

48 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip 'mededeling aan het publiek', in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aldus moet worden uitgelegd dat, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van een platform voor de uitwisseling van bestanden dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmotor, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, hieronder valt.

Tweede vraag

49 Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht: [zie *cursieve kop*].

Noot

1. Inleiding

1.1. De introductie van het *world wide web* (het wereldwijde web) in het begin van de jaren negentig was een ware revolutie. Oudere *NJ*-lezers herinneren zich nog het internet van voor die tijd: geen mooi opgemaakte webpagina's, maar kale tekst waar nergens op te klikken viel. Het WWW maakte het mogelijk om met behulp van een webbrowser gemakkelijk door het snel groeiende informatieaanbod van het internet te navigeren. Daarbij speelde de hyperlink, een verwijzing in 'hypertext' naar het webadres van een document, een essentiële rol. Voortaan konden internetgebruikers door het aanklikken van een link direct naar andere pagina's op het web worden geleid, waar deze zich ook bevonden. Zo werd de hyperlink een belangrijke bouwsteen van het moderne internet.

1.2. De hierboven afgedrukte vier arresten van het HvJ EU betreffen de vraag of en onder welke omstandigheden het zonder toestemming van de auteursrechthebbende geoorloofd is naar een document te hyperlinken. Jarenlang werd er in auteursrechtkringen voetstoots van uitgegaan dat linken gewoon is toegestaan. Een hyperlink, zo werd algemeen aangenomen, is weinig anders dan een digitale literatuurverwijzing. Voor een voetnoot is toch ook geen toestemming van de auteur vereist? Bovendien, als voor iedere hyperlink toestemming zou moeten worden gevraagd, kon het world wide web wel sluiten. De enkeling die over deze kwestie anders dacht, werd destijds nauwelijks serieus genomen (G. Brunt, 'Is de hyperlink hyperlink?', *IT&Recht* 1997-I, p. 1-2).

1.3. In de afgelopen jaren is aan deze auteursrechtelijke consensus een einde gekomen. Daarvoor zijn economische en juridische oorzaken aan te wijzen. In de eerste plaats de opkomst van de 'content aggregators', commerciële dienstverleners die grote hoeveelheden informatie automatisch rubriceren en door middel van hyperlinks op een website aan-

bieden; denk aan Google News of Nederland FM. De rechthebbenden zouden van het 'aggregeren' van hun werken graag een graantje meepikken. In de tweede plaats de opmars van 'piratenplatforms' die door hyperlinks of vergelijkbare technieken (stelselmatig) verwijzen naar werken die zonder toestemming op het internet geplaatst zijn; denk aan The Pirate Bay. Een derde, juridische oorzaak is gelegen in de harmonisatie van het 'recht van mededeling aan het publiek', die in 2001 haar beslag heeft gekregen in art. 3 Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) en aanleiding heeft gegeven tot een uitgebreide Europese jurisprudentie waardoor het mededelingsrecht gaandeweg steeds verder is opgerekt (zie o.a. HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd e.a./TVCatchup Ltd.*), *NJ* 2013/444, m.nt. P.B. Hugenholtz).

1.4. In de hier besproken hyperlink-arresten legt het Hof het mededelingsrecht achtereenvolgens uit ten aanzien van het aggregeren van rechtmatig op het web geplaatste nieuwsartikelen (*Svensson*), het linken naar onrechtmatig op het internet geplaatste foto's (*GS Media*), het aanbieden van een 'mediaspeler' die via hyperlinks toegang geeft tot illegale film-streaming sites (*Filmspeler*) en het verzorgen van een platform dat gebruikers verwijst naar werken uit illegale bron en daardoor 'file sharing' faciliteert (*The Pirate Bay*).

2. *Svensson*

2.1. In de eerste zaak klagen enkele Zweedse journalisten erover dat artikelen die zij voor de (krant en website) Göteborgs-Post hebben geschreven zonder hun toestemming worden hergebruikt door Retriever Sverige. Retriever biedt haar klanten attenderingsdiensten aan, waarbij op basis van door de klanten aangeduide interessegebieden hyperlinks naar relevante nieuwsartikelen op het web worden verstrekt. Volgens *Svensson e.a.* is hier sprake van 'mededeling aan het publiek' waarvoor toestemming van de auteurs van de artikelen is vereist, temeer daar Retriever de links zo heeft ingericht dat haar klanten de indruk krijgen dat de 'gelinkte' documenten op haar eigen website verschijnen. De hoogste Zweedse rechter, de Svea hovrätt, stelt vragen van uitleg aan het HvJ EU.

2.2. Naar de antwoorden van het Hof werd reikhalzend uitgezien, niet in de laatste plaats door zoekmachinegigant Google, die van het linken naar documenten op het internet een uiterst profijtelijk bedrijf heeft gemaakt. Gezien de grote belangen die in deze zaak op het spel stonden, had het vragen van een conclusie van een advocaat-generaal voor de hand gelegen, maar het Hof zag hier om onduidelijke redenen geen aanleiding toe. Wel ontving het Hof ongevraagd opinies van de European Copyright Society (een genootschap van Europese auteursrecht-hoogleraren, waaronder annotator dezes) en de ALAI (de internationale federatie van auteursrechtverenigingen); zie IP Kat, ipkitten.blogspot.no/2013/10/does-hyperlinking-require-rightholders.html.

2.3. Beide opinies concluderen dat het linken naar een document dat met toestemming van de rechthebbende op het internet beschikbaar is, toelaatbaar zou moeten zijn, maar de redeneringen die daartoe leiden zijn wezenlijk verschillend. Volgens de ECS is het plaatsen van een hyperlink geen 'mededeling'; van een mededeling aan het publiek kan dus geen sprake zijn. "If hyperlinking is regarded as communication to the public, all hyperlinks would need to be expressly licensed. In our view, that proposition is absurd", zo waarschuwt de Society. De redenering van de ALAI is meer genuanceerd. Indien de hyperlink verwijst naar illegaal op het internet geplaatste werken, of indien door de link technische beschermingsmaatregelen worden omzeild, is er wél sprake van een (ongeoorloofde) mededeling aan het publiek.

2.4. Hoewel de procesregels van het HvJ EU niet voorzien in een rol voor de *amicus curiae*, blijkt uit het arrest dat het Hof van beide opinies goed kennis heeft genomen. Het Hof stelt voorop dat het begrip 'mededeling aan het publiek', zoals in art. 3 Auteursrechttrictlijn geharmoniseerd, uit twee cumulatieve elementen bestaat: (1) er is een 'handeling bestaande in een mededeling' en (2) deze handeling is gericht tot een 'publiek'. Ten aanzien van het eerste element overweegt het Hof dat "door het plaatsen op een website van aanklikbare links naar beschermde werken die zonder enige toegangsbeperking op een andere website zijn gepubliceerd, de gebruikers van eerstgenoemde website een directe toegang tot die werken wordt geboden" (r.o. 18). Het Hof leidt hieruit af dat het aanbrenge van een hyperlink als een 'beschikbaarstelling', en derhalve als een 'handeling bestaande in een mededeling' is aan te merken (r.o. 20).

2.5. Met betrekking tot het tweede element ('publiek') is de redenering van het Hof ingewikkelder. Omdat door het plaatsen van de link een 'publiek' – volgens vaste jurisprudentie van het Hof 'een onbepaald aantal potentiële ontvangers en overigens een vrij groot aantal personen' – wordt bereikt, is er in beginsel een 'mededeling aan het publiek' (r.o. 23). Uit de jurisprudentie blijkt echter ook dat in het geval van doorgifte van werken door een zelfde (technisch) medium, er pas sprake is van een rechtens relevante mededeling aan het publiek als door de mededeling een *nieuw* publiek wordt bereikt, dat wil zeggen 'een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek' (r.o. 24). Omdat de nieuwsartikelen waarnaar de hyperlinks van Retriever verwijzen reeds door de plaatsing op de website van de Göteborg-Post aan alle gebruikers van het internet beschikbaar waren gesteld, bereiken de hyperlinks van Retriever geen 'nieuw publiek'. De Retriever-abonnees hebben immers te gelden "als 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" (r.o. 27).

2.6. Het resultaat van deze nogal omslachtige redenering is dat een hyperlink naar een werk dat met toestemming van de rechthebbende(n) op het internet geplaatst is, géén mededeling aan het publiek oplevert. Dit geldt zelfs voor 'framed' of 'embedded' hyperlinks, dat wil zeggen links die zodanig zijn ingericht dat "het werk verschijnt en daarbij de indruk wordt gewekt dat het wordt getoond op de website waar de link zich bevindt, terwijl dit werk in werkelijkheid afkomstig is van een andere website" (r.o. 29). Ook hier kan men anders over denken. Volgens Seignette past het Hof hier een verkeerde maatstaf toe; bij dergelijke links zou bepalend moeten zijn 'dat de content beschikbaar komt op de site waar de link wordt geplaatst' (IER 2016/47). Overigens sluit het oordeel van het Hof niet uit dat daadwerkelijke misleiding ten gevolge van het gebruik van 'framed' of 'embedded' hyperlinks een onrechtmatige daad oplevert.

2.7. Daarentegen moet volgens het Hof wel als mededeling aan het publiek worden beschouwd de hyperlink die verwijst naar werken die zich in een afgeschermd omgeving ('achter de paywall') bevinden; in dat geval wordt immers wél een 'nieuw publiek' bereikt waarmee de rechthebbenden geen rekening konden houden (r.o. 31).

2.8. Na het *Svensson*-arrest werd allereergens een zucht van verlichting geslaakt. Hyperlinken was – op het nippertje – toch toegestaan, het *world wide web* voorlopig gered.

Maar hiermee waren nog lang niet alle link-gerelateerde vragen beantwoord.

3. *GS Media*

3.1. In het tweede hier besproken arrest geeft het Hof antwoord op een vraag die in *Svensson* was opengelaten, althans niet duidelijk beantwoord. Hoe te oordelen over een hyperlink naar werken die zonder toestemming van de rechthebbenden op het internet zijn geplaatst? De vragen zijn afkomstig van de Hoge Raad in een zaak die door Sanoma Nederland, uitgever van de Nederlandse Playboy, was aangespannen tegen GS Media, beheerder van de weblog *GeenStijl* (HR 3 april 2015, *NJ* 2015/183). Playboy had een naaktfotoreportage van 'mediapersoonlijkheid' Britt Dekker laten maken. Ruim voordat de foto's in Playboy zouden verschijnen berichtte *GeenStijl* dat de foto's waren 'uitgelekt'. Lezers werden aangemoedigd ('HIERR') te klikken op een hyperlink die toegang gaf tot een Australische website voor dataopslag (Filefactory) waarop de blootfoto's zich bleken te bevinden.

3.2. In eerste instantie had de Amsterdamse rechtbank (Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043) Sanoma's inbreukvordering tegen *GeenStijl* toegewezen. Volgens de rechtbank was het plaatsen van een hyperlink naar een locatie op het internet waar een werk voor het publiek toegankelijk is gemaakt weliswaar geen zelfstandige openbaarmaking, maar omdat de op Fi-

lefactory geplaatste bestanden niet door middel van zoekprogramma's konden worden gevonden, moest de directe verwijzing door GeenStijl naar deze vindplaats toch als openbaarmaking worden aangemerkt (r.o. 4.10).

3.3. Het rechtbankvonnis werd door het Amsterdamse hof grotendeels vernietigd. In lijn met de vóór *Svensson* heersende rechtsopvattingen oordeelde het hof dat het plaatsen van een hyperlink geen auteursrechtelijk relevante handeling is (Hof Amsterdam 19 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4019). Daartoe overwoog het hof "[...] dat het internet in zijn huidige vorm een vrij, open en voor een ieder toegankelijk communicatienetwerk is. [...] Verwijzing met een hyperlink naar een [...] op een andere locatie openbaar gemaakt werk is 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" (r.o. 2.4.4).

3.4. Na het *Svensson*-arrest van het Europees Hof was echter duidelijk dat deze redenering niet meer houdbaar was. Geadviseerd door A-G Van Peursem besloot de Hoge Raad tot het stellen van prejudiciële vragen (HR 3 april 2015, *NJ* 2015/183), waarvan de eerste de belangrijkste is: "Is sprake van een 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebber 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?" Daarbij wilde de Hoge Raad tevens weten of hiervoor relevant is dat de persoon die de link plaatst kennis heeft van het feit dat het werk zonder toestemming op het internet geplaatst is, en dat het verstrekken van deze hyperlinks het vinden van deze werken in hoge mate faciliteert doordat de website waarop deze voor alle internetgebruikers toegankelijk zijn niet eenvoudig vindbaar is.

3.5. Anders dan in de *Svensson*-zaak raadpleegt het Europees Hof ditmaal wel een van zijn advocaten-generaal. In zijn conclusie nodigt A-G Wathelet het Hof uit terug te komen van de in de zaak *Svensson* ontwikkelde leer. Volgens de A-G volgt uit oudere rechtspraak van het Hof dat eerst sprake is van een auteursrechtelijk relevante mededeling als de interventie van de persoon 'onontbeerlijk of cruciaal [is] om te profiteren of genieten van de werken' (nr. 57). Derhalve kan het plaatsen van een hyperlink naar een op het internet beschikbaar werk geen mededeling aan het publiek opleveren, "want de interventie van de beheerder van de site die de link plaatst, in casu GS Media, is niet onontbeerlijk voor de beschikbaarstelling van de betrokken foto's aan de internetgebruikers, met inbegrip van de bezoekers van de site GeenStijl" (nr. 60). Of de werken daar met of zonder toestemming zijn geplaatst is daarbij niet relevant, aldus de A-G (nr. 61).

In zijn conclusie waarschuwt Wathelet voor de gevolgen van een te ruime interpretatie van het mededelingsrecht, die "de werking van internet aanmerkelijk zou belemmeren en een van de voornaamste doelstellingen van richtlijn 2001/29 zou doorkruisen, namelijk de ontwikkeling van de informatiematenschap in Europa" (nr. 77). Ook de Europese Commissie en enkele lidstaten geven in hun interventies blijk van bezorgdheid over het behoud van de informatievrijheid op het internet.

3.6. Het Europees Hof trekt zich van de conclusie van zijn A-G echter weinig aan, en gaat verder op het eerder ingeslagen pad. Het Hof stelt voorop dat het begrip mededeling aan het publiek een 'geïndividualiseerde beoordeling' vergt, waarbij rekening is te houden met 'meerdere niet-autonome en onderling afhankelijkke, elkaar aanvullende criteria' (r.o. 33-34). Mededeling aan het publiek is met andere woorden een flexibel begrip, waarvan de inhoud casuïstisch moet worden bepaald. Vervolgens differentieert het Hof de casus in *GS Media* van de feiten in *Svensson*. In dat arrest kwam het Hof tot het oordeel dat het hyperlinken geen mededeling aan het publiek opleverde omdat door de link geen ander ('nieuw') publiek bereikt werd dan het publiek dat door de auteurs in aanmerking was genomen toen zij toestemming verleenden voor het online plaatsen van hun artikelen. Hieruit volgt volgens het Hof dat zijn oordeel in die zaak enkel betrekking heeft op het linken naar rechtmatig gepubliceerde werken (r.o. 42-43).

3.7. Betekent dit dat een hyperlink naar onrechtmatig op een website geplaatste werken, zoals in het geval van GeenStijl, wél een mededeling aan het publiek – en dus auteursrechtinbreuk – oplevert? Het Hof lijkt terug te schrikken voor de consequentie van zijn eigen redenering. Het hof erkent "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" (r.o. 45). Tevens kan het met name voor particulieren die hyperlinks plaatsen moeilijk zijn om de auteursrechtelijke status van de werken waarnaar verwezen wordt vast te stellen (r.o. 46).

3.8. Het Hof tovert vervolgens uit zijn hoge hoed een criterium dat geen grondslag heeft in de Auteursrechtlijn en bij de uitleg van de auteursrechtelijke exploitatierechten niet eerder aan de orde is geweest: kennis (wetenschap) van inbreuk. "Voor de geïndividualiseerde beoordeling van het bestaan van een 'mededeling aan het publiek' [...] 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” (r.o. 47). Een dergelijke persoon “intervenieert 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” (r.o. 48). De persoon die daarentegen ‘wist of moest weten’ dat de door hem geplaatste link verwijst naar werken die zonder toestemming op het web geplaatst zijn, verricht een ‘mededeling aan het publiek’ (r.o. 49).

3.9. Voor ‘linkers’ die handelen met winstoogmerk formuleert het Hof een (weerlegbaar) vermoeden van wetenschap. Van een dergelijke partij mag “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” (r.o. 51).

3.10. Ergo, de hyperlink van GeenStijl naar de auteursrechtelijke beschermde foto’s van Sanoma is een (inbreukmakende) mededeling aan het publiek van deze foto’s.

4. *Filmspeler*

4.1. Ook het derde hier besproken arrest is van Nederlandse oorsprong. De prejudiciële vragen zijn ditmaal niet afkomstig van de Hoge Raad, maar van de Rechtbank Midden-Nederland in een door Stichting Brein (die optreedt namens een groot aantal rechthebbenden) tegen ene Jack Wullems aangespannen inbreukprocedure. Wullems bood op diverse websites een mediaspeler (‘filmspeler’) te koop aan waarmee gebruikers door middel van ingebouwde hyperlinks toegang werd verschaft tot websites die illegaal films, televisieseries en sportwedstrijden ‘streamen’ (dat wil zeggen: online uitzenden). Wullems adverteerde zijn filmspeler onder meer met de woorden “Nooit meer betalen voor films, series, sport, direct te bekijken zonder reclame en wachttijd (geen abonnementskosten, plug & play) Netflix is hiermee verleden tijd!”.

4.2. Brein stelde zich primair op het standpunt dat de verkoop van deze ‘filmspeler’ als mededeling aan het publiek is te kwalificeren, reden genoeg voor de rechtbank om vragen te stellen aan het Europees Hof. Anders dan zijn collega Wathelet doet A-G Campos ditmaal geen poging om het Hof tot andere gedachten te brengen. “De rechtszekerheid eist van de rechterlijke instanties om, zo niet in absolute zin het stare decisis toe te passen, maar zich in elk geval wel met prudentie te houden aan wat zij zelf, na rijp beraad, over een bepaald juridisch pro-

bleem hebben beslist” (nr. 41). Daarom volgt de A-G braaf de in Svensson en *GS Media* ontwikkelde leer; en trekt hij deze door naar de Filmspeler-casus. Als het desbewust plaatsen van hyperlinks naar werken die zonder toestemming van de rechthebbenden online zijn geplaatst als (inbreukmakende) mededeling aan het publiek is aan te merken, heeft dat ook te gelden voor de verkoop van een apparaat waarin dergelijke hyperlinks zijn geïnstalleerd (zie nr. 51).

4.3. Het Europees Hof volgt de conclusie van de A-G. Onder aanhaling van eerdere jurisprudentie overweegt het Hof dat de verkoop van een ‘filmspeler’ met ingebouwde hyperlinks evenals het plaatsen van de hyperlinks een ‘handeling, bestaande in een mededeling’ oplevert. Daarbij verwerpt het Hof het door Wullems aangevoerde – en door de Europese Commissie in haar interventie ondersteunde – argument dat de verkoop van de filmspeler niets meer is dan het louter beschikbaar stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten, hetgeen volgens overweging 27 bij de Auteursrechtlijn op zichzelf geen mededeling aan het publiek zou moeten opleveren. Naar analogie van het SGAE-arrest (HvJ EG 7 december 2006, C-306/05), waarin het Hof het aanleggen en instandhouden van een hoteltelevisienetwerk als daad van mededeling aan het publiek aanmerkte, overweegt het Hof dat Wullems door het welbewust installeren van de hyperlinks in zijn filmspeler niet louter technisch faciliteert, maar actief intervineert, en dusdoende een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek verricht. Ergo, de verkoop van Wullems’ filmspeler kwalificeert als inbreukmakende mededeling aan het publiek.

5. *The Pirate Bay*

5.1. Het vierde arrest vindt eveneens zijn oorsprong in Nederland. De prejudiciële vragen zijn gesteld door de Hoge Raad in een langlopend geschil tussen (alweer) de Stichting Brein en een tweetal Nederlandse internetaanbieders, Ziggo en XS4ALL (HR 13 november 2015, NJ 2018/110, m.nt. P.B. Hugenholtz). Centraal in dat geschil staat de vraag of de internetproviders gedwongen kunnen worden toegang tot het beruchte file-sharing platform The Pirate Bay (‘TPB’) te blokkeren. Daarbij is een voorvraag of het handelen van TPB op zich zelf als (directe) auteursrechtinbreuk is aan te merken. In eerder tegen TPB en vergelijkbare platforms gevoerde procedures is door nationale rechters geoordeeld dat deze actoren zich weliswaar schuldig maken aan het bevorderen van auteursrechtinbreuk, en daarvoor op grond van het gemeene recht aansprakelijk zijn, maar geen directe auteursrechtinbreuk plegen. Zie onder meer Rb. Amsterdam (vz.) 22 oktober 2009, *AMI* 2010, p. 18, m.nt. Hugenholtz; vgl. voor Duitsland: BGH 12 juli 2012 (*Alone in the dark*), *NJW* 2013/784, en voor de V.S.: *MGM Studios, Inc./Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913, 2005; zie tevens HR 19 december 2003 (*Buma/KaZA*), *NJ* 2009/548, m.nt. P.B. Hugenholtz.

5.2. Om dit beter te begrijpen eerst een kort exposé over de werkwijze van TPB (zie ook de Conclusie van A-G Szpunar in deze zaak, nrs. 18-27). The Pirate Bay is al vele jaren een van de populairste en door de rechthebbenden meest gevreesde 'torrent-sites' ter wereld. Op de website van TPB zijn grote aantallen geïndexeerde torrent-bestanden te vinden. Tevens biedt de TPB een zoekmachine aan waarmee gericht naar torrents kan worden gezocht. Torrents zijn metadata die – enigszins vergelijkbaar met hyperlinks – verwijzen naar computerbestanden (hoofdzakelijk televisieseries, films, muziek en games) die zich bevinden op de pc's van de miljoenen TPB-gebruikers die deze bestanden doorgaans zonder toestemming van de rechthebbenden door middel van gratis beschikbare BitTorrent-software met andere gebruikers 'delen'. Naar schatting 90-95% van de bestanden die via TPB wordt gedeeld is illegaal (Conclusie A-G, nr. 23).

5.3. Kenmerkend voor de handelswijze van TPB is dat zij zelf geen (illegale) bestanden op haar website opslaat en verzendt. De gedeelde bestanden bevinden zich op de computers van de gebruikers; TPB fungeert enkel als zoekmachine en catalogus. In de zaak tegen Ziggo en XS4ALL stelde Brein zich desalniettemin op het standpunt dat TPB rechtstreeks inbreuk pleegt. Brein vond hiervoor inspiratie in de hiervoor besproken hyperlinking-zaken waarin het recht van mededeling aan het publiek door het HvJ EU steeds ruimer is uitgelegd.

5.4. Is de handelswijze van TPB aan te merken als mededeling aan het publiek? Na kennisneming van de hierboven besproken arresten komt het antwoord van het HvJ EU niet meer als een verrassing. Het Hof leidt uit deze arresten af "dat, in beginsel, iedere handeling waarbij een gebruiker zijn klanten weloverwogen toegang biedt tot beschermde werken, een 'handeling bestaande in een mededeling' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan vormen" (r.o. 34). Dat de werken niet zelf door de beheerders van TPB online worden geplaatst, maakt volgens het Hof niet uit, omdat "deze beheerders, door het beschikbaar stellen en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden [...] zich welbewust van de gevolgen van hun gedrag, handelen om toegang te verschaffen tot de beschermde werken door het op dat platform indexeren en inventariseren van de torrent-bestanden, waarmee de gebruikers van het platform deze werken kunnen lokaliseren en delen in het kader van een peer-to-peernetwerk" (r.o. 36). Aldus fungeren de TPB-beheerders 'als onontkoombare actoren' bij het beschikbaar stellen van auteursrechtelijke beschermde werken (r.o. 37). Omdat vast staat dat de beheerders van TPB ervan op de hoogte zijn dat werken die via TPB toegankelijk worden gemaakt zonder toestemming van de rechthebbenden worden gedeeld, en TPB bovendien handelt met winst oogmerk, is dit handelen aan te merken als mededeling aan het publiek.

6. Conclusie

6.1. Als deze vier arresten één ding duidelijk maken is het dit: de tijd van onbekommerd hyperlinks is voorbij; links is linke soep geworden. Het Europees Hof heeft een ingewikkelde jurisprudentie ontwikkeld die moeilijk in een paar woorden is samen te vatten: 1) Een hyperlink naar een rechtmatig op het internet beschikbaar werk is weliswaar een mededeling aan het publiek, maar geen inbreukmakende handeling, omdat door de link geen 'nieuw publiek' bereikt wordt (*Svensson*). 2) Linken naar illegaal op het internet geplaatste werken is wel een (inbreukmakende) mededeling aan het publiek, tenzij de 'linker' niet wist of behoorde te weten dat het werk zich zonder toestemming van de rechthebbende(n) op het internet bevond. Voor met winst oogmerk handelende partijen geldt een weerlegbaar vermoeden van wetenschap (*GS Media*). 3) Het verkopen van een apparaat voorzien van hyperlinks die verwijzen naar inbreukmakende websites is (inbreukmakende) mededeling aan het publiek (*Filmspeler*). 4) Het organiseren en beheren van een file-sharing platform is eveneens (inbreukmakende) mededeling aan het publiek (*The Pirate Bay*).

6.2. Deze jurisprudentie is met gemengde gevoelens ontvangen. Voor de rechthebbenden die in de afgelopen decennia hun auteursrechten massaal ten prooi hebben zien vallen aan The Pirate Bay en andere vormen van digitale piraterij, betekent zij een duidelijke versterking van hun rechtspositie. Voortaan kunnen malafide linkers met auteursrechtelijke wapens worden bestreden. Voor de gebruikers van het world wide web – wij allen dus – betekent de rechtspraak van het Hof dat zij (wij) bij het linken op hun tellen moeten passen. Hoewel het Hof er vanuit gaat dat zijn oordeel voor de doorsnee-internetgebruiker geen praktische gevolgen heeft, omdat deze van de auteursrechtelijke status van documenten op het web doorgaans geen weet heeft, valt aan te nemen dat ook de prudente 'gewone man' (m/v) zich voortaan wel tweemaal zal bedenken voordat hij op Facebook of Twitter een linkje naar andermans werk plaatst.

6.3. Voor professionele informatieaanbieders, zoals online dagbladen, weblogs, vergelijkingssites en zoekmachines, zijn de gevolgen in elk geval veel ernstiger, nu bij personen die handelen met winst oogmerk wetenschap van inbreuk vermoed wordt. (Terzijde: of met 'winst oogmerk' wordt gehandeld, is lang niet altijd evident; wat bijvoorbeeld te denken van de publieke omroep?). Dergelijke partijen zullen voortaan iedere hyperlink naar een auteursrechtelijk beschermd document vooraf moeten laten gaan door een onderzoek naar de auteursrechtelijke status daarvan (zie Visser, *AAe* 2017, p. 881). Een groot probleem is daarbij dat deze status niet zonder meer kenbaar is. Het auteursrecht is geen geregisterd, en er zijn buiten het Copyright Office van de VS nauwelijks openbare bronnen die enig inzicht geven in de auteursrechtelijke status van een werk. In de praktijk betekent zo'n onderzoek dus al

gaww: toestemming vragen van de auteursrecht-hebbende. Een bijkomend probleem is dat van veel documenten op het web (bijvoorbeeld foto's) niet aanstonds duidelijk is wie de auteur c.q. de auteursrecht-hebbende is. Met dat al zal van de jurisprudentie van het Hof naar verwachting een 'chilling effect' uitgaan; dagbladen, bloggers en andere online nieuwsvoorzieners zullen minder snel linken naar externe bronnen. Vooral waar het gaat om door klokkenluiders gelekte documenten kan dit ernstige gevolgen hebben voor de informatievrijheid (zie Van Eechoud & Poort, *NJB Blog*, 25 oktober 2016).

6.4. Voor de systematiek van het auteursrecht heeft de jurisprudentie van het Hof eveneens belangrijke gevolgen. Het bevorderen c.q. faciliteren van inbreuk door online intermediairs werd in Nederland tevoren niet als handelen in strijd met het auteursrecht beschouwd, maar enkel op grond van het gemene recht – en afhankelijk van de omstandigheden van het geval – van een sanctie voorzien (zie onder meer Hof 's-Gravenhage, 4 september 2003, *NJ 2003/664 (Scientology/XS4ALL)*; Hof 's-Gravenhage, 15 november 2010, *NJ 2011/565 (FDI/Eyeworks)*). Mede door het ontbreken van een helder omlindig concept van 'mede-daderschap' werd het stelselmatig en doelbewust bevorderen van inbreuk door derden beschouwd als handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW) (*FDI/Eyeworks*), doch niet met het auteursrecht.

6.5. Met het oprekken van het mededelingsrecht betreft het Hof een terrein dat tot dusver hoofdzakelijk tot de competentie van de lidstaten behoorde. Behalve de Richtlijn elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG), die internet-tussenpersonen onder bepaalde omstandigheden van aansprakelijkheid voor door derden gepleegd onrechtmatig handelen bevrijdt (art. 6:196c BW), is aansprakelijkheid voor inbreuk tot op heden een nationale aangelegenheid gebleven. Volgens A-G Szpunar is een onie-rechtelijke benadering van de aansprakelijkheid hier echter gewenst, omdat de 'zeer uiteenlopende oplossingen die in de verschillende nationale rechtssystemen worden toegepast' ten aanzien van de aansprakelijkheid van intermediairs anders afbreuk zouden doen aan de materieelrechtelijke harmonisatie van het auteursrecht (Conclusie A-G bij TPB, nr. 3). Voor dit argument valt weliswaar wel wat te zeggen, maar het is de vraag of de interne markt met de casuïstische en subjectieve benadering van het Europees Hof uiteindelijk beter af is. Veel beter ware het mijns inziens voor de aansprakelijkheid van intermediairs een stelsel van objectieve, redelijk voorspelbare verkeersplichten te ontwikkelen, bij voorkeur in de vorm van een harmonisatierichtlijn of verordening (zie Ohly, *ZUM 2017*, p. 800, alsmede Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, 2016).

6.6. Door de casuïstische benadering van het mededelingsrecht en het introduceren van subjectieve factoren, zoals het Hof in deze arresten gedaan heeft, wordt het mededelingsrecht een 'bewegli-

ches System' (Targosz, *Kluwer Copyright Blog*, 6 september 2016) dat in hoge mate fluïde en onvoorspelbaar is, zulks ten koste van het rechtskarakter van het auteursrecht en van de rechtszekerheid. Toegegeven, een zekere mate van openheid en flexibiliteit is in het auteursrecht in het licht van de snelle ontwikkeling van de technologie gewenst, maar daarvoor zijn de wettelijke beperkingen van het auteursrecht en de regels inzake aansprakelijkheid veel beter geschikt. Bedenk hierbij dat auteursrechtelijke vermogensrechten op grote schaal plegen te worden overgedragen. Wat is nog de waarde van een auteursrecht waarvan de reikwijdte in ieder geval afzonderlijk, 'geïndividualiseerd' moet worden vastgesteld?

6.7. Een ander punt van kritiek betreft het door het Europees Hof geïntroduceerde kennisvereiste. Terwijl het Hof in *GS Media en Filmspeler* het mededelingsrecht relateert aan daadwerkelijke kennis (in een concreet geval) van de illegale status van het 'gelinkte' werk, hanteert het Hof in *The Pirate Bay* een meer algemeen kennisvereiste (Leistner, *GRUR 2017/755*). Uit de feiten van de zaak leidt het Hof af dat de beheerders van TPB 'wel moesten weten dat dit platform toegang biedt tot werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd' (TPB, r.o. 45). Bij actoren als *The Pirate Bay* (what's in a name?), lijkt dat inderdaad een redelijke aanname, nu dit platform voor het overgrote deel voor inbreukmakende doeleinden wordt gebruikt. Maar wat te denken van platforms zoals YouTube en Dropbox die in overwegende mate voor reguliere doeleinden worden benut, maar waarop ook regelmatig illegale bestanden worden aangeboden? Ongetwijfeld zijn de beheerders van deze diensten ervan op de hoogte dat illegaal gebruik frequent voorkomt; zijn zij dus ook 'mededellers aan het publiek'? Zo ja, dan zijn de huidige discussies in Brussel over een nieuwe richtlijn die aan de beheerders van dergelijke platforms strengere auteursrechtelijke verantwoordelijkheden moet opleggen, nu al achterhaald (Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, Brussel, 14 september 2016, COM(2016) 593 final, art. 13).

6.8. Met dat al zijn de hier besproken arresten van grote invloed op de rechtsvorming in Nederland en Europa, en op het toekomstig functioneren van het internet. Mede gezien de directe betrokkenheid van ons land bij drie van deze zaken, wekt het verbazing dat Nederland in geen enkel geval bij het Europees Hof heeft geïntervenieerd.

P.B. Hugenholtz