

Linke links - Auteursrechtinbreuk, onrechtmatig, of slechts een wegwijzer?

Citeersuggestie: T.M. van den Heuvel, *Linke links – Auteursrechtinbreuk, onrechtmatig, of slechts een wegwijzer?*, IE-Forum.nl [IEF 12267](#).

De mogelijkheid om “met één keer klikken naar een andere locatie op internet te gaan” (link [VanDale.nl](#))-staat momenteel in het middelpunt van de belangstelling. Academics, advocaten, artiesten en actualiteitsites discussiëren over de vraag of verwijzen naar een specifieke plek op internet door middel van een hyperlink is toegestaan zonder expliciete toestemming van de 'rechthebbende'.

Deze discussie is het directe gevolg van drie recente uitspraken over de juridische kwalificatie van linken. Rechtbank Amsterdam oordeelde op 12 september jl. dat het plaatsen van een hyperlink “in beginsel” geen openbaarmaking is, maar dat de specifieke hyperlink van GeenStijl naar de Playboy foto's van mevrouw Dekker dit wel was ([IEF 11743](#)).

Ruim twee maanden later, op 19 december 2012, volgde de uitspraak van Rechtbank Den Haag over de websites Nederland.FM en OP.FM ([IEF 12159](#)). Het plaatsen van links naar radiostreams houdt volgens de rechtbank een openbaarmaking in, kort gezegd omdat de streams konden worden beluisterd ‘in het kader van de websites’.

Vorige week, op 15 januari 2013, oordeelde Hof Amsterdam dat het plaatsen van een link naar de antwoordenboeken van verschillende schoolboeken geen openbaarmaking vormt. ([IEF 12234](#)). De (oud) leraar Wiskunde die de links had geplaatst had - aldus het hof - door het plaatsen van een eenvoudige hyperlink 'slechts de weg daarnaar geweest'. “Dit [kan] niet worden aangemerkt als openbaar maken in de zin van artikel 12 Aw.” Omdat volgens het hof de kans groot was dat de uitgever als gevolg van de geplaatste links minder antwoordenboeken zou kunnen verkopen, werd

het plaatsen van de links wel onrechtmatig bevonden. De links moeten dus alsnog worden verwijderd.

Deze uitspraken roepen allerlei vragen en zelfs protesten op. Ali B riep afgelopen vrijdag bij De Wereld Draait Door collega artiesten op om in actie te komen tegen de plannen van Buma/Stemra om muziekblogs als Kicking The Habit en Puna.nl te laten betalen voor het plaatsen van ('embedded') [links](#) naar muziekvideo's van beginnende artiesten. Hebben deze muziekblogs hiervoor toestemming van Buma voor nodig? En mag GeenStijl nu wel of niet linken naar (een link naar) het boek van Diederik Stapel ([Link](#))?

Hieronder worden de drie uitspraken kort besproken en in Europees perspectief geplaatst.

Toepassing Europese criteria

Wanneer is sprake van een openbaarmaking, ofwel een 'mededeling aan het publiek'? Dit vereist een "geïndividualiseerde beoordeling", maar uit de rechtspraak van het Europese Hof kunnen wel drie criteria worden afgeleid waarmee rekening moet worden gehouden:

1. Interventie;
2. Nieuw publiek;
3. Winstoogmerk;

1. Interventie

Zonder de interventie is het niet mogelijk om toegang te krijgen tot het werk. Deze betekenis van het begrip interventie volgt uit verschillende arresten van het Europese Hof.

In de zaak *SGAE/Rafael Hoteles* ([IEF 3022](#)) ging het bijvoorbeeld om een hotel dat via de hoofdantenne

programma's uit de lucht (sattelliet of ether) opving, dit signaal door middel van zelf aangelegde kabels naar de hotelkamers doorgaf en in de kamers televisietoestellen installeerde. Volgens het Europese Hof zouden de hotelgasten zonder deze interventie "hoewel zij zich fysiek in (...) [het hotel] bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten."

En in de zaak *SCF/Marco Del Corso* ([IEF 9859](#)), over muziek in de wachtkamer van een tandarts, overwoog het Europese Hof dat "de patiënten van een tandarts, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van het dragersignaal van de fonogrammen bevinden [de wachtkamer, TVDH], deze fonogrammen slechts kunnen horen omdat de tandarts dit doelbewust mogelijk heeft gemaakt."

En in *Phonographic Performance Ireland* ([IEF 11046](#)) is volgens het Europese Hof van belang dat de hotelgasten "ook al bevinden zij zich in het ontvangstgebied van het dragersignaal van de fonogrammen, slechts dankzij de bewuste tussenkomst van een hotelexploitant van de fonogrammen kennis kunnen nemen." Het Europese Hof wijst ook nadrukkelijk op de "centrale rol" die de hotelexploitant in verband met de toegang tot muziek speelt.

1.1 Bij Playboyfoto's, radiostreams en uitwerkingen sprake van een interventie?

Uitgangspunt is dat GeenStijl, Nederland.FM en de (oud) wiskunde leraar allen niet verantwoordelijk waren voor het plaatsen van de content op internet:

- "[Sanoma] heeft niets aangevoerd, waaruit de betrokkenheid van GeenStijl bij de plaatsing van de fotoreportage op *Filefactory.com* en/of *Imageshack.us* blijkt." (r.o. 4.8, [IEF 11743](#))
- "Aangenomen moet worden dat er geen auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op de server van X staan" (r.o. 4.1) "Het enkele feit dat de radiostreams die in het kader van de websites van X te beluisteren zijn, door de browser van de bezoeker rechtstreeks van de mediaservers van de

radiostations worden gehaald, kan niet leiden tot een ander oordeel." (r.o.4.7, [IEF 12159](#))

- "Het hof komt daarom tot de conclusie dat tussen partijen niet vast staat dat [Appellant] de litigieuze uitwerkingenboeken zelf op internet heeft openbaar gemaakt". (Ook al zijn uitwerkingen binnen enkele uren op internet verschenen nadat deze, bij wijze van test, door de uitgever anoniem aan de leraar waren toegestuurd). (r.o. 2.7, [IEF 12234](#))

De vraag is nu: is er toch sprake van een interventie, spelen zij toch een 'centrale rol'? Doorslaggevend moet volgens mij zijn of internetgebruikers ook zonder het plaatsen van de link toegang kunnen krijgen tot het bestand. Is dit het geval, dan is van een interventie geen sprake. Het is immers diegene die verantwoordelijk is voor de eerste openbaarmaking in 'het ontvangstgebied' internet (de uploader naar Filefactory, YouTube, het radiostation etc) die het (doelbewust) mogelijk maakt dat de internetgebruiker "in beginsel" toegang tot het werk heeft.

Van een 'interventie' is in ieder geval bij de radiostreams naar mijn persoonlijke mening geen sprake. Hetzelfde geldt voor het linken (al dan niet embedded) naar YouTube filmpjes, zoals bijvoorbeeld door Kicking The Habit. Ook zonder het plaatsen van de link hebben de internetgebruikers (in beginsel) immers al toegang tot de radiouitzendingen of muziekclips. Of tijdens het bekijken of beluisteren van content waarnaar de link verwijst de website waar de link is geplaatst al dan niet zichtbaar blijft, zoals de Rechtbank Den Haag van belang achtte, is volgens mij - hoewel een dergelijk criterium vaker in de Nederlandse rechtspraak terugkomt - niet relevant en zeker niet doorslaggevend. Een dergelijk criterium volgt ook niet uit de Europese rechtspraak.

De vraag of sprake is van een interventie moet wellicht anders worden beantwoord wanneer een bestand weliswaar ergens op internet is geplaatst, maar dat dit bij (bijna) niemand bekend is en dat het bestand ook niet (eenvoudig) vindbaar is. Dit was het geval bij de playboyfoto's en de uitwerkingen van de schoolboeken:

- *"De rechtbank stelt als onbetwist vast dat deze bestanden niet door middel van zoekprogramma's kunnen worden gevonden doch uitsluitend toegankelijk zijn voor gebruikers van het internet indien zij het exacte URL-adres intoetsen. (r.o. 4.10, zie ook r.o. 4.11, [IEF 11743](#))*
- *[Appellant] heeft niet weten te concretiseren dat de uitwerkingen ook via zoekprogramma's of andere links bereikbaar zijn, zodat het hof aan dat verweer, wat daar verder van zij, voorbij gaat. (r.o. 2.7, [IEF 12234](#))*

Het is interessant op te merken dat Rechtbank Amsterdam onder deze omstandigheden oordeelde dat sprake was van een openbaarmaking, terwijl het Hof Amsterdam het plaatsen van de link beschouwt als een eenvoudige wegwijzer.

- *"De conclusie is dan ook dat GeenStijl door het bericht op Geenstijl.nl waarin de hyperlink werd genoemd een interventie heeft gepleegd waarmee aan het publiek toegang wordt verleend tot de fotoreportage. Zonder die interventie zou het publiek geen toegang tot de fotoreportage hebben gehad." (r.o. 4.12, [IEF 11743](#))*
- *"Nu niet vast staat dat [Appellant] de uitwerkingen zelf op internet heeft gezet en het evenmin door middel van bijzondere technische faciliteiten mogelijk maakte dat derden kennis konden nemen van de uitwerkingen maar slechts door een eenvoudige hyperlink de weg daarnaar wees, kan dit niet worden aangemerkt als openbaar maken in de zin van artikel 12 Aw." (r.o. 2.8, [IEF 12159](#))*

In mijn ogen is de weg(wijzing) van het hof de enige juiste. Wanneer een bestand op internet wordt gezet is dit 'in beginsel' openbaar gemaakt aan iedereen die zich in dit ontvangstgebied van het internet bevindt. Een verwijzing naar dat bestand kan zeer behulpzaam zijn, maar vormt geen handeling waarmee een werk beschikbaar wordt *gemaakt*. Onder omstandigheden kan het plaatsen van een link wellicht onrechtmatig zijn, een auteursrechtelijke interventie is het volgens mij niet.

2. Nieuw publiek

Het begrip 'nieuw publiek' ziet volgens het Europese Hof op een publiek *"waarmee de auteurs van het beschermde werk geen rekening hebben gehouden wanneer zij toestemming hebben verleend voor het gebruik ervan via de mededeling aan het oorspronkelijke publiek."* Dit volgt (onder meer) uit *SGAE/Rafael Hoteles* en *PPL/Ierland*.

Er bestaat ook een *de minimis* drempel. Pas wanneer sprake is van een *"veel groter gehoor"* (*SGAE/Rafael Hoteles*) kan sprake zijn van een 'nieuw' publiek. In *SCF/Marco Del Corso* benadrukt het Europese Hof dat wat *"het criterium 'een vrij groot aantal personen' betreft, (...) dit tot doel [heeft] erop te wijzen dat het begrip publiek een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt."*

2.1 Bij Playboyfoto's, radiostreams en uitwerkingen sprake van een nieuw publiek?

De Playboyfoto's zijn volgens Rechtbank Amsterdam aan een nieuw publiek openbaar gemaakt, omdat GeenStijl:

"de fotoreportage heeft ontsloten voor een nieuw publiek, te weten de gemiddeld 230.000 dagelijkse bezoekers van haar website. Er was nog geen, hooguit een zeer klein, publiek dat kennis had genomen van de fotoreportage, aangezien deze op een paar foto's na (uitgezonden door Pownews) nog niet was gepubliceerd of op andere wijze was ontsloten. Door het plaatsen van de hyperlink kon een vrij grote en onbepaalde kring van personen kennis nemen van de fotoreportage. Dit is een ander publiek dan dat waarop de auteursrechthebbende doelde toen deze toestemming verleende voor openbaarmaking van de fotoreportage." (r.o.4.14, [IEF 11743](#))

In het geval van *Nederland.FM* was volgens Rechtbank Den Haag sprake van een nieuw publiek omdat:

"de radiostreams worden gepresenteerd aan de bezoekers van de websites van X. Daarmee worden de daarin opgenomen muziekwerken toegankelijk voor een ander publiek dan het publiek dat Buma/Stemra voor ogen had toen zij toestemming verleende voor het gebruik van de muziekwerken door de radiostations. De websites van X zijn namelijk andere audiovisuele producten dan de websites van de radiostations. Zij hebben daarom een ander publiek. Daarbij staat vast dat Buma/Stemra niet de bezoekers van de websites van X voor ogen heeft gehad, toen zij toestemming verleende voor de openbaarmaking van de muziekwerken door de radiostations." (r.o. 4.14, [IEF 12159](#))

Naar mijn mening is er in beginsel sprake van één internet publiek. Iemand die een link wil plaatsen naar een bestand dat door een ander op internet is geplaatst mag er op vertrouwen dat de beschikbaarstelling is gericht op alle internetgebruikers. Dit kan slechts anders zijn wanneer de (eerste) openbaarmaker de beschikbaarheid heeft beperkt, bijvoorbeeld door de mogelijkheid tot embedding uit te schakelen (zie bijvoorbeeld [link](#)). Dit omzeilen levert mogelijk wél een interventie en een nieuw publiek op.

3. Winstoogmerk

In *SGAE/Rafael Hoteles* heeft het Europese Hof overwogen: *"Ook al is een winstoogmerk, zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen stelt, geen noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een mededeling aan het publiek, vaststaat in elk geval dat de mededeling in omstandigheden als die in het hoofdgeding een winstoogmerk dient."*

En in de zaak *Football Association Premier League* overwoog het Europese Hof: *"Ten slotte moet erop worden gewezen dat het niet irrelevant is dat een „mededeling" in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn auteursrecht een winstoogmerk heeft."*

3.1. Bij Playboyfoto's, radiostreams en uitwerkingen sprake van een winstoogmerk?

Het derde begrip, 'winstoogmerk' heeft in de uitspraken van het Europese Hof met betrekking tot het auteursrecht volgens mij slechts een ondersteunend karakter. Het is 'niet irrelevant', maar zeker niet doorslaggevend. Pas wanneer sprake is van een interventie en van nieuw publiek kan aan het winstoogmerk relevantie toekomen.

Bij *GeenStijl* en *Nederland.FM* werd, nadat was vastgesteld dat er sprake was van een 'interventie' en een 'nieuw publiek' overwogen dat er ook een winstoogmerk aanwezig was. Uit de uitspraak van het Hof Amsterdam zou, a contrario, kunnen worden afgeleid dat alleen een winstoogmerk (zonder interventie en nieuw publiek) inderdaad niet kan leiden tot een openbaarmaking. De website van de oudwiskundeleraar waar hij de links plaatste naar uitwerkingen van de schoolboeken vormde *"een niet commerciële hobby (...) in welk kader hij belangeloos naar informatie zoekt die nuttig is voor zijn bezoekers en om leerlingen van dienst te zijn"* ([IEF 12234](#)). Dit aspect wordt echter pas meegewogen bij de vraag of van onrechtmatig handelen sprake is. De 'driestappentoets van openbaarmaking' is dan reeds gestrand bij de eerste stap: er was geen sprake van een interventie, slechts van een eenvoudige hyperlink. Dit is volgens mij de juiste toets, zonder interventie geen openbaarmaking. Is er wel sprake van een interventie, dan dient nog te worden beoordeeld of er sprake is van een nieuw publiek en kan daarna worden gekeken naar de aanwezigheid van een winstoogmerk.

Linken – wie wijst de weg?

Waarheen leidt dit alles? Met de door Buma aangekondigde '[embedlicentie](#)' en het hoger beroep in de *Playboy*-zaak ([link](#)) zal de discussie in Nederland nog wel even voortduren. Aan het einde van de horizon gloort inmiddels wel verduidelijking door het Europese Hof. In de zaak *Svensson/Retriever Sverige AB* ([link](#)) zijn onder meer de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1. Is sprake van mededeling aan het publiek (...) wanneer iemand anders dan de houder van het auteursrecht op

een bepaald werk, op zijn website een aanklikbare link plaatst naar het werk?

2. Is het voor het antwoord op de eerste vraag relevant of het werk waarnaar de link verwijst, is geplaatst op een website op het internet waartoe iedereen zonder beperkingen toegang heeft dan wel of de toegang op enige wijze is beperkt?

3. Moet bij de beantwoording van de eerste vraag onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin het werk, nadat de gebruiker op de link heeft geklikt, wordt getoond op een andere website, en gevallen waarin het werk, nadat de gebruiker op de link heeft geklikt, aldus wordt getoond dat de indruk wordt gewekt dat het op dezelfde website verschijnt?

Wordt vervolgd!

Thijs van den Heuvel

De auteur is betrokken bij de procedure van Buma/Stemra tegen Nederland.FM. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.