

## Van de redactie

*'Een nieuwe lente en een nieuw geluid' dichte Gorter als openingsregel van het gedicht Mei.*

Aan de toepasselijkheid van dit citaat valt niet te ontkomen met de verschijning in deze maand mei van het eerste nummer onder voorzitterschap van ondergetekende en met, in afwijking van hetgeen gebruikelijk is, aandacht voor een tweetal conclusies uit Luxemburg nog voor het Europese Hof heeft gesproken. De ietwat muffige dichtregel stelt mij namelijk in staat om u gerust te stellen dat het nieuwe geluid niet zal bestaan uit valse, of althans premature noten. Het besluit om vooruit te lopen op de te wijzen arresten met een kort commentaar op de conclusies in *Sanoma/Geen Stijl* en *Telenet/United Video* is ingegeven door de grote praktische betekenis van de onderwerpen die in deze zaken aan de orde zijn. In *Sanoma/Geen Stijl* draait het om de auteursrechtelijke status van de hyperlink (wel of geen "mededeling aan het publiek") waarmee, volgens de A-G, de architectuur van het internet en de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in het geding is. In *Telenet/United Video* staat de uitleg centraal van artikel 14 van de handhavingsrichtlijn; de vergoeding van de volledige en evenredige proceskosten. De hoogte en de voorzienbaarheid van deze kosten zijn aldus de A-G van doorslaggevende betekenis bij de beslissing om wel of niet te procederen. Daarmee is de toegang tot de (I.E.) rechter aan de orde en veel belangrijker kan het toch niet worden, althans het onderwerp is stellig belangrijk genoeg om mr. Ch. Vredenburg de ruimte te geven om alvast aandacht aan de conclusie te besteden.

Marcel de Zwaan

## Conclusie A-G in *Geen Stijl/Sanoma*

Conclusie van Advocaat-Generaal M. Wathelet van 7 april 2016 in Zaak C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221

*A-G (Selectie)*

Op 7 april werd de conclusie van Advocaat-Generaal Wathelet gepubliceerd in de zaak C-160/15; *GS Media BV/Playboy Enterprises International Inc.*, *Sanoma Media Netherlands BV* en *Britt Geertruida Dekker*. *Geen Stijl* had op haar website een link geplaatst naar de website *Filefactory.com* alwaar de foto's, bestemd voor de aanstaande uitgave van *Playboy*, waren te vinden van de soms niet eens schaars geklede *Britt Dekker*. De foto's waren niet eerder met toestemming van rechthebbenden openbaar gemaakt.

De Hoge Raad (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841) stelde de volgende prejudiciële vragen over de auteursrechtelijke toelaatbaarheid van de hyperlink in het licht van de arresten *Svensson* (C-466/12, EU:C:2014:76) en *BestWater* (C-348/13, EU:C:2014:2315):

"1) a) Is sprake van een 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 wanneer een ander dan de auteursrechthebbende door middel van een hyperlink op een door

hem beheerde website verwijst naar een door een derde beheerde, voor het algemene internetpubliek toegankelijke website, waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld?

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

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

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

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

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

*N.a.v. vraag 1:*

A-G Wathelet is van mening dat het plaatsen van een hyperlink naar een werk op een voor het publiek vrij toegankelijke website geen "mededeling aan het publiek" is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Bijgevolg is volgens hem ook het ontbreken van toestemming voor beschikbaarstelling op de oorspronkelijke website evenals de wetenschap van degene die de hyperlink plaatst omtrent dit ontbreken van deze toestemming, van belang. De A-G redeneert:

"(47) Hoewel richtlijn 2001/29 geen definitie van het begrip "mededeling aan het publiek" bevat, heeft het Hof in vaste rechtspraak bepaald dat dit begrip twee cumulatieve elementen in zich verenigt, te weten een "handeling bestaande in een mededeling" van een werk en de mededeling ervan aan een "publiek".

(50) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 [...] bepaalt in ruime zin dat mededeling aan het publiek "de beschikbaarstelling [...] voor het publiek" omvat. Deze ruime opvatting van het begrip "handeling bestaande in een mededeling" beantwoordt mijns inziens aan de wens van de Europese wetgever om "een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom" te waarborgen en waarborgt tevens dat het begrip "handeling bestaande in een mededeling" flexibel is en niet al snel verouderd zal zijn door de voortdurende technologische evolutie.

(54) Inderdaad faciliteren hyperlinks op een website in hoge mate het vinden van andere sites en de op die sites beschikbare beschermde werken en dientengevolge bieden zij gebruikers van de eerste site een snellere en directere toegang tot deze werken, maar ik meen dat de hyperlinks die leiden naar beschermde werken – zelfs als zij direct zijn – deze niet "beschikbaar stellen" aan een publiek wanneer zij al

vrij toegankelijk zijn op een andere site, maar het vinden ervan louter faciliteren.

(55) In het arrest *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631), waarin een “mededeling [van een werk] aan het publiek” is vastgesteld, heeft het Hof de nadruk gelegd op het feit dat het werk zonder de tussenkomst van bijvoorbeeld een hotel om in zijn kamers een televisiesignaal aan te bieden door middel van televisietoestellen niet toegankelijk zou zijn voor de gasten van het hotel.

(56) In dat verband heeft het Hof in de punten 195 en 196 van het arrest *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631) geoordeeld dat de eigenaar van een horecagelegenheid een „mededeling aan het publiek” verricht wanneer hij de in die horecagelegenheid aanwezige klanten bewust toegang tot een uitzending biedt die beschermde werken bevat, door middel van een televisiescherm en luidsprekers „waarbij die klanten zonder tussenkomst van die eigenaar niet van de uitgezonden werken kunnen genieten, ook al bevinden zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending”.

(57) Daaruit volgt dat de **interventie** van de persoon die hyperlinks plaatst, voor de kwalificatie als handeling bestaande in een mededeling **onontbeerlijk of cruciaal** (vet MdZ) moet zijn om te profiteren of genieten van de werken.

(58) Niettemin moet worden benadrukt dat het Hof in andere arresten, met name de arresten *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, punt 42) en *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 27 en 31), dit criterium van de onontbeerlijkheid van een interventie heeft onderzocht om vast te stellen dat er geen mededeling aan een nieuw publiek was.

(59) Mijns inziens kan het criterium van de onontbeerlijkheid van een interventie enkel worden gehanteerd bij het onderzoek of sprake is van een handeling bestaande in een mededeling. (Dat is immers het moment dat er eventueel sprake is van een “beschikbaarstelling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

(60) Dientengevolge kunnen hyperlinks op een website die verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde werken die vrij toegankelijk zijn op een andere site volgens mij niet worden gekwalificeerd als een “handeling bestaande in een mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, 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*.

(61) Aangezien een van de cumulatieve elementen die noodzakelijk zijn voor de vaststelling van een “mededeling aan het publiek” overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 ontbreekt, is de vraag over het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor het plaatsen van zijn werk op andere, door derden beheerde sites, mijns inziens niet van belang.

(62) Bijgevolg ben ik van mening dat de eerste vraag, onder a) en b), van de verwijzende rechter ontkennend moet worden beantwoord.

(63) Daarnaast komt uit het dossier voor het Hof weliswaar duidelijk naar voren dat *GS Media* wist dat de betrokken, op sites als *Filefactory.com* en *Imageshack.us* beschikbare foto's illegaal waren verkregen en dat zij overduidelijk in strijd met de auteursrechten op die werken op de site *GeenStijl* hyperlinks heeft geplaatst naar de andere sites, maar bij gebreke van een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 zijn de motieven van *GS Media* en de omstandigheid dat zij op de hoogte was of behoorde te zijn van het ontbreken van toestemming van *Sanoma* voor de oorspronkelijke mededeling van de betrokken foto's op deze andere sites of dat deze foto's ook niet eerder met toestemming van *Sanoma* aan het publiek ter beschikking waren gesteld, volgens mij niet van belang voor de toepassing van deze bepaling.

(64) Bijgevolg moet de eerste vraag, onder c), van de verwijzende rechter ontkennend worden beantwoord.”

N.a.v. vraag 2:

De A-G adviseert de tweede vraag (of de hyperlink wel een mededeling aan het publiek is wanneer deze linkt naar een ‘niet eenvoudig vindbare website’) eveneens ontkennend te beantwoorden. Nadat hij eerst heeft geconstateerd dat uit de stukken weliswaar niet eenduidig blijkt of het werk op de site waarnaar wordt gelinkt, wel vrij toegankelijk is en dat de verwijzende rechter dat nog maar eens moet verifiëren, vervolgt hij:

“(73) Hoe dan ook, uit het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 31) blijkt dat een hyperlink die de gebruikers van de site waarop deze link zich bevindt, in staat stelt om “beperkingsmaatregelen te omzeilen” die op de sites van derden zijn getroffen om de toegang tot beschermde werken te beperken, een onontbeerlijke interventie vormt zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de werken. Daaruit volgt dat de werken door deze interventie ter beschikking zijn gesteld aan de bezoekers van de betrokken site, in casu de bezoekers van de site *GeenStijl*, en deze interventie dientengevolge een handeling bestaande in een mededeling aan een publiek vormt, waarvoor de rechthebbende krachtens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 toestemming moet geven.

(74) Daarentegen volgt uit punt 31 van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) duidelijk dat het niet volstaat dat de hyperlink de toegang van internetgebruikers tot het betrokken werk faciliteert of eenvoudiger maakt. Ik schaar me dus achter de opmerkingen van *GS Media*, de Duitse, de Portugese en de Slowaakse regering en de Commissie die ik in punt 28 van deze conclusie heb weergegeven en geef in overweging de tweede vraag, onder a) en b), van de verwijzende rechter ontkennend te beantwoorden.”

N.a.v. vraag 3:

De vraag van de Hoge Raad of bij beantwoording van de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek, indien door middel van een hyperlink toegang wordt verschaft tot een werk dat niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld, nog rekening moet worden gehouden met andere omstandigheden, grijpt de A-G aan om te betogen dat de goede werking en de architectuur van het internet en de ontwikkeling van de informatiemaatschappij aanmerkelijk zouden worden belemmerd wanneer het plaatsen van een hyperlink naar een vrij toegankelijke website als een mededeling aan het publiek zou moeten worden opgevat. Het uitbreiden van het begrip “mededeling aan het publiek” tot het plaatsen van hyperlinks naar beschermde werken die vrij toegankelijk zijn op een andere website vereist volgens *Wathelet* de tussenkomst van de Europese wetgever:

“(77) Naast de omstandigheid dat het plaatsen van hyperlinks in het hoofdgeding volgens mij in beginsel geen “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, dunkt me dat elke andere uitlegging van deze bepaling (onderstreping MdZ) de werking van internet aanmerkelijk zou belemmeren en een van de voornaamste doelstellingen van richtlijn 2001/29 zou doorkruisen, namelijk de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa. Daarnaast zou een dergelijke uitlegging “een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen [...] tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal” kunnen verstoren.

(78) Het is algemeen bekend dat het plaatsen van hyperlinks door internetgebruikers een stelselmatig en noodzakelijk onderdeel is van de actuele internetarchitectuur. In het hoofdgeding zijn de omstandigheden van het geval flagrant, maar ik denk dat internetgebruikers in het algemeen niet weten en niet over de middelen beschikken om na te gaan of de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek van een beschermd werk dat vrij toegankelijk is op internet. Als internetgebruikers elke keer dat zij een hyperlink plaatsen naar werken die vrij toegankelijk zijn op een andere website, bloot zouden staan het risico van een rechtszaak wegens schending van auteursrechten krachtens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, zouden zij veel terughoudender zijn met deze hyperlinks. Dat zou ten koste gaan van de goede werking en de architectuur van internet en van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij.

(79) Mijns inziens moet een dergelijke inmenging in de werking van internet worden vermeden. Hoe dan ook is voor een uitbreiding van het begrip “mededeling aan het publiek” tot het plaatsen van hyperlinks naar beschermde werken die vrij toegankelijk zijn op een andere website mijns inziens de tussenkomst van de Europese wetgever nodig.”

---

## Commentaar

M.R. de Zwaan is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.

Het Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2013:4019), dat eveneens oordeelde dat de plaatsing van een hyperlink naar de werken op een vrij toegankelijke website, bij gebreke van een interventie door GS Media, geen mededeling aan het publiek opleverde, zal met tevredenheid kennis hebben genomen van de systematisch beredeneerde afwijzing door de A-G van de hyperlink als openbaarmaking.

Persoonlijk spreekt mij ook de genadeloze logica aan dat, omdat het plaatsen van de hyperlink geen “mededeling aan het publiek” is, de wetenschap en de motieven van degene die de hyperlink plaatst auteursrechtelijk niet ter zake doen. De rechtenindustrie die parasitaire freeriders wil bestrijden, die welbewust linken naar illegaal geplaatste content op vrij toegankelijke websites, is aangevoerd op de O.D. Het auteursrecht biedt geen soelaas. Minder overtuigend is de stelling dat het auteursrechtelijk ‘safe’ zijn van het hyperlinken naar vrij toegankelijke websites *de goede werking en de architectuur van internet en van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij* zou waarborgen. Auteursrechtelijken zullen immers met kracht het omgekeerde beweren en stellen dat het welbewust mogen linken naar inbreukmakende content op vrij toegankelijke, maar soms goed verstopte locaties, het einde van de informatiesamenleving inluidt, bij gebreke van reële handhavingsmogelijkheden. De ongemakkelijke waarheid is dat zowel het vrijelijk moeten linken naar openbare websites als het effectief kunnen aanspreken van de ‘bron-locaties’ en van de tussenpersonen, noodzakelijke voorwaarden zijn voor een goed functionerende informatie samenleving. Het Europese Hof mag nu gaan uitmaken of met de uitleg van A-G Mathelet het ‘rechtvaardige evenwicht van belangen van rechthebbenden en gebruikers’ is gevonden.

### Conclusie A-G in *United Video Properties/Telenet*

Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 5 april 2016 in Zaak C-57/15, ECLI:EU:C:2016:201

[zie voor de conclusie: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175502&pageIndex=0&doclang=NL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=331755>]

---

## Commentaar

C.J.S. Vrendenburg

Mr. C.J.S. Vrendenburg is promovenda IE/procesrecht aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

Proceskostenvergoeding op basis van (maximum)tarieven is verenigbaar met artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Dat concludeert A-G Campos Sánchez-Bordona naar aanleiding van prejudiciële vragen in de zaak *United Video Properties/Telenet*. In klare taal stelt de A-G dat en waarom tarieven zoals de Belgische zelfs moeten worden toegepast bij de vaststelling van de proceskostenvergoeding op grond van art. 14 Handhavingsrichtlijn. Bij het bepalen van de grens waarboven de op de verliezende partij verhaalbare advocaatkosten niet langer redelijk zijn, hebben de lidstaten een hoge mate van

vrijheid.<sup>1</sup> Het is afwachten wat het Hof van Justitie EU uiteindelijk zal oordelen, maar de conclusie bevat interessante overwegingen over de uitleg van artikel 14 Handhavingsrichtlijn die alvast het bespreken waard zijn.

De prejudiciële vragen zijn afkomstig uit België, waar de “rechtsplegingsvergoeding” in civiele procedures wordt begroot aan hand van in Koninklijk Besluit vastgestelde basis-, minimum- en maximumbedragen. De vergoeding bij in geld waardeerbare vorderingen bedraagt ten hoogste € 30 000 en bij niet in geld waardeerbare vorderingen ten hoogste € 11 000 per instantie. De regeling is van toepassing op alle soorten civiele procedures, dus ook op procedures ter handhaving van IE-rechten. In de octrooizaak *United Video Properties/Telenet*, waarin een vergoeding van niet meer dan € 11 000 van de gevorderde € 185 000 werd toegekend, zijn vraagtekens gezet bij de verenigbaarheid van deze regeling met de “redelijkheid en evenredigheid” artikel 14 Handhavingsrichtlijn.

De A-G wijst meteen op de gevoeligheid van deze vraag, waarachter “de bredere vraag betreffende de impact van het Unierecht op de nationale regels van burgerlijk procesrecht van de lidstaten [schuilt]” (nr. 1). Regels over proceskostenveroordeling, beperking van de verhaalbare proceskosten, maar ook de honoraria van de advocaat verschillen wezenlijk per lidstaat. Traditioneel laat “Europa” dit precaire terrein zo veel mogelijk ongemoeid. Het is eerst en vooral aan de lidstaten om binnen de nationale context de regels voor de verdeling van de proceskosten vast te stellen. De proceskostenbepaling van de Handhavingsrichtlijn vormt een (omstreden) uitzondering op dit uitgangspunt. Deze bepaling strekt er toe de proceskostenregels in procedures ter handhaving van IE-rechten in de lidstaten te “homogeniseren”. En hoewel vele lidstaten hebben afgezien van omzettingswetgeving, hebben ook de regelingen in die landen met de komst van de Handhavingsrichtlijn een Europese dimensie gekregen. Rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over artikel 14 Handhavingsrichtlijn kan zodoende gevolgen hebben voor nationale proceskostenregelingen in alle lidstaten.<sup>2</sup>

De A-G relateert één en ander echter door te stellen dat deze “algemene regel” en de criteria “redelijk en evenredig” de lidstaten een “hoge mate van vrijheid” bieden (nr. 76), en dat de richtlijn-bepaling weliswaar ertoe strekt de proceskostenregels in procedures ter handhaving van IE-rechten te homogeniseren, maar dat dit nog niet betekent “dat het artikel de per lidstaat sterk verschillende honoraria van advocaten beoogt te egaliseren of dichter bij elkaar beoogt te brengen” (nr. 73). Maar – er is altijd een maar – de lidstaten dienen wel binnen het door de Handhavingsrichtlijn aangegeven rechtskader te blijven (nrs. 56, 70). De lidstaten moeten de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vaststellen die nodig zijn om de IE-rechten te waarborgen, en er tevens voor zorgen dat deze niet “onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn” in de zin van art. 3 lid 1 Handhavingsrichtlijn. Ook gaat de A-G in op de opvatting dat artikel 14 een aanvullende grondslag vormt voor volledige vergoeding van het nadeel dat de houder van IE-rechten heeft ondervonden (nrs. 56-59). Daarnaast brengt de A-G in herinnering dat zowel de richtlijn in haar geheel als de proceskostenbepaling van artikel 14 moeten worden uitgelegd in het licht van de Unierechtelijke waarden en beginselen van rechtszekerheid, het recht op effectieve rechtsbescherming en het daarmee gepaard gaande recht op toegang tot de rechter (nrs. 55).

De A-G betoogt dat uit het beginsel van rechtszekerheid en de daarmee samenhangende voorspelbaarheid voortvloeit dat lidstaten “moeten voorzien in mechanismen die bijdragen aan de voor-

---

1 De A-G concludeert verder dat deskundigenkosten die rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met het aanhangig maken van een procedure ter handhaving van IE-rechten door de verliezende partij moeten worden vergoed in overeenstemming met artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn. Het in België geldende foutcriterium als noodzakelijke voorwaarde voor toewijzing van dergelijke kosten is niet verenigbaar met de Handhavingsrichtlijn; zie nrs. 77-84.

2 Zie uitgebreid Ch. Vrendenburg, “Toelaatbaarheid van forfaitaire proceskostenvergoeding bij handhaving van IE-rechten. De proceskostenregelingen van België, Nederland en het Unified Patent Court getoetst aan de beginselen van het Unierecht”, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht* 2015/5, p. 259-268.