nieuw publiek te (kunnen) bereiken. Zonder interventie, geen nieuw publiek. Andersom geldt, in beginsel, dat een bewuste tussenkomst wel leidt tot een nieuw publiek.²⁷

Het belang van het bestaan van een interventie is ook duidelijk terug te zien in *Svensson*. Het Hof stelt vast dat de krantenartikelen vrij beschikbaar zijn voor alle gebruikers binnen het ontvangstgebied internet.²⁸ Het aanbieden van een hyperlink is in die situatie volgens het Hof geen tussenkomst waarmee toegang tot een werk mogelijk wordt gemaakt, omdat toegang al mogelijk is. Omdat er geen sprake is van een interventie zijn alle internetgebruikers volgen het Hof ‘mogelijke ontvangers’ en daardoor onderdeel van het publiek waarmee de auteursrechthebbers rekening hebben gehouden. Het Hof noemt het ontbreken van een interventie ook expliciet in punt 27 van het arrest.²⁹ Waar toegang tot het werk voor alle internetgebruikers mogelijk is, zou een hyperlink wellicht het beste kunnen worden beschouwd als (louter) een middel om de ‘ontvangst van een reeds bestaande doorgifte te behouden of te verhogen’.³⁰

In de rechtspraak van het HvJEU is geen enkele aanwijzing te vinden dat gekeken zou moeten worden naar hetgeen de rechthebbende intrinsiek voor ogen heeft gehad. In plaats van een dergelijke subjectieve toets, wordt het publiek waarmee de rechthebbende rekening heeft gehouden afgeleid uit objectieve omstandigheden. Ook de overwegingen van het HvJEU in *Svensson* in het kader van de beperkingsmaatregelen ondersteunen de conclusie dat *interventie en nieuw publiek* onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Het Hof stelt daar immers vast dat wanneer een hyperlink de gebruiker in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen een dergelijke hyperlink ‘een interventie vormt zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de verspreide werken (...)’ en dat daarom ‘al deze gebruikers [dienen] te worden beschouwd als een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen deze toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling, zodat de toestemming van de houders vereist is voor een dergelijke mededeling aan het publiek.’³¹

Conclusie: It’s all about the new public intervention

Alles wijst er op dat het HvJEU in haar rechtspraak over het begrip ‘mededeling aan het publiek’ geen subjectieve toets hanteert in de zin dat gekeken moet worden naar hetgeen rechthebbenden in een specifiek geval voor ogen hebben gehad. Er is sprake van een meer objectieve benadering. Is er een handeling verricht waardoor toegang tot een werk mogelijk is gemaakt en waardoor dus een nieuw publiek wordt bereikt?

Voordeel van deze meer objectieve benadering is dat afstand wordt genomen van de intrinsieke overwegingen van rechthebbenden. Wie een hyperlink wil plaatsen, hoeft niet eerst

na te gaan welk publiek iedere afzonderlijke rechthebbende in gedachte heeft gehad.

Een tweede gevolg van toepassing van deze toets is dat ook een hyperlink naar werken die op een andere website vrij beschikbaar zijn, maar daar zonder toestemming van de auteursrechthebbers zijn geplaatst, niet beschouwd zou moeten worden als een mededeling aan een nieuw publiek. Immers is niet relevant de subjectieve toestemming van de rechthebbende, maar het antwoord op de vraag of de hyperlink een tussenkomst vormt waarmee een werk toegankelijk wordt gemaakt in strikte zin. De conclusie van bijvoorbeeld Stichting Brein dat ‘door het *Svensson* arrest van de hoogste Europese rechter vast [is] komen te staan dat linken naar een ongeautoriseerd geplaatst bestand een inbreukmakende openbaarmaking is’ lijkt in ieder geval voorbarig en volgt zeker niet direct uit het arrest.³² Het Europese Hof antwoordt op de eerste drie vragen dat ‘het plaatsen op een website van aanklikbare links naar werken die op een andere website vrij beschikbaar zijn, geen handeling bestaande in een mededeling aan het publiek vormt’, zonder daarbij een voorbehoud te maken voor ongeautoriseerde werken.³³

Pikant detail daarbij is dat in de *Svensson* zaak mogelijk één van de links op de site van Retriever verwees naar een ongeautoriseerd artikel op de website van Göteborgs-Posten. In een Engelse zaak tussen Paramount en BSkyB heeft de rechter de feiten van *Svensson* samengevat op basis van Engelse vertalingen van de Zweedse vonnissen, zoals overgelegd door Paramount. De rechter merkte op:

-
23. Hof van Justitie EU, 4 oktober 2011, C-406/08 en C-429/08, *IEPT*20111004 (*Premier League*).
 24. Hof van Justitie EU, 15 maart 2012, C-162/10, *IEPT*20120315 (*PPI*).
 25. Hof van Justitie EU, 27 februari 2014, C-351/12, *IEPT*20140227 (*OSA*).
 26. Hof van Justitie EU, 13 oktober 2011, C-431-09 en C-432/09, *IEPT*20111013 (*Airfield*).
 27. Anders: Hof van Justitie EU, 15 maart 2012, C-135/10, *IEPT*20120315 (*SCF / Del Corso*). In het arrest SCF heeft het Hof geoordeeld dat wel sprake was van een interventie, maar niet van een mededeling aan een ‘publiek’. Daarvoor was redengevend dat volgens het Hof in een wachtkamer van een tandarts niet wordt voldaan aan de eerder genoemde eis voor publiek, namelijk ‘een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers en (...) een vrij groot aantal personen’. Hierbij moet nog worden opgemerkt dat in het recente *OSA* arrest (zie voetnoot hierboven) het HvJEU heeft bepaald dat de beginselen van het SCF arrest ‘niet relevant zijn’ voor uitleg van art. 3 van de Auteursrechtlijn, omdat SCF zag op Richtlijn 29/100/EEG betreffende onder meer het verhuurrecht en bepaalde naburige rechten.
 28. HvJEU *Svensson*, punt 26.
 29. HvJEU *Svensson*, punt 27: ‘(...) zonder interventie van de beheerder van die andere website’.
 30. Als bedoeld in HvJEU *Premier League*, punt 194; HvJEU *Airfield*, punten 74 en 79 en HvJEU *TVCatchup*, punt 29.
 31. HvJEU *Svensson*, punt 31.
 32. <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=319>.
 33. HvJEU *Svensson*, punt 32.

‘(...) In the case of one of the articles, which was written by the freelance author, the online publication by the newspaper was not licensed by the author.’³⁴

Mogelijk dat de Zweedse rechter (Svea hovrätt) na terugverwijzing dus een antwoord zal geven op de vraag of toch toestemming vereist is voor een link, wanneer deze verwijst naar een werk dat weliswaar vrij beschikbaar is op internet, maar niet geautoriseerd door de rechthebbenden. Ook het HvJEU zou op dit punt binnenkort wellicht meer duidelijkheid kunnen verschaffen. In de zaak BestWater dient het Hof de vraag te beantwoorden of:

‘(...) de opname van een op een website van een derde voor het publiek beschikbaar gesteld werk van een derde in de eigen website onder omstandigheden als in het hoofdgeding, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG [vormt], ook als het werk van een derde daardoor niet aan een nieuw publiek wordt meegegeeld en de mededeling niet met behulp van een specifieke technische werkwijze plaatsvindt die verschilt van die van de oorspronkelijke mededeling?’³⁵

Gezien de beslissing van het Hof in de zaak Svensson lijkt er weinig ruimte om deze vraag bevestigend te beantwoorden, nu in de vraag besloten ligt dat geen nieuw publiek wordt bereikt, maar wellicht dat ‘de omstandigheden als in het hoofdgeding’ van BestWater toch tot een verrassende uitkomst kunnen leiden. Van belang kan dan met name zijn de stelling van BestWater dat het werk (een YouTube filmpje), nooit met haar toestemming op internet is geplaatst.³⁶

8. Post-Svensson - Beperkingsmaatregelen

Blijft nog over de vraag wat exact moet worden verstaan onder het omzeilen van beperkingsmaatregelen. Uit Svensson en eerdere jurisprudentie van het HvJEU volgt dat het moet gaan om een interventie in strikte zin. Toegepast op een hyperlink moet het dus gaan om een hyperlink zonder welke een internetgebruiker geen toegang zou kunnen hebben tot een werk.

Dit doet denken aan de test die het Hof Amsterdam recentelijk heeft toegepast in het hoger beroep tussen GeenStijl en Sanoma.³⁷ Het Hof Amsterdam stelde, eigenlijk net als het HvJEU in de zaak Svensson, voorop dat dat het internet een vrij en voor ieder toegankelijk netwerk is. Wie een werk op internet plaatst ‘zodanig dat dit toegankelijk is voor het publiek (...), is degene die dit werk ter beschikking stelt van het publiek en dus openbaart.’ Het verwijzen met een hyperlink een toegankelijk werk is volgens Hof Amsterdam ‘niet veel anders dan met een voetnoot in een boek of tijdschriftartikel verwijzen naar een reeds gepubliceerd ander werk. Een zelfstandige manier van openbaar maken of van interventie daarbij is het geven van een hyperlink in dat geval in beginsel niet.’³⁸

Sanoma had betoogd dat deze algemene regel nu niet opging, omdat de bestanden niet toegankelijk zouden zijn voor iedere internetgebruiker, maar alleen voor gebruikers die kennis zouden hebben van ‘de specifieke code’ van het bestand. Het Hof Amsterdam erkende dat het plaatsen van een werk op internet niet kan worden beschouwd als een mededeling aan het publiek indien het werk ‘volmaakt privé blijft.’³⁹ Daaraan werd echter toegevoegd dat dit anders kan zijn ‘indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend

maakt of indien een ander dat doet.’ Daarvoor moet volgens Hof Amsterdam echter eerst komen vast te staan dat het werk inderdaad ‘onvindbaar en onbereikbaar’ is voor het publiek.

Het is discutabel of onvindbaarheid en onbereikbaarheid op internet daadwerkelijk mogelijk is.⁴⁰ Wellicht kan worden gedacht aan het uploaden van een bestand met een (voor een zoekmachine) niet herleidbare bestandsnaam, waarbij bovendien de locatie van het bestand met niemand anders wordt gedeeld. Of bijvoorbeeld aan het aanbieden van een bestand in een beveiligde omgeving, waarbij de code niet openbaar gemaakt wordt.

GeenStijl had aangevoerd dat de Playboyfoto’s wel vindbaar waren, omdat deze door zoekmachines geïndexeerd konden worden. Omdat Sanoma niet in staat was om bewijs van haar stelling te leveren dat de werken volmaakt privé waren gebleven, gaat Hof Amsterdam er vanuit dat dat een derde de werken heeft geopenbaard. Het plaatsen van een hyperlink naar deze werken door Geenstijl werd onder die omstandigheden door Hof Amsterdam niet beschouwd als een interventie ‘in de zin van de jurisprudentie van het HvJEU’, omdat Geenstijl geen nieuw toegangskanaal tot de werken had verschaft.

Nadere invulling aan het begrip omzeilen van beperkingsmaatregelen zal wellicht binnenkort door het HvJEU worden gegeven, wanneer het zich uitsprekt in de zaak C More Entertainment (‘C More’).⁴¹ In deze zaak bood Linus Sandberg op zijn website links aan naar de uitzending van ijshockeywedstrijden, die werden uitgezonden op de website van C More. Deze website was beschermd door een paywall en volgens C More niet vindbaar. Linus Sandberg heeft verklaard dat hij de link had gevonden op een andere website, namelijk een fansite van de ijshockeyploeg Djurgårdens IF. Door C More is niet gesteld dat door het aanbieden van de hyperlinks een vorm van technische bescherming is gebroken. Later heeft C More dergelijke technische bescherming

-
34. England and Wales High Court (Chancery Division), Paramount Home Entertainment International Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2013] EWHC 3479 (Ch) (13 November 2013). Dank aan collega Graham Smith (Bird & Bird London) die hier op heeft gewezen. <http://cyberleagle.blogspot.nl/2014/02/svensson-free-to-link-or-link-at-your.html>.
 35. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Bundesgerichtshof (Duitsland) op 25 juni 2013 – BestWater International GmbH / Michael Mebes, Stefan Potsch. (Zaak C-348/13).
 36. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=15&nr=64377&pos=476&anz=597&Blank=1.pdf>. ‘Der Film war - nach dem Vorbringen der Klägerin ohne ihre Zustimmung - auf der Videoplattform „YouTube“ abrufbar.’
 37. Hof Amsterdam, 19 november 2013, *IEPT20131119*, (GeenStijl v Sanoma).
 38. Hof Amsterdam, Geenstijl, 2.4.4.
 39. Hof Amsterdam, Geenstijl, 2.4.7.
 40. Zie bijvoorbeeld, noot A.R. Lodder bij Hof Amsterdam Geenstijl, *Computerrecht* 2014/39.
 41. Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door Högsta Domstolen (Zweden) op 22 mei 2013 – C More Entertainment AB/Linus Sandberg (Zaak C-279/13).

wel aangebracht, en konden de wedstrijden ook niet langer via de website van Sandberg worden bekeken. Heeft Sandberg inbreuk gemaakt? Op grond van het voorgaande vast een schot voor de boeg: nee.⁴² Het aanbieden van de links door Sandberg vormt geen mededeling aan een nieuw publiek. De link vormt namelijk geen interventie waarmee toegang mogelijk wordt gemaakt, omdat de wedstrijden feitelijk al vrij toegankelijk (niet volkomen onvindbaar en onbereikbaar) waren. Het antwoord zou anders zijn, indien Sandberg hyperlinks had aangeboden waarmee de later door C More geplaatste technische bescherming zou kunnen worden omzeild.

42. Althans, geen auteursrechtelijke openbaarmaking. Mogelijk wel anders onrechtmatig. In dat verband zou Sandberg, afhankelijk van de omstandigheden, mogelijk nog wel een beroep kunnen doen op de vrijheid van meningsuiting. Vergelijk bijvoorbeeld de door Geenstijl ingestelde cassatie in hierboven eerder genoemde zaak tegen Sanoma. <http://www.geenstijl.nl/archives/images/CassatiedagvaardingGS-versusPlayboy.pdf>.