

Waar het wringt: zoekmachines en hyperlinks als mededeling aan het publiek

Gijs van Til

G. van Til is masterstudent Informatierecht en projectonderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

De recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU over de vraag of een hyperlink kwalificeert als mededeling aan het publiek, heeft al een hoop stof doen opwaaien. De gevolgen die deze uitspraken zouden kunnen hebben voor zoekmachines zijn tot op heden echter onderbelicht gebleven. Deze bijdrage bevat een analyse van de juridische positie van zoekmachines in het licht van de recente jurisprudentie.¹

Inleiding

Over zoekmachines is weleens geschreven dat ze verloren zijn in het recht.² Ook de vraag hoe zoekmachines zich tot het auteursrecht verhouden, heeft in het verleden al het nodige discussiemateriaal opgeleverd.³ De nadruk in de discussie daarover lag vooralsnog op de grote schaal waarop aanbieders van zoekmachines noodzakelijkerwijs reproducties van content op het internet maken en de wijze waarop zoekresultaten weergegeven worden. De uitspraken die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in 2016 en 2017 wees over de vraag of een hyperlink als mededeling aan het publiek kan worden gekwalificeerd, maakt echter dat ook in dit verband de vraag naar de auteursrechtelijke positie van zoekmachines (hernieuwde) aandacht verdient. De wijze waarop door zoekmachines gebruik wordt gemaakt van hyperlinks geeft aanleiding om te onderzoeken of deze als mededeling aan het publiek – en dus als auteursrechtinbreuk – gekwalificeerd kunnen worden. Ook in dit tijdschrift is eerder al gewezen op de implicaties die de recente Europese jurisprudentie zou kunnen hebben voor zoekmachines.⁴ Interessant in dit kader is met name ook een onlangs door het Duitse Bundesgerichtshof gewezen arrest waarin het juridisch kader uit de recente arresten werd toegepast

op het gebruik op een website van de zoekmachinedienst Google Image Search.⁵

Deze bijdrage beoogt de juridische positie van zoekmachines in het licht van recente jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot de hyperlink als mededeling aan het publiek te verduidelijken. Het artikel is als volgt opgezet. Eerst zal kort in herinnering worden gebracht wat de positie van de hyperlink binnen het auteursrecht is. Aansluitend zal worden ingegaan op de werking van zoekmachines, de verhouding van zoekmachines tot het auteursrecht en de manier waarop door zoekmachines gebruik wordt gemaakt van hyperlinks. Vervolgens zal het in de jurisprudentie ontstane kader uiteen worden gezet en worden toegepast op de wijze waarop zoekmachines van hyperlinks gebruikmaken.

Hyperlinks als mededeling aan het publiek

Het uitsluitende recht dat aan de maker van een werk toekomt om het openbaar maken van zijn werk door een ander te verbieden of toe te staan, is in belangrijke mate, maar niet volledig, Europees geharmoniseerd. Op grond van artikel 3 van de Auteursrechtverdragen zijn lidstaten verplicht om ten behoeve van auteurs te voorzien in een uitsluitend recht op

1 Deze bijdrage is een bewerking van een paper die de auteur in het kader van zijn studie onder begeleiding van prof. mr. P.B. Hugenholtz schreef.

2 N.A.N.M. van Eijk, 'Zoekmachines: verloren in het recht?', *Computerrecht* 2008, afl. 1, p. 10-14.

3 Zie bijv. R. van der Noll e.a., *Flexible Copyright: The Law and Economics of Introducing an Open Norm in the Netherlands* (SEO-rapport nr. 2012-60 van augustus 2012 in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie), Amsterdam: SEO 2012 (online publiek) waarin zoekmachines als probleemgebied bestempeld worden of

P.B. Hugenholtz, 'De auteursrechtelijke groeipijnen van Google', *Ars Aequi*, 2011/2, p. 91-97 (hierna: Hugenholtz, AA 2011/2).

4 K.J. Koelman, annotatie bij: HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (*The Pirate Bay*), *AMI* 2017, afl. 4, nr. 14, p. 152 (hierna: Koelman, *AMI* 2017, afl. 4, nr. 14).

5 Bundesgerichtshof 21 september 2017, zaak I ZR 11/16 (*Vorschaubilder III*) (hierna: *Vorschaubilder III*); Zie voor een Engelse vertaling: A. Felmy, 'Thumbnails III (*Vorschaubilder III*)', *IC* 2018/49, p. 357-367.

mededeling van hun werken aan het publiek.⁶ Deze wijze van openbaarmaking ziet op de immateriële openbaarmaking op afstand en omvat de beschikbaarstelling van 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. Het mededelingsrecht moet, zo blijkt uit de overwegingen bij de richtlijn, een ruime betekenis worden gegeven, teneinde een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken.⁷ Tegelijkertijd is ook van belang de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal en dan met name van hun recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie.⁸

Al geruime tijd is de vraag aan de orde hoe het recht van een auteur om mededeling van zijn werk aan het publiek toe te staan of te verbieden zich verhoudt tot het gebruik van hyperlinks. Het gecompliceerde karakter van dit vraagstuk vindt zijn oorsprong in de verschillende manieren waarop en omstandigheden waaronder verwijzingen op internet via hyperlinks mogelijk zijn.⁹ In de kern gaat het telkens om een verwijzing op een webpagina naar een andere locatie op het internet.¹⁰ Dit kan de homepage van een andere website zijn, maar bijvoorbeeld ook een bestand of een specifieke locatie op een webpagina. Deze laatste verwijzingsmethode wordt aangeduid als *deep linking*. Belangrijk is daarnaast om onderscheid te maken tussen enerzijds het linken waarbij de gebruiker door op de link te klikken wordt doorgeleid naar het verwijzadres van die link en anderzijds het linken waarbij informatie die beschikbaar is op het verwijzadres al in de webpagina waarop de link zich bevindt wordt getoond, het zogeheten *embedded* linken.

Zoekmachines en het auteursrecht

Om een oordeel te kunnen vellen over de vraag wat de positie van zoekmachines is in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot de hyperlink als mededeling aan het publiek, is het eerst nodig om een algemeen beeld te schetsen van de auteursrechtelijk relevante (technische) activiteiten die zoekmachines verrichten en op welke wijze daarbij van hyperlinks gebruikgemaakt wordt. Zoals gezegd, hangt het telkens van de omstandigheden waaronder dit gebruik geschiedt af of dat gebruik een handeling oplevert

die gekwalificeerd kan worden als mededeling aan het publiek.

De hoeveelheid op het internet beschikbare informatie groeit met ongekende snelheid.¹¹ Zoekmachines zijn een essentieel middel voor gebruikers om deze almaar uitdijende hoeveelheid aan informatie op het internet te doorzoeken en om over het wereldwijde web te kunnen navigeren. Verwonderlijk is het in dit opzicht dan misschien ook niet dat een zoekmachine als Google naar schatting per seconde zo'n 65.000 zoekopdrachten verwerkt.¹²

Op het moment dat een gebruiker een zoekterm in een zoekmachine invoert, doorzoekt deze gebruiker in de meeste gevallen echter niet het internet zelf, maar een door de exploitant van de zoekmachine geïndexeerde versie (van een gedeelte) daarvan.¹³ Deze index, die *cache* genoemd wordt, bevat kopieën van met behulp van zogeheten *web spiders/crawlers* verzamelde op het web beschikbare informatie. Deze informatie wordt in de *cache* aan de hand van verschillende factoren, zoals steekwoorden of de datum waarop de pagina voor het laatst gewijzigd is, geïndexeerd.¹⁴ Dit verzamelen en indexeren van informatie door zoekmachines is een continu proces. Vanuit auteursrechtelijk oogpunt is in het verleden de vraag aan de orde gekomen of de vereenvoudigingshandeling die zoekmachines verrichten wanneer zij webpagina's in de *cache* opslaan aan te merken valt als tijdelijke reproductie in de zin van artikel 13a Auteurswet.¹⁵ Deze wettelijke beperkingsgrond houdt, kort gezegd, in dat een tijdelijke reproductie van voorbijgaande of incidentele aard geen vereenvoudiging oplevert, mits deze geen zelfstandige economische waarde bezit. Juist de (niet zo) tijdelijkheid van de reproductie en de vraag of deze zelfstandige economische waarde bezit, maakt dat discussie over de toepasbaarheid van deze beperkingsgrond op *caching* door zoekmachines goed mogelijk is.¹⁶

Wanneer een gebruiker een zoekterm in een zoekmachine invoert, wordt de *cache* vervolgens doorzocht, waarna aan de hand van een op basis van een algoritme gegenereerde score de meest relevante zoekresultaten voor de door de gebruiker ingevoerde zoekterm worden weergegeven. De weergave van een zoekresultaat bestaat uit een titel in de vorm van een hyperlink naar de betreffende pagina, gevolgd

6 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 (hierna: Richtlijn 2001/29/EG).

7 Richtlijn 2001/29/EG, overweging. 9 en 23.

8 Richtlijn 2001/29/EG, overweging. 3 en 31.

9 D.J.G. Visser & P. de Leeuwe, 'Links en recht. De stand van zaken met betrekking tot hyperlinks en auteursrecht', AA 2013/6, p. 450 (hierna: Visser & De Leeuwe 2013).

10 Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillende gebruiksmethoden van hyperlinks: J. Becker & M. Jansen, 'Het Svensson-arrest; iedere link met het auteursrecht doorbroken?', IE-forum.nl, 1 april 2014.

11 Zie voor een impressie van deze snelheid de website <http://www.internetlvestats.com/one-second/>.

12 Zie <http://www.internetlvestats.com/one-second/#google-band>.

13 Zie voor een overzicht van de verschillende technische verschijningsvormen van zoekmachines: S.C. van Loon & J.R. Spauwen, 'Databankenrecht en zoekmachines: de stand van zaken', BIE 2015, p. 154-158.

14 Zie <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/>.

15 Zie Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089, r.o. 4.6, AMI 2007, afl. 3, nr. 12, m.nt. K.J. Koelman (*Zoekalhuizen.nl*) waarin het hof oordeelde dat inderdaad van een tijdelijke reproductie sprake was.

16 Zie Hugenholtz, AA 2011/2, p. 92-94 en D.J.G. Visser, 'Doorzoekalldata-banken.nl: enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content- databanken, auteursrecht en databankenrecht', in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel. Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 364 (hierna: Visser 2008).

door een korte beschrijving, een zogeheten *snippet*, die ofwel automatisch gegenereerd wordt aan de hand van de content van de webpagina ofwel de door de eigenaar van de gevonden webpagina opgegeven zogeheten metaomschrijving weergeeft. Het is in dit kader van belang te vermelden dat de in de zoekresultaten weergegeven hyperlinks zowel direct naar auteursrechtelijk beschermd materiaal kunnen verwijzen als naar webpagina's die de mogelijkheid bieden dat materiaal te verkrijgen. In geval een gebruiker een zoekactie verricht naar een afbeelding, bevatten de zoekresultaten voorts een verkleinde versie van de gevonden afbeelding, een zogeheten *thumbnail*.

In auteursrechtelijke zin is ook met betrekking tot de wijze waarop zoekmachines zoekresultaten weergeven discussie mogelijk. In de eerste plaats rijst in dit verband bijvoorbeeld de vraag of deze weergave een auteursrechtelijk relevante handeling oplevert en of, indien dit het geval is, ook met betrekking tot deze handeling een beroep kan worden gedaan op een wettelijke beperkingsgrond, in het bijzonder op het citaatrecht uit artikel 15a Auteurswet. Dat de weergave van zoekresultaten, zeker wanneer het een *thumbnail* betreft, een auteursrechtelijk relevante handeling op kan leveren, wordt vrij algemeen aanvaard.¹⁷ Met betrekking tot het antwoord op de vraag of vervolgens een beroep op het citaatrecht mogelijk is, bestaat daarentegen meer discussie.¹⁸ Problematisch wordt in dit verband met name geacht het ontbreken van de op grond van artikel 15a Auteurswet vereiste context waarin geciteerd wordt.¹⁹ In de tweede plaats rijst in het licht van de recente jurisprudentie van het HvJ EU nu dus ook de vraag of het gebruik van hyperlinks in zoekresultaten kwalificeert als mededeling aan het publiek en op die manier een auteursrechtelijk relevante handeling oplevert. De vraag kan bijvoorbeeld gesteld worden of deze op basis van een individuele zoekactie gegenereerde lijst met zoekresultaten wel in voldoende mate een publiek bereikt op een manier die rechtvaardigt dat het mededelingsrecht daarop van toepassing is. Het vervolg van deze bijdrage beoogt deze vragen te beantwoorden.

Zoekmachines als mededelaars aan het publiek

Of een hyperlink kwalificeert als mededeling aan het publiek, is in de eerste plaats afhankelijk van het antwoord op de vraag of het materiaal waarnaar verwezen wordt met óf zonder toestemming van de auteursrechthebbende op een

andere website vrij beschikbaar is gesteld. Visser en De Leeuwe spreken in dit kader enigszins verwarrend van een onderscheid naar de aard van de informatie.²⁰ Het HvJ EU oordeelde in de zaak *Svensson/Retriever*, waarin het ging om een website met daarop aanklikbare internetlinks naar op andere websites gepubliceerde, vrij beschikbare (kranten) artikelen, dat wanneer dit materiaal met toestemming van de auteursrechthebbende geplaatst is, geen sprake is van een mededeling aan het publiek.²¹ De rechtvaardiging hiervan is volgens het Hof gelegen in het vereiste dat niet enkel sprake moet zijn van een mededeling aan een publiek, maar dat deze mededeling voorts gericht moet zijn tot een *nieuw* publiek. Dit vereiste, waarop de nodige kritiek is geuit, komt later in deze bijdrage nog aan de orde.²² Voor zoekmachines, die in het algemeen zowel naar met als zonder toestemming geplaatste beschermde werken verwijzen, heeft dit vereiste in ieder geval als gevolg dat een gedeelte van de zoekresultaten per definitie niet en een ander gedeelte mogelijk wél als mededeling aan het publiek gekwalificeerd zou kunnen worden.

De beantwoording van de vraag of een hyperlink naar een beschermd werk dat zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op een website is geplaatst als mededeling aan het publiek moet worden aangemerkt, dient te geschieden aan de hand van een vrij ingewikkeld toetsingskader – Visser spreekt van een ‘eclectische omstandighedenencatalogus’ – dat met betrekking tot deze vraag is ontstaan in de jurisprudentie van het HvJ EU.²³ Het Hof stelt telkens voorop dat beantwoording van deze vraag een geïndividualiseerde beoordeling vergt, waarbij rekening moet worden gehouden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria, die zowel individueel als in hun onderling verband moeten worden toegepast.²⁴ Binnen deze geïndividualiseerde beoordeling zal gekeken moeten worden of aan de twee cumulatieve vereisten van het Europees geharmoniseerde begrip ‘mededeling aan het publiek’ is voldaan, waarbij het, zo benadrukt het Hof, bovendien niet zonder belang is om te weten of met deze mededeling winst wordt beoogd.²⁵

Een handeling bestaande in een mededeling

Als eerste vereiste geldt dat sprake moet zijn van een handeling bestaande in een mededeling, waarmee bedoeld wordt dat het werk op zodanige wijze beschikbaar wordt gesteld

17 Hugenholtz, AA 2011/2, p. 94.

18 Zie enerzijds P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senfleben, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, Amsterdam: Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance 2011, p. 17 en de in noot 15 genoemde uitspraak van het hof Arnhem waarin een dergelijk beroep toelaatbaar werd geacht, en anderzijds M.R. de Zwaan, ‘Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij ‘search naar flexibilities’, AMI 2012, afl. 4, p. 141-148 (hierna: De Zwaan, AMI 2012, afl. 4) die een dergelijk beroep expliciet afwijst.

19 De Zwaan, AMI 2012, afl. 4, p. 142.

20 Verwarrend nu het punt van onderscheiding niet de aard van die informatie zelf betreft, maar de al dan niet verleende toestemming voor het online plaatsen daarvan; Visser & De Leeuwe 2013, p. 450.

21 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76, AMI 2014, afl. 3, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman (*Svensson/Retriever*) (hierna: *Svensson*).

22 Zie voor een kritische beschouwing: P.B. Hugenholtz & S.C. van Velze, ‘Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”’, IIC 2016/47, p. 797-816.

23 D.J.G. Visser, ‘Bom onder het internet?’, NJB 2016/2223, afl. 43, p. 3186-3187.

24 HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, AMI 2016, afl. 5, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman (*GS Media*) (hierna: *GS Media*), par. 33-34.

25 *GS Media*, par. 35-38.

dat het voor de leden van het publiek toegankelijk is. Het Hof benadrukt in dit verband de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie. Een gebruiker verricht naar het oordeel van het Hof een mededelingshandeling wanneer deze, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelswijze, intervenueert om toegang te verlenen tot een beschermd werk, met name wanneer zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang bestond tot het verspreide werk.²⁶ Inmiddels is gebleken dat hiervan al sprake is wanneer de plaatser van een hyperlink het gemakkelijker maakt om toegang tot een werk te krijgen.²⁷ Zo oordeelde het HvJ EU in de zaak tussen auteursrechtenorganisatie Brein en internet access providers XS4All en Ziggo dat sprake was een mededelingshandeling door het beschikbaar stellen en het beheer van een platform ('The Pirate Bay') voor de uitwisseling van bestanden door middel van het BitTorrent-protocol.²⁸ Het platform stelde door meta-informatie van beschermde werken te indexeren en een zoekmachine te verstrekken haar gebruikers in staat deze werken te vinden en te delen en maakte op die manier toegang tot deze werken gemakkelijker. De vergelijking met de handelswijze van zoekmachines dient zich hier al gauw aan. Ten eerste kan het indexeren en doorzoekbaar maken van op het web beschikbare informatie immers als kernactiviteit van zoekmachines worden aangemerkt. Bovendien geldt, gelet op de hoeveelheid op het internet beschikbare informatie, dat zoekmachines hierdoor gebruikers de toegang tot deze informatie gemakkelijker maken. Het is aannemelijk dat een gebruiker in veel gevallen zonder een dergelijke interventie geen, of slechts moeilijk toegang zou hebben tot het verspreide werk. In dit kader is ook het eerder vermelde gegeven relevant dat zoekmachines zowel direct naar auteursrechtelijk beschermd materiaal kunnen verwijzen als naar webpagina's die de mogelijkheid bieden dat materiaal te verkrijgen. Uit het *GS Media*-arrest, waarin het onder meer ging om een hyperlink die verwees naar een website voor dataopslag waarop met behulp van weer een andere hyperlink toegang werd verschaft tot een beschermd werk, blijkt dat ook in dat geval sprake kan zijn van mededelingshandeling.²⁹ Daarnaast is in dit kader van belang dat het Hof in de *Filmspeler*-zaak, waarin het draaide om een mediaspeler waarop add-ons geplaatst waren die hyperlinks bevatten naar voor het publiek vrij toegankelijke websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden beschikbaar werden gesteld, belang hechtte aan het aanwezig zijn van een eenvoudig bedienbare gebruikersinterface.³⁰ Ook voor zoekmachines geldt dat de gebruikersinterface door de zoekmachine-exploitant zo eenvoudig en gebruikersvriendelijk mogelijk gemaakt zal worden, waaruit het weloverwogen karakter van de interventie die toegang mogelijk maakt blijkt. Het is om deze

redenen aannemelijk dat de handelswijze van zoekmachines een handeling oplevert die als mededeling gekwalificeerd kan worden.

Het Hof heeft met betrekking tot de mededelingshandeling onderkend dat het hyperlink-plaatser in een lastige positie brengt, nu veelal niet duidelijk zal zijn of een werk met toestemming online is geplaatst en het bovendien veelal moeilijk zal zijn om te verifiëren of dit het geval is.³¹ Het Hof bepaalde daarom dat in de regel slechts sprake is van een handeling bestaande in een mededeling indien de hyperlink-plaatser wist, of redelijkerwijs moest weten, dat een hyperlink toegang geeft tot een zonder toestemming van de rechthebbenden via internet toegankelijk gemaakt werk.³² Wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winstoogmerk kan volgens het Hof van een hyperlink-plaatser worden verwacht dat deze de nodig verificaties verricht om zich van de aard van het materiaal waarnaar de hyperlink verwijst te vergewissen, 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.³³ Het Hof oordeelde in het *The Pirate Bay*-arrest dat een dergelijk winstoogmerk kon worden aangenomen vanwege de aanzienlijke reclameopbrengsten die het platform genereerde. Ook voor zoekmachines geldt dat zij inkomsten genereren door middel van de verkoop van advertentieruimte en dus een duidelijk winstoogmerk hebben. Maar kan daarmee ook van de exploitanten van zoekmachines verwacht worden dat zij zich vergewissen van de aard van de informatie waarnaar verwezen wordt, zodat vermoed moet worden dat zij kennis hebben van het gegeven dat sommige van de in zoekresultaten weergegeven hyperlinks zullen verwijzen naar beschermd materiaal dat zonder toestemming van de auteursrechthebbende online is geplaatst?

Deze vraag kwam ook in de in de inleiding genoemde recente uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof aan de orde. Het ging in deze zaak om een vermeende auteursrechtinbreuk door de weergave van *thumbnails* ('*vorschaubilder*') op een website waarin Google's afbeeldingenzoekmachine geïntegreerd was. Van de exploitant van de website was bekend dat deze met een winstoogmerk handelde, zodat ook hier in beginsel vermoed moest worden dat deze persoon op de hoogte was van het gegeven dat door de integratie in zijn website van een zoekmachine toegang verschaft werd tot beschermde werken die zonder toestemming online geplaatst waren. Het BGH oordeelde echter dat deze kennispresumptie niet van toepassing is op zoekmachines en dat ook van de exploitant van de website niet vermoed moest worden dat hij wist dat de door de zoekmachine

26 *GS Media*, par. 35.

27 Koelman, *AMI* 2017, afl. 4, nr. 14, p. 150.

28 HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, *AMI* 2017, afl. 4, nr. 14, m.nt. K.J. Koelman (*The Pirate Bay*) (hierna: *The Pirate Bay*), par. 36.

29 *GS Media*, par. 10.

30 HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300, *AMI* 2017, afl. 3, nr. 13, m.nt. K.J. Koelman (*Stichting Brein/Wullems*) (hierna: *Filmspeler*), par. 16.

31 *GS Media*, par. 46.

32 *GS Media*, par. 49.

33 *GS Media*, par. 51.

geïndexeerde afbeeldingen zonder toestemming online waren geplaatst.³⁴ De rechtvaardiging voor het niet toepassen van deze presumptie lag volgens het BGH in het belang van zoekmachines en hyperlinks voor de uitwisseling van informatie en voor de werking van het internet.³⁵ Wanneer deze presumptie wel van toepassing zou zijn op zoekmachines, dan zou dat naar het oordeel van het BGH leiden tot een onredelijke algemene verplichting voor zoekmachine-exploitanten om de geïndexeerde informatie te monitoren, hetgeen bovendien hun bedrijfsmodel in gevaar zou brengen.³⁶

Indien het HvJ EU, net als het Duitse Bundesgerichtshof, tot het oordeel zou komen dat het vermoeden van kennis inderdaad niet van toepassing is op zoekmachines, zal vast moeten komen te staan dat de exploitant van een zoekmachine wist, of redelijkerwijs moest weten, dat een hyperlink toegang geeft tot een zonder toestemming van de rechthebbenden via internet toegankelijk gemaakt werk.³⁷ Het bestaan van deze kennis kan naar het oordeel van het Hof bijvoorbeeld worden aangenomen wanneer een plaatser van een hyperlink door de auteursrechthebbende is gewaarschuwd of wanneer deze bewust toegangsbeperkende maatregelen heeft omzeild.³⁸ Het is in dit kader van belang om te wijzen op de verschillende manieren waarop het vereiste van kennis door het Hof wordt ingevuld. Waar het Hof in de arresten *GS Media* en *Filmspeler* nog als eis stelde dat daadwerkelijke kennis (in een concreet geval) aanwezig moest zijn van de illegale status van het werk waarnaar gelinkt werd, volstond in het geval van *The Pirate Bay* dat de beheerders daarvan wel moesten weten dat dit platform toegang bood tot werken die zonder toestemming van de rechthebbende online zijn geplaatst.³⁹ Onduidelijk is of ook bij de exploitanten van zoekmachines dergelijke algemene kennis verondersteld mag worden aanwezig te zijn.⁴⁰

In dit verband kan niet te makkelijk voorbij worden gegaan aan de verschillen tussen zoekmachines enerzijds en een platform als *The Pirate Bay* anderzijds. Het belangrijkste argument hiervoor is het verschil in verhouding tussen de hoeveelheid werken die met en de hoeveelheid werken die zonder toestemming beschikbaar worden gesteld. Zo geldt voor *The Pirate Bay* dat de overgrote meerderheid van het materiaal beschikbaar wordt gesteld zonder toestemming van de rechthebbenden.⁴¹ Hoewel het moeilijk is om voor zoekmachines een inschatting van deze verhouding te maken,

is op zijn minst aannemelijk dat deze verhouding minder extreem uitvalt dan bij platforms zoals *The Pirate Bay* het geval is. In dit verband zou ook relevant kunnen zijn dat exploitanten van zoekmachines, anders dan de beheerders van *The Pirate Bay*, vaak een *notice-and-takedown*-procedure beschikbaar stellen die het mogelijk maakt een zoekresultaat te laten verwijderen wanneer deze naar inbreukmakende content leidt.⁴² Daar komt tot slot nog bij dat de beheerders van *The Pirate Bay* op blogs en fora meermaals hun doelstelling kenbaar maakten om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en zij laatstgenoemden aanspoorden kopieën van deze werken te maken.⁴³

Gelet op het bovenstaande, is het nog maar zeer de vraag wat in een geïndividualiseerde beoordeling door het Hof bij de exploitanten van zoekmachines de uitkomst zou zijn met betrekking tot het vereiste van aanwezigheid van kennis van het gegeven dat sommige van de in zoekresultaten weergegeven hyperlinks zullen verwijzen naar beschermd materiaal dat zonder toestemming online is geplaatst. Strikte toepassing van de recente jurisprudentie van het HvJ EU zou echter al aanleiding geven om aan te nemen dat ook van hen vermoed moet worden dat zij kennis hebben van het gegeven dat sommige van de in zoekresultaten weergegeven hyperlinks zullen verwijzen naar beschermd materiaal dat zonder toestemming online is geplaatst en dat de handelswijze van zoekmachines derhalve een handeling bestaande in een mededeling oplevert.

Aan het publiek

Naast het vereiste dat sprake moet zijn van een handeling bestaande in een mededeling, geldt als tweede vereiste binnen de geïndividualiseerde beoordeling dat vast moet komen te staan dat sprake is van een mededeling *aan het publiek*. Het Hof heeft gepreciseerd dat het begrip 'publiek' ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert.⁴⁴ Het begrip houdt een zekere de-minimisdrempel in, waardoor een te kleine of zelfs onbeduidende groep van betrokken personen niet onder dit begrip valt.⁴⁵ Zoals gezegd, is met betrekking tot zoekmachines in dit verband problematisch dat de lijst met zoekresultaten gegenereerd wordt aan de hand van een individuele zoekactie van een gebruiker. Is het aantal personen dat bereikt wordt daarmee wel groot genoeg om deze de-minimisdrempel te halen zodat gesproken kan worden

34 *Vorschaubilder III*, r.o. 60; Zie over deze uitspraak verder M. Brüß, 'Linking for profit, technical means and burden of proof – German BGH applies CJEU case law to Google's Image Search', *The IPKat* 18 december 2017, <http://ipkitten.blogspot.nl/2017/12/linking-for-profit-technical-means-and.html>.

35 *Vorschaubilder III*, r.o. 60.

36 *Vorschaubilder III*, r.o. 61-62.

37 *GS Media*, par. 49.

38 *GS Media*, par. 49-50.

39 PB. Hugenholtz, annotatie bij HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, NJ 2018/114, p. 1705.

40 M. Leistner, 'Die "The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber', *GRUR* 2017/755.

41 Naar schatting tussen de 90 en 95%, zie Conclusie A-G, nr. 23 bij HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (*The Pirate Bay*).

42 Zie <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview> waaruit blijkt dat Google bijna 3.5 miljard verzoeken om content te verwijderen vanwege auteursrechtsschendingen behandelde; vgl. article 512(d) van de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act, op grond waarvan een *information location tool* niet aansprakelijk is voor schade door auteursrechtinbreuk indien een '*notice-and-takedown*'-procedure aanwezig is.

43 *The Pirate Bay*, par. 45.

44 *The Pirate Bay*, par. 27.

45 *The Pirate Bay*, par. 41.

van een publiek dat bereikt wordt? Het Hof heeft bepaald dat om dit aantal vast te stellen, tevens rekening dient te worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling.⁴⁶ Het is volgens het Hof derhalve niet alleen van belang te weten hoeveel personen tegelijk toegang hebben tot hetzelfde werk, maar ook hoeveel hiertoe achtereenvolgens toegang hebben. Op basis van deze cumulatieve gevolgen zou in het geval van zoekmachines beargumenteerd kunnen worden dat het aantal betrokken personen dat bereikt wordt groot genoeg is om de de-minimisdrempel te halen.

In de *Filmspeler*-zaak nam het Hof aan dat van een publiek sprake was, nu de mededeling zich uitstrekte tot alle potentiële kopers van de mediaspeler die over een internetaansluiting beschikten.⁴⁷ In de *Pirate Bay*-uitspraak nam het HvJ EU aan dat de mededeling ten minste zag op alle gebruikers van het platform en dat deze gebruikers op ieder tijdstip en gelijktijdig toegang hadden tot de beschermde werken die via dit platform werden uitgewisseld.⁴⁸

Analoog aan deze uitspraken zou ook met betrekking tot de weergave van zoekresultaten door zoekmachines betoogd kunnen worden dat deze zich richt op alle (potentiële) gebruikers van de zoekmachine en dat deze gebruikers voorts op ieder tijdstip en gelijktijdig toegang hebben tot het beschermde werk waar in een zoekresultaat door middel van een hyperlink naar verwezen wordt. Gelet op het bovenstaande kan betoogd worden dat de door zoekmachines verrichte mededelingshandeling ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers en dat zij tevens een groot aantal personen betreft, zodat sprake is van een mededeling die gericht is aan een publiek.

Een nieuw publiek?

Uit het voorgaande blijkt dat de wijze waarop zoekmachines gebruikmaken van hyperlinks die verwijzen naar beschermde werken welke zonder toestemming van de auteursrechthebbende vrij beschikbaar op een website zijn geplaatst, mogelijk gekwalificeerd kan worden als mededeling aan het publiek. Zoals vermeld heeft het Hof bepaald dat van een verwijzing naar een werk dat met toestemming van de auteursrechthebbende op een andere website vrij beschikbaar is gesteld, niet gezegd kan worden dat sprake is van een mededeling gericht tot een *nieuw* publiek, een publiek dat door de auteursrechthebbende niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling.⁴⁹ De doelgroep van de oorspronkelijke mededeling bestaat in dat geval naar het oordeel van het Hof immers uit alle potentiële bezoekers van de website waarop die mededeling gedaan wordt. Wanneer voor de toegang tot de werken op die website geen enkele beperkende

maatregel wordt gehanteerd en deze aldus vrij toegankelijk is voor alle internetgebruikers, dan had de auteursrechthebbende dit publiek in aanmerking kunnen nemen op het moment van het verlenen van toestemming voor de oorspronkelijke mededeling.⁵⁰

Is een beschermd werk echter zonder toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar op een website geplaatst, dan geldt dat het door middel van een hyperlink toegankelijk maken daarvan een mededeling oplevert die gericht is tot een nieuw publiek. Dit publiek is in dat geval immers niet door de auteursrechthebbende in aanmerking genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling. In de uitspraak van het Hof in de *Pirate Bay*-zaak komt het vereiste dat sprake moet zijn van een nieuw publiek in dit verband in een nieuwe gedaante voor.⁵¹ Het Hof oordeelde in die zaak namelijk dat sprake was van een mededeling aan een nieuw publiek, nu de beheerders van het bestandsuitwisselingsplatform wel op de hoogte moesten zijn van het gegeven dat het platform toegang bood tot werken die zonder toestemming van de rechthebbenden waren gepubliceerd, onder meer omdat zij daarvan door rechthebbenden in kennis waren gesteld.⁵² Het is de vraag welke implicaties dit heeft voor de exploitanten van zoekmachines, nu ook van hen verwacht mag worden dat zij op de hoogte zijn van het gegeven dat met behulp van zoekmachines toegang verschaft wordt tot zonder toestemming online geplaatste beschermde werken. In de literatuur zijn vraagtekens gezet bij deze vermenging van het in het kader van de beoordeling van de mededelingshandeling aan bod komende kennisvereiste en het vereiste dat sprake moet zijn van een nieuw publiek.⁵³

Conclusie

Zoals gezegd is de vraag of een hyperlink kwalificeert als mededeling aan het publiek, in de eerste plaats afhankelijk van de vraag of de informatie waarnaar verwezen wordt met óf zonder toestemming van de rechthebbende online is geplaatst, hetgeen voor zoekmachines als gevolg heeft dat een gedeelte van de zoekresultaten per definitie niet en een ander gedeelte mogelijk wél als mededeling aan het publiek gekwalificeerd kan worden. Voor wat betreft de zoekresultaten waarin verwezen wordt naar materiaal dat zonder toestemming beschikbaar is gesteld zou strikte toepassing van de recente jurisprudentie van het HvJ EU aanleiding kunnen geven om aan te nemen dat deze als mededeling aan het publiek zouden kunnen kwalificeren, nu zoekmachines door middel van een bewuste interventie een groot aantal gebruikers toegang verschaffen tot beschermde werken. Het blijft, gelet op de casuïstische benadering van het Hof, echter gissen of het Hof ook daadwerkelijk tot dat oordeel zou komen.

46 *Filmspeler*, par. 44.

47 *Filmspeler*, par. 45.

48 *The Pirate Bay*, par. 42.

49 Ch. Gielen e.a. (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht – Studenteneditie*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 523.

50 *Svensson*, par. 23.

51 *The Pirate Bay*, par. 35.

52 *The Pirate Bay*, par. 42.

53 Koelman, *AMI* 2017, afl. 4, nr. 14, p. 151.

Gelet op het door het Hof erkende belang van zoekmachines en hyperlinks voor de vrijheid van meningsuiting en de werking van het internet, bestaat tot slot aanleiding de vraag te stellen of het wenselijk is dat het gebruik van hyperlinks door zoekmachines kan worden aangemerkt als mededeling aan het publiek en dus een zelfstandige auteursrechtinbreuk oplevert. Kan van de exploitanten van zoekmachines bijvoorbeeld wel gevergd worden dat zij onderzoek verrichten ten aanzien van de website waarnaar zij zoekresultaten leveren? Zoals gezegd, oordeelde het BGH over deze laatste vraag dat dit een onredelijke verplichting voor zoekmachine-

exploitanten op zou leveren en besloot het daarop dat de kennispresumptie niet van toepassing is op zoekmachines. In de toekomst zal moeten blijken of ook het HvJ EU in weer een nieuwe geïndividualiseerde beoordeling voor een dergelijke oplossing kiest, hetgeen een nieuwe uitbreiding van de omstandighedencatalogus zou betekenen, of dat mogelijk gedacht moet worden aan een meer duurzame oplossing in de vorm van een wettelijke beperkingsgrond voor zoekmachines of een algemene *fair use*-bepaling, hetgeen de rechtszekerheid in ieder geval ten goede zou komen.⁵⁴

54 Hugenholtz, AA 2011/2, p. 97; Commissie Auteursrecht, Advies aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie over de mogelijkheden van het invoeren van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht. Deel 2: Zoekmachines en andere probleemgebieden, 27 maart 2013, p. 10-12.