



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 7 april 2016¹

Zaak C-160/15

GS Media BV
tegen
Sanoma Media Netherlands BV,
Playboy Enterprises International Inc.,
Britt Geertruida Dekker

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Prejudiciële verwijzing — Auteursrecht en naburige rechten — Richtlijn 2001/29/EG — Informatiemaatschappij — Artikel 3, lid 1 — Mededeling aan het publiek — Website — Beschikbaarstelling aan het publiek van hyperlinks naar werken die op een andere website vrij toegankelijk zijn — Ontbreken van toestemming van de rechthebbende”

I – Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing van 3 april 2015, neergelegd ter griffie van het Hof op 7 april 2015 door de Hoge Raad der Nederlanden, betreft de uitlegging van artikel 3, lid 1, van 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 informatiemaatschappij².

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen GS Media BV (hierna: „GS Media”), enerzijds, en Sanoma Media Netherlands BV (hierna: „Sanoma”), Playboy Enterprises International Inc. (hierna: „Playboy”) en B. Dekker (hierna tezamen: „Sanoma e.a.”), anderzijds, over met name de publicatie op de door GS Media beheerde website *GeenStijl.nl* (hierna: „GeenStijl”) van hyperlinks (of aanklikbare links) naar andere sites via welke gelekte foto’s van Dekker, die gemaakt waren voor het tijdschrift *Playboy*, konden worden bekeken.

II – Toepasselijke bepalingen

3. De overwegingen 2 tot en met 5, 9, 23 en 31 van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

„(2) De Europese Raad [...] heeft de noodzaak benadrukt dat op het niveau van de Gemeenschap algemene, soepele rechtsregels tot stand worden gebracht ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa. [...]

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

² — PB L 167, blz. 10.

- (3) De voorgestelde harmonisatie zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom – de vrije meningsuiting en het algemeen belang.
- (4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. [...]
- (5) De technologische ontwikkeling heeft de vectoren voor schepping, productie en exploitatie in aantal en verscheidenheid doen toenemen. Hoewel voor de bescherming van de intellectuele eigendom geen behoefte aan nieuwe concepten bestaat, zullen het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten moeten worden aangepast en aangevuld om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren.

[...]

- (9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. [...]

[...]

- (23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. [...]

[...]

- (31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...]"

4. Artikel 3 van deze richtlijn luidt:

„1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun 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, toe te staan of te verbieden.

[...]

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.”

5. Artikel 6 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in een passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technische voorzieningen door een persoon die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij aldus handelt.

[...]

3. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder ‚technische voorzieningen’ verstaan technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of ander materiaal, die niet zijn toegestaan door de houders van auteursrechten, wettelijk vastgelegde naburige rechten of het sui generis recht bedoeld in hoofdstuk III van richtlijn 96/9/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PB L 77, blz. 20)]. Technische voorzieningen worden geacht ‚doeltreffend’ te zijn indien het gebruik van een beschermd werk of ander beschermd materiaal wordt gecontroleerd door de rechthebbenden door toepassing van een controle op de toegang of een beschermingsprocedé zoals encryptie, versluiering of een andere transformatie van het werk of ander materiaal of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt.

[...]”

6. Artikel 8 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in deze richtlijn omschreven rechten en verplichtingen en dragen er zorg voor, dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben.

[...]

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.”

7. Artikel 14 van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt³, met het opschrift „‚Hosting’ (‚host’-diensten)”, bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat:

- a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of
- b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of beseft krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

³ — PB L 178, blz. 1.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

8. Artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten⁴ bepaalt:

„De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van richtlijn [2001/29].”

III – Hoofdinging en prejudiciële vragen

9. Sanoma, de uitgever van het maandblad *Playboy*, heeft een fotograaf, Hermès, de opdracht gegeven een fotoreportage van Dekker te maken. Dekker treedt geregeld op in Nederlandse televisieprogramma's. De fotograaf heeft Sanoma volmacht verleend om hem te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van zijn uit de opdracht voortvloeiende intellectuele-eigendomsrechten.

10. Op 27 oktober 2011 heeft GS Media, die de website *GeenStijl* beheert, een bericht geplaatst met als kop: „Fucking uitgelekt! Naaktfoto's [...] Dekker”. In de marge van dat bericht, in de linkerbovenhoek van de site, was een deel van een van de foto's opgenomen. Het bericht eindigde met de volgende tekst: „En dan nu het linkje met de pics waar u op zat te wachten. Wie het eerst fapt, die het eerst komt. HIERRR. [...]” Door te klikken op een hyperlink aangeduid met „HIERRR” werden de lezers doorgeleid naar een Australische website voor dataopslag, *Filefactory.com*. Door aanklikken van een volgende hyperlink werd een nieuw venster geopend met de knop „DOWNLOAD NOW”. Door op die knop te klikken werd een zip-bestand geopend met elf pdf-bestanden die elk een van de foto's bevatten.

11. Ondanks de sommaties van Sanoma heeft GS Media geweigerd de betrokken hyperlink te verwijderen. Van de website *Filefactory.com* zijn de foto's daarentegen verwijderd.

12. Op 7 november 2011 stond op de site *GeenStijl* een bericht met de kop „Blote [Dekker] gaat *GeenStijl* aanklaguh” met betrekking tot het geschil tussen GS Media en Sanoma e.a. over de via *GeenStijl* uitgelekte foto's. Het bericht eindigde met de volgende tekst: „Update: naaktpics [Dekker] nog niet gezien? Ze staan HIERRR.” Ook dit bericht bevatte een hyperlink, naar de website *Imageshack.us*, waar een of meer van de betrokken foto's te vinden waren. Ook *Imageshack.us* heeft voldaan aan het verzoek van Sanoma om de foto's te verwijderen. Een derde bericht met een hyperlink naar de foto's verscheen op 17 november 2011 op *GeenStijl* en had als titel „Bye Bye Zwaai Zwaai *Playboy*”. Op het forum van *GeenStijl* hebben de „reaguurders” daarna nieuwe links geplaatst naar andere sites waar de foto's te zien zouden zijn.

13. De foto's van Dekker zijn in december 2011 in het tijdschrift *Playboy* gepubliceerd.

14. Sanoma e.a. hebben beroep ingesteld bij de Rechtbank Amsterdam, inzonderheid op grond dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks en van een uitsnede van een van de betrokken foto's op *GeenStijl* inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès en onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma e.a. De Rechtbank Amsterdam heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.

4 — PB L 157, blz. 45, met rectificaties in PB L 195, blz. 16, en PB 2007, L 204, blz. 27.

15. Het Gerechtshof Amsterdam heeft het vonnis van de Rechtbank Amsterdam vernietigd. Het was van oordeel dat GS Media door het plaatsen van de hyperlinks geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès, omdat de foto's door de plaatsing op de site Filefactory.com al eerder openbaar waren gemaakt. Het Gerechtshof Amsterdam heeft zich niet uitgesproken over de vraag of het plaatsen op de site Filefactory.com een schending van het auteursrecht van Hermès vormde. Het heeft evenwel geoordeeld dat GS Media door het plaatsen van deze hyperlinks onrechtmatig had gehandeld jegens Sanoma e.a. door de bezoekers van GeenStijl te enthousiasmeren om de illegaal op Filefactory.com geplaatste foto's te bekijken, die zonder deze hyperlinks niet op eenvoudige wijze vindbaar waren. Daarentegen was het Gerechtshof Amsterdam van oordeel dat GS Media met het plaatsen van een uitsnede van een van de foto's op de site van GeenStijl inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès.

16. GS Media en Sanoma e.a. hebben respectievelijk beroep in cassatie en incidenteel cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad.

17. GS Media komt op tegen het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam dat zij met het plaatsen van een uitsnede van een van de foto's bij de berichtgeving over de foto's inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès.

18. Sanoma e.a. komen op tegen het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam dat GS Media met het plaatsen van de hyperlinks op de site de foto's niet ter beschikking heeft gesteld van het publiek. Onder verwijzing naar met name het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) betogen Sanoma e.a. voor de Hoge Raad dat het plaatsen van een link naar een website waarop zonder toestemming van de auteursrechthebbende een werk is geplaatst, een mededeling aan het publiek vormt, ongeacht of dit werk al eerder met of zonder zijn toestemming openbaar is gemaakt. Daarnaast stellen Sanoma e.a. dat de site Filefactory.com beperkingsmaatregelen in de zin van punt 31 van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) had genomen, „die door gebruikers van GeenStijl omzeild konden worden door de interventie van GS Media. Daardoor zijn de gelekte foto's beschikbaar gesteld aan een ruimer publiek dan het publiek waarvoor de foto's in de ‚digitale kluis‘ werden geplaatst; althans werden deze foto's daardoor ontsloten aan een publiek dat deze foto's zonder die interventie niet (op eenvoudige wijze) had kunnen vinden en dus voor die categorie onbereikbaar zou zijn gebleven.”

19. In het kader van zijn onderzoek van het incidenteel cassatieberoep overweegt de Hoge Raad dat uit het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) en de beschikking BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315) niet met voldoende zekerheid kan worden afgeleid of er sprake is van een „mededeling aan het publiek” als het werk al eerder zonder toestemming van de rechthebbende openbaar is gemaakt. Hij merkt overigens op dat in het incidenteel cassatieberoep tevens vragen worden opgeworpen over het omzeilen van beperkingsmaatregelen in de zin van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76). De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat de foto's niet onvindbaar waren voordat GS Media de hyperlink op de site GeenStijl plaatste, maar dat zij evenmin eenvoudig vindbaar waren, zodat het plaatsen van de hyperlink een in hoge mate faciliterend karakter had.

20. Daarop heeft de Hoge Raad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „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?”

IV – Procedure bij het Hof

21. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door GS Media, Sanoma e.a., de Duitse, de Franse, de Portugese en de Slowaakse regering en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 3 februari 2016 hebben GS Media, Sanoma e.a., de Duitse en de Franse regering en de Commissie hun standpunt mondeling toegelicht.

V – Opmerkingen van partijen

22. De Portugese regering is van oordeel dat het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) – de gegrondheid van de door het Hof gekozen eindoplossing buiten beschouwing gelaten – de verspreiding van kennis en informatie op internet kan beïnvloeden. Zij meent dat aanmerken van de plaatsing van hyperlinks als „handeling bestaande in een mededeling” om tweërlei redenen problemen oplevert.

23. Ten eerste is een hyperlink volgens de Portugese regering in de digitale maatschappij vergelijkbaar met de voetnoot in de analoge culturele omgeving⁵ en mag hij niet worden aangemerkt als „handeling bestaande in een mededeling”. Ten tweede is volgens de Portugese regering de persoon die het werk plaatst op de server van waaraf de internetgebruiker toegang zal hebben tot het betrokken werk, degene die het werk rechtstreeks beschikbaar stelt voor het publiek en die dus een „handeling bestaande in een mededeling” verricht in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Zij meent dat niet degene die de hyperlink plaatst – die een loutere secundaire of indirecte „mededeling” verricht – ervoor zorgt dat de werken „voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn”. Dat wordt in werkelijkheid bewerkstelligd door de handeling van de persoon die de oorspronkelijke mededeling verricht.

5 — Of met een verkeersbord op de autoweg, zoals GS Media ter terechtzitting heeft geopperd.

24. De Portugese regering is van oordeel dat geen sprake is van „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 andere, door een derde beheerde en voor het algemene internetpubliek toegankelijke website waarop het werk met of zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld.

25. De Commissie herinnert eraan dat zij in haar opmerkingen in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) had beargumenteerd dat er in een situatie waar een aanklikbare link (hyperlink) op een bepaalde website verwijst naar een auteursrechtelijk beschermd werk opgenomen op een andere website en de gebruikers van de eerstgenoemde website aldus toegang tot dat werk wordt geboden, geen sprake is van een „handeling bestaande in een mededeling”, aangezien geen sprake is van doorgifte of wederdoorgifte als bedoeld in richtlijn 2001/29.

26. GS Media, de Duitse, de Portugese⁶ en de Slowaakse regering en de Commissie geven in overweging de eerste vraag, onder a) en b), van de verwijzende rechter ontkennend te beantwoorden. Zij menen dat geen sprake is van „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 wanneer door middel van een hyperlink wordt verwezen naar een voor het algemene internetpubliek vrij toegankelijke website van een derde waarop het betrokken werk zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar is gesteld, ook indien dat werk nooit anderszins met toestemming van de rechthebbende openbaar is gemaakt.

27. Met betrekking tot de eerste vraag, onder c), overwegen GS Media, de Duitse en de Portugese regering en de Commissie dat subjectieve elementen van geen belang zijn voor de beoordeling van een „mededeling aan het publiek”, omdat deze op objectieve basis moet worden verricht. De Portugese regering stelt niettemin subsidiair, voor het geval het Hof de eerste of de tweede prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt, dat een dergelijke mededeling veronderstelt dat de hyperlinker er ondubbelzinnig van op de hoogte was dat voor de oorspronkelijke mededeling geen toestemming was verleend. De Slowaakse regering meent echter dat het van belang is te weten of de persoon die een hyperlink plaatst naar een beschermd werk, ervan op de hoogte behoorde te zijn dat dat werk eerder zonder toestemming van de rechthebbende voor het publiek beschikbaar was gesteld. Ter vrijwaring van de doelstelling van richtlijn 2001/29 moet deze persoon, zodra hij door de rechthebbende daarvan in kennis wordt gesteld of zodra hij, om een andere reden, daarvan onmogelijk niet op de hoogte kan zijn, een andere inbreuk op het auteursrecht verhinderen door een nieuwe mededeling van het beschermde werk aan het publiek te voorkomen.

28. Met betrekking tot de tweede vraag, onder a) en b), menen GS Media, de Duitse, de Portugese en de Slowaakse regering en de Commissie dat zij ontkennend zou moeten worden beantwoord. Uit het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) blijkt immers dat de enige beslissende factor is of de hyperlink gebruikers in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die zijn getroffen op de site waar het beschermde werk zich bevindt teneinde de toegang van het publiek te beperken. Als dat niet het geval is en deze site – en dus het daarop geplaatste werk – potentieel toegankelijk is voor alle internetgebruikers, maakt het weinig verschil of deze hyperlink het vinden van het werk faciliteert. De omgekeerde oplossing is overigens niet werkbaar en zou aanzienlijke rechtsonzekerheid opleveren, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de vrijheid van meningsuiting en van informatie.

29. Sanoma e.a. geven in overweging de eerste tot en met derde vraag aldus te beantwoorden dat degene die, in omstandigheden als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, welbewust en met volle wetenschap een hyperlink plaatst naar een niet eerder met toestemming van de rechthebbende openbaar gemaakt auteursrechtelijk beschermd werk, een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek verricht. Volgens Sanoma e.a. blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat meerdere criteria

6 — De hiernavolgende opmerkingen van de Portugese regering zijn subsidiair ten opzichte van de opmerkingen die ik in de punten 22-24 van deze conclusie heb weergegeven, voor het geval het Hof van oordeel zou zijn dat er geen aanleiding is af te wijken van de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76).

in aanmerking moeten worden genomen, waaronder, ten eerste, de omstandigheid dat een gebruiker derden welbewust, met volle wetenschap, directe toegang biedt tot beschermd materiaal; ten tweede, de omstandigheid dat de gebruiker door zijn interventie een centrale rol speelt bij het toegankelijk maken van het materiaal; ten derde, de omstandigheid dat het publiek dat aldus toegang krijgt tot het materiaal bestaat uit een onbepaald aantal potentiële ontvangers, ofwel een vrij groot aantal personen; ten vierde, de omstandigheid dat de gebruiker de kring van personen die toegang heeft tot het beschermde materiaal door zijn interventie opentrekt tot een groep waarmee de rechthebbende van het beschermde materiaal geen rekening hield toen deze toestemming gaf voor het initiële gebruik; en ten vijfde, de omstandigheid dat de gebruiker een winst oogmerk heeft bij zijn mededeling. Volgens Sanoma e.a. is in het hoofdgeding aan al deze criteria voldaan.

30. Volgens de Franse regering leidt de beschikbaarstelling van de betrokken werken via een aanklikbare link in omstandigheden als in het hoofdgeding tot een mededeling van de betrokken werken aan een nieuw publiek, want de litigieuze foto's waren weliswaar niet onvindbaar voordat GS Media de aanklikbare link op de website GeenStijl plaatste, maar vóór plaatsing van de aanklikbare link konden enkel personen met een digitale sleutel eenvoudig toegang krijgen tot de litigieuze foto's. Uit niets blijkt dat het publiek van GeenStijl de litigieuze foto's zonder de bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden. De Franse regering herinnert er in dat verband aan dat de verwijzende rechter tot de slotsom is gekomen dat het plaatsen van de aanklikbare link een in hoge mate faciliterend karakter had. Onder deze omstandigheden meent de Franse regering dat een aanklikbare link die de toegang tot een opslagruimte met door het auteursrecht beschermd, ongepubliceerde foto's in hoge mate faciliteert, een mededeling aan een nieuw publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

31. De Franse regering betoogt dat het voor de kwalificatie als „mededeling aan het publiek” geen verschil maakt of, ten eerste, de auteursrechthebbende toestemming heeft gegeven voor de beschikbaarstelling van het werk op de site waarnaar de aanklikbare link verwijst en of, ten tweede, de hyperlinker ervan op de hoogte was dat de rechthebbende geen toestemming heeft gegeven voor een dergelijke beschikbaarstelling van het werk.

VI – Analyse

A – Voorafgaande opmerkingen

32. Uit het dossier voor het Hof volgt – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – dat beschermde werken, te weten foto's, beschikbaar zijn gesteld aan gebruikers van websites als Filefactory.com en Imageshack.us zonder toestemming van de auteursrechthebbenden, maar deze schending van het auteursrecht is in het hoofdgeding niet aan de orde.

33. Bovendien heeft het verzoek om een prejudiciële beslissing geen betrekking op het plaatsen van een uitsnede van een van de betrokken foto's op de site GeenStijl.⁷ Het verzoek ziet enkel op de hyperlinks op deze site.

34. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter namelijk in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van een mededeling aan het publiek wanneer op een website een hyperlink wordt geplaatst naar een andere, door een derde beheerde website die toegankelijk is voor het algemene internetpubliek en waarop auteursrechtelijk beschermd werken *zonder* toestemming van de rechthebbende voor het publiek beschikbaar zijn gesteld.

⁷ — Zie met name de punten 10 en 14-17 van deze conclusie.

35. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 van belang is of degene die de hyperlink naar een site plaatst, op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor de oorspronkelijke mededeling van de werken op die site. Tot slot vraagt de verwijzende rechter zich af of het voor de toepassing van deze bepaling van belang is of een hyperlink de toegang tot de betrokken werken eenvoudiger maakt en, in voorkomend geval, onder welke omstandigheden.

36. Het hoofdgeding haakt aan bij het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) en de beschikking *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het plaatsen van hyperlinks op een website naar een beschermd werk dat vrij beschikbaar is op een andere site, een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 is⁸, maar geen „mededeling aan het publiek” in de zin van die bepaling. In punt 24 van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het Hof namelijk geoordeeld dat „een mededeling [...], die dezelfde werken als de oorspronkelijke mededeling betreft en [...] op dezelfde technische wijze werd verricht, slechts onder het begrip ‚mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 valt wanneer deze mededeling gericht is tot een nieuw publiek, te weten 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”.⁹

37. De verwijzende rechter merkt op dat het Hof in deze zaken niet heeft aangegeven of de toestemming van de rechthebbende voor de beschikbaarstelling van het beschermde werk op de website waarnaar de hyperlink verwijst, van invloed is op het ontbreken van een vaststelling van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

38. In het eerste punt van het dictum van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het Hof voor recht verklaard dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het plaatsen op een website van aanklikbare links naar werken die op een andere website vrij beschikbaar¹⁰ zijn, geen handeling bestaande in een mededeling aan het publiek vormt.¹¹

39. Hoewel het Hof in de motivering van het arrest meermaals heeft vermeld dat „de houders van het auteursrecht [...] toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling”¹², wordt in het dictum in het geheel geen melding gemaakt van de kwestie of de auteursrechthebbende toestemming heeft gegeven voor de oorspronkelijke beschikbaarstelling van het beschermde werk.

40. Daarnaast moet worden opgemerkt dat uit punt 4 van de beschikking *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) blijkt dat de auteursrechthebbende geen toestemming had gegeven voor de plaatsing van het beschermde werk op het web, en dientengevolge voor de oorspronkelijke mededeling ervan aan het publiek. In het spoor van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het Hof geoordeeld dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 niet was geschonden.

41. Derhalve vloeit uit de beschikking *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) schijnbaar voort dat het ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek niet van belang was in het licht van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

8 — Arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 20).

9 — Zie in dat verband beschikking *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 14). Cursivering van mij.

10 — Het Hof heeft de termen „vrij toegankelijk” en „vrij beschikbaar” in dezelfde zin gebruikt. Bovendien suggereert het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) dat de hyperlink waar het in deze zaak om draaide, gebruikers van een website rechtstreeks leidde naar werken die op een andere website vrij beschikbaar waren. Het lijkt erop – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – dat de hyperlinks die in het hoofdgeding aan de orde zijn, de gebruikers van de site *GeenStijl* niet rechtstreeks naar de betrokken werken leidden, maar hen leidden naar andere websites waarop de auteursrechtelijk beschermde werken waren opgeslagen. Volgens mij moeten deze omstandigheden voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 op dezelfde manier worden behandeld, aangezien het auteursrechtelijk beschermde werk vrij beschikbaar is op de site waarnaar de hyperlink verwijst.

11 — Zie tevens arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 32).

12 — Zie met name arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 27).

42. In dat verband moet niettemin worden opgemerkt dat de prejudiciële vraag die aan het Hof was voorgelegd in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot de beschikking BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315)¹³ niet bepaaldelijk zag op het ontbreken van toestemming en dat de redenering van het Hof in deze beschikking daar in het geheel niet naar verwijst.¹⁴

43. In de onderhavige zaak heeft het Hof dus de gelegenheid te bepalen of de toestemming van de rechthebbende voor de beschikbaarstelling van het beschermde werk op de andere website („oorspronkelijke” mededeling) onontbeerlijk is om vast te stellen dat een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 ontbreekt.

44. Voordat ik de vragen van de verwijzende rechter beantwoord, moet worden ingegaan op de opmerkingen van de Portugese regering¹⁵ en de Commissie¹⁶ dat het dienstig is af te wijken van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) wat betreft het begrip „handeling bestaande in een mededeling”, een noodzakelijk bestanddeel voor een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, en de toepassing ervan op hyperlinks.

45. Mocht het Hof namelijk oordelen dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij beschikbaar zijn op een andere site niet kan worden gekwalificeerd als een „handeling bestaande in een mededeling”, dan rijst de vraag over het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor het plaatsen van zijn werk op andere, door derden beheerde sites niet meer.

B – De twee elementen van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29

46. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 bepaalt dat auteurs het uitsluitende recht hebben om de mededeling van hun werken aan het publiek toe te staan of te verbieden. Daaruit volgt dat voor elke handeling¹⁷ bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek toestemming moet worden gegeven door de auteursrechthebbende.

47. Hoewel richtlijn 2001/29 geen definitie van het begrip „mededeling aan het publiek” bevat¹⁸, 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”¹⁹.

13 — In deze zaak heeft het Hof besloten overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, met het opschrift „Antwoord bij met redenen omklede beschikking”, uitspraak te doen bij met redenen omklede beschikking. Dit artikel bepaalt: „Wanneer een gestelde prejudiciële vraag identiek is aan een vraag waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, wanneer het antwoord op een dergelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, kan het Hof in elke stand van het geding op voorstel van de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, beslissen om bij met redenen omklede beschikking uitspraak te doen.”

14 — In deze zaak vroeg de verwijzende rechter zich namelijk enkel af of „de opneming van een op een website van een derde voor het publiek beschikbaar gesteld werk van een derde in de eigen website onder omstandigheden als in het hoofdgeding, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG [vormt], ook als het werk van een derde daardoor niet aan een nieuw publiek wordt meegedeeld en de mededeling niet met behulp van een specifieke technische werkwijze plaatsvindt die verschilt van die van de oorspronkelijke mededeling”. Zie beschikking BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 11).

15 — Zie de punten 22-24 van deze conclusie.

16 — Zie punt 25 van deze conclusie.

17 — Arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 15). Zoals artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/29 bepaalt, wordt dat uitsluitende recht in feite niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 2001/29.

18 — Arrest Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 184 en 185).

19 — Zie arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie naar analogie arrest C More Entertainment (C-279/13, EU:C:2015:199, punt 25) over artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29.

1. Eerste element

48. Met betrekking tot het begrip „handeling bestaande in een mededeling” moet worden opgemerkt dat overweging 23 van richtlijn 2001/29 met name aangeeft dat de mededeling aan het publiek „zich uit[strekt] tot elke [...] *doorgifte of wederdoorgifte* van een werk aan [niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig] publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending”.²⁰

49. Bovendien heeft het Hof in punt 40 van het arrest *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772)²¹ geoordeeld dat het recht van mededeling aan het publiek „*niet [ziet] op handelingen die geen ‚doorgifte’ of ‚wederdoorgifte’ van een werk impliceren*”.²²

50. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 maakt echter in het geheel geen gewag van doorgifte of wederdoorgifte, maar bepaalt in ruime zin dat mededeling aan het publiek „*de beschikbaarstelling [...] voor het publiek*”²³ omvat. Deze ruime²⁴ 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”²⁵ 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 evolutie²⁶.

51. De bewoordingen van overweging 23 van richtlijn 2001/29 hadden de Commissie ertoe gebracht in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) te bepleiten dat het begrip „handeling bestaande in een mededeling” moest worden beperkt tot een „doorgifte” of „wederdoorgifte”, wat niet het geval is bij een hyperlink op een bepaalde website die verwijst naar een auteursrechtelijk beschermd werk opgenomen op een andere website, waar de bezoekers van de eerste site aldus toegang hebben tot dit werk.²⁷

52. Het Hof heeft zich deze stelling niet eigen gemaakt, want in punt 19 van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het geoordeeld dat „er met name reeds van een ‚handeling bestaande in een mededeling’ sprake [is] wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid”.

53. Is er dan een „handeling bestaande in een mededeling” wanneer een hyperlink op een website verwijst naar een andere website, zodat de bezoekers van de eerste site toegang hebben tot een beschermd werk dat vrij toegankelijk is op die andere site?

20 — Cursivering van mij.

21 — Dit arrest is gewezen vóór het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76).

22 — Cursivering van mij.

23 — Cursivering van mij.

24 — En technisch neutrale.

25 — Zie de overwegingen 4 en 9 van richtlijn 2001/29 en het arrest *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 186). In punt 54 van het arrest *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816) heeft het Hof voor recht verklaard dat uit overweging 23 van richtlijn 2001/29 „blijkt dat aan het begrip ‚mededeling aan het publiek’ een *ruime betekenis* moet worden gegeven. Een dergelijke uitlegging lijkt overigens onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van deze richtlijn te bereiken, die, zoals uit de [overwegingen] 9 en 10 [...] ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat deze met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen.” Cursivering van mij.

26 — In punt 38 van het arrest *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772) heeft het Hof voor recht verklaard: „Wat vervolgens het door richtlijn 2001/29 nagestreefde doel betreft, dient te worden onderstreept dat uit de [overwegingen] 2 en 5 [...] van deze richtlijn blijkt dat die richtlijn ertoe strekt, op het niveau van de Unie algemene, soepele rechtsregels tot stand te brengen ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij, alsook het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten aan te passen en aan te vullen teneinde te kunnen reageren op de technologische ontwikkeling die nieuwe exploitatievormen van beschermde werken in het leven heeft geroepen.”

27 — Zie punt 25 van deze conclusie.

54. Inderdaad faciliteren hyperlinks op een website in hoge mate het vinden van andere sites en de op die sites beschikbare beschermde werken²⁸ en dientengevolge bieden zij gebruikers van de eerste site een snellere en directere toegang²⁹ 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. Zoals de Portugese regering in haar opmerkingen aangeeft, wordt de daadwerkelijke „beschikbaarstelling” gevormd door de handeling van de persoon die de oorspronkelijke mededeling heeft gedaan.³⁰

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.³¹

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*”³².

57. Daaruit volgt dat de interventie van de persoon die hyperlinks plaatst, voor de kwalificatie als handeling bestaande in een mededeling onontbeerlijk of cruciaal moet zijn³³ 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.³⁴

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.³⁵ 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.

28 — Mijns inziens zou dergelijke informatie door de enorme hoeveelheid op internet beschikbare informatie zonder hyperlinks in feite grotendeels onvindbaar zijn. Hyperlinks zijn momenteel een onontbeerlijk onderdeel van de internetarchitectuur.

29 — Zie arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 18).

30 — Zie de punten 22-24 van deze conclusie.

31 — Zie naar analogie ook arresten SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, punten 82 en 92) en Phonographic Performance (Ireland) (C-162/10, EU:C:2012:141, punt 31), die niet zien op artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, maar op de „mededeling aan het publiek” van een uitgezonden fonogram in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB L 376, blz. 28).

32 — Cursivering van mij.

33 — Zie inzonderheid punt 82 van het arrest SCF (C-135/10, EU:C:2012:140) waar het Hof in het kader van zijn analyse of sprake is van een handeling bestaande in een mededeling in het spoor van het arrest Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631) heeft verwezen naar de „*niet te negeren rol van de gebruiker*”, namelijk, in casu, de niet te negeren rol van een exploitant van een hotel en een café-restaurant wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, zijn klanten toegang verleent tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Cursivering van mij.

34 — Zie punt 36 van deze conclusie.

35 — Te weten het eerste element dat door artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 wordt vereist voor een mededeling aan het publiek. Zie voor het tweede element de punten 65-70 van deze conclusie.

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 sites³⁶, 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.

2. Tweede element

65. Aangezien mijns inziens 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, zal ik het tweede element dat door richtlijn 2001/29 wordt vereist, te weten de mededeling van een werk aan een „publiek”³⁷, subsidiair onderzoeken.

66. Daar de hyperlinks op de site GeenStijl zien op alle potentiële gebruikers van deze site, dat wil zeggen een onbepaald, vrij groot aantal potentiële ontvangers, zien deze hyperlinks inderdaad op een publiek.³⁸ Daarentegen denk ik dat het criterium van „een nieuw publiek”, zoals voorgeschreven in de punten 24 en 31 van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), niet van toepassing is, en daaraan hoe dan ook in casu niet is voldaan.

36 — Met name de sites Filefactory.com en Imageshack.us. Zie in die zin arrest SBS Belgium (C-325/14, EU:C:2015:764, punten 15 en 24).

37 — Zie arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 — In punt 21 van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het Hof geoordeeld dat „[w]at het tweede van bovengenoemde elementen betreft, te weten dat het beschermde werk daadwerkelijk aan een ‚publiek’ moet zijn medegedeeld, [...] uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort[vloeit] dat het begrip ‚publiek’ waarnaar deze bepaling verwijst, op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert”. In punt 22 voegt het Hof daaraan toe dat „[e]en handeling bestaande in een mededeling zoals die welke wordt verricht door een websitebeheerder via aanklikbare links ziet op alle potentiële gebruikers van de door deze persoon beheerde site, en dus op een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers” en bijgevolg een mededeling aan een publiek vormt. Zie arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 23).

67. Uit met name de arresten Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 197) en Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 24 en 31) komt naar voren dat het criterium van een nieuw publiek enkel van toepassing is indien de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek. Nu deze toestemming in het hoofdgeding ontbreekt, is het criterium van een „nieuw publiek” niet van toepassing.

68. Bovendien heeft het Hof in de punten 28 en 30 van het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) geoordeeld dat wanneer „het niet gaat om een nieuw publiek, [...] in elk geval de toestemming van de houders van het auteursrecht niet vereist” is voor de litigieuze mededeling aan het publiek, te weten in casu het plaatsen van hyperlinks naar andere websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken vrij toegankelijk zijn voor het publiek.

69. Zelfs al zou het Hof oordelen dat dit criterium van toepassing is wanneer de rechthebbende geen toestemming heeft gegeven voor de eerste mededeling aan het publiek, dan nog blijkt uit het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 27) dat daaraan enkel is voldaan als de interventie van de beheerder van een website door het plaatsen van hyperlinks onontbeerlijk was voor de beschikbaarstelling van de werken aan een nieuw publiek³⁹, dat wil zeggen een publiek dat door de rechthebbende niet in aanmerking is genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek van de betrokken werken.

70. Ingeval de foto's voor alle internetgebruikers vrij beschikbaar waren op andere sites⁴⁰, was een dergelijke interventie van GS Media niet onontbeerlijk voor de beschikbaarstelling. Er was dus geen „nieuw publiek” en de vraag of de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de oorspronkelijke mededeling rijst niet.

71. Ik voeg daar meteen aan toe dat deze conclusie stoelt op de premisse dat de betrokken werken voor alle internetgebruikers „vrij toegankelijk” waren op sites van derden⁴¹, wat niet duidelijk naar voren komt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing. Was de interventie van GS Media onontbeerlijk om de werken beschikbaar te stellen aan de bezoekers van de site GeenStijl? Uit het dossier voor het Hof komt namelijk een tegenstrijdig beeld naar voren: enerzijds hebben sites van derden maatregelen genomen om de toegang tot de betrokken foto's te beperken, anderzijds hebben de hyperlinks niet meer gedaan dan die toegang tot op zekere hoogte faciliteren.⁴²

72. Het is aan de verwijzende rechter een en ander te verifiëren, maar het lijkt erop dat deze feitelijke vraag nog steeds onbeslist is.

39 — Zie ook naar analogie arrest SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punt 42), waarin het Hof voor recht heeft verklaard dat „[h]otelgasten [...] een dergelijk nieuw publiek [vormen]. Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. *Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.*” *Cursivering van mij.*

40 — Met name de sites Filefactory.com en Imageshack.us.

41 — In dat verband moet eraan worden herinnerd dat de betrokken werken in de zaak die heeft geleid tot het arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 25 en 26) vrij toegankelijk waren, want voor de toegang ertoe was op de website van de Göteborgs-Posten geen enkele beperkende maatregel genomen. De website was immers vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers.

42 — Het Gerechtshof Amsterdam heeft overwogen dat Sanoma e.a. niet het bewijs hadden geleverd dat de bestanden die door een gebruiker op de website Filefactory.com waren geplaatst, privé waren gebleven en is tot de slotsom gekomen dat „[d]at [...] anders [kan] zijn indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend maakt of indien een ander dat doet”. Daarop hebben Sanoma e.a. incidenteel cassatieberoep ingesteld bij de verwijzende rechter, waarin zij aanvoeren dat „de foto's in de ‚digitale kluis’ werden geplaatst; althans [...] deze foto's [werden] daardoor ontsloten aan een publiek dat deze foto's zonder die interventie niet (op eenvoudige wijze) had kunnen vinden en dus voor die categorie onbereikbaar zou zijn gebleven”. Zie de punten 6.1.2 en 6.1.3 van het verzoek om een prejudiciële beslissing.

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 „beperkingsmaatregelen⁴³ te omzeilen” die op de sites van derden zijn getroffen om de toegang tot beschermde werken te beperken⁴⁴, 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.⁴⁵ 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.

C – Derde vraag van de verwijzende rechter en eventuele andere omstandigheden

75. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of er andere omstandigheden zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de 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 beschikbaar is gesteld.

76. In punt 41 van het arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) heeft het Hof geoordeeld dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een lidstaat een ruimere bescherming kan bieden aan de houders van een auteursrecht door te bepalen dat het begrip „mededeling aan het publiek” een groter aantal handelingen omvat dan die waarop deze bepaling betrekking heeft.

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 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 Europa⁴⁶. 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.⁴⁷

43 — Zie in die zin de in artikel 6 van richtlijn 2001/29 genoemde doeltreffende technische voorzieningen.

44 — Het Hof oordeelde: „Indien [...] een aanklikbare link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt, in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar het beschermde werk zich bevindt zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, en aldus een interventie vormt zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de verspreide werken, dienen al deze gebruikers te worden beschouwd als een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen deze toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling, zodat de toestemming van de houders vereist is voor een dergelijke mededeling aan het publiek.” Zie arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 31). Zie naar analogie artikel 6 van richtlijn 2001/29 over verplichtingen inzake technische voorzieningen en arrest *Nintendo e.a.* (C-355/12, EU:C:2014:25, punt 24).

45 — Vereist is „een interventie [...] *zonder welke* die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de [...] werken”. Arrest *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 31). *Cursivering van mij.*

46 — Zie overweging 2 van richtlijn 2001/29.

47 — Zie overweging 31 van richtlijn 2001/29.

78. Het is algemeen bekend dat het plaatsen van hyperlinks door internetgebruikers een stelselmatig en noodzakelijk onderdeel is van de actuele internetarchitectuur.⁴⁸ In het hoofdgeding zijn de omstandigheden van het geval flagrant⁴⁹, 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.

D – Beroepswegen die voor de rechthebbende openstaan

80. Ik ben van mening dat de beheerder van een site als GS Media in beginsel⁵⁰ artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 niet heeft geschonden door de hyperlinks te plaatsen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, maar dat betekent niet dat de rechthebbende geen rechtsgang heeft om te waarborgen dat zijn intellectuele-eigendomsrechten worden beschermd en in acht genomen.

81. Het spreekt voor zich dat de rechthebbende in rechte op kan komen tegen de schending van zijn intellectuele-eigendomsrechten door de persoon die de oorspronkelijke mededeling aan het publiek zonder zijn toestemming heeft gedaan.⁵¹ Een dergelijke vordering is in casu evenwel niet interessant voor de rechthebbende, omdat deze persoon onbekend is.

82. Niettemin kunnen houders van intellectuele-eigendomsrechten volgens artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 om een rechterlijk bevel verzoeken ten aanzien van de beheerders van sites als Filefactory.com en Imageshack.us, die tussenpersonen zijn⁵² in de zin van deze bepalingen, aangezien hun diensten door gebruikers van dergelijke sites kunnen worden gebruikt om inbreuk te maken op intellectuele-eigendomsrechten.⁵³

83. In dat verband is de redactie van overweging 59 van richtlijn 2001/29, over „tussenpersonen”, bijzonder verhelderend. Volgens deze overweging zullen derden „[i]n het bijzonder in de digitale omgeving [...] voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruikmaken van de diensten van tussenpersonen. *Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen.* Onverminderd de eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt”.⁵⁴

48 — Zie punt 54 en voetnoot 28 van deze conclusie.

49 — Het lijkt erop dat GS Media heeft gehandeld met volledige kennis van zaken en zonder enige consideratie voor de belangen van Sanoma. Zie punt 11 van deze conclusie.

50 — Deze conclusie berust op de premisse dat de betrokken werken vrij toegankelijk zijn op een andere website.

51 — Zie met name de in de artikelen 9-16 van richtlijn 2004/48 genoemde beroepswegen.

52 — Het lijkt erop – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – dat beheerders van sites als Filefactory.com en Imageshack.us, die op hun servers door gebruikers van deze sites geplaatste informatie opslaan, hostingdienstverleners zijn in de zin van artikel 14 van richtlijn 2000/31 en „tussenpersonen” in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48. Zie in die zin arrest SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, punten 27 en 28).

53 — Zie in die zin arrest SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 — Cursivering van mij.

84. Daaruit volgt dat het rechterlijk bevel krachtens artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 ziet op de oorspronkelijke mededeling aan het publiek in strijd met het auteursrecht en mijns inziens een direct en passend middel is om op te komen tegen deze schending.

85. Daarnaast kunnen beheerders van sites als Filefactory.com en Imageshack.us in bepaalde omstandigheden naar nationaal recht aansprakelijk zijn voor de opslag van door de gebruikers van deze sites geleverde informatie op hun servers.

86. Artikel 14 van richtlijn 2000/31 strekt er weliswaar toe de gevallen te beperken waarin dienstverleners die in de informatiemaatschappij als tussenpersoon optreden, overeenkomstig het nationale recht aansprakelijk kunnen worden gesteld, of hen vrij te stellen, maar deze vrijstellingen zijn onderworpen aan strikte voorwaarden. In dat verband heeft het Hof in punt 119 van het arrest L'Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474) geoordeeld dat een hostingdienstverlener⁵⁵ die zich heeft beperkt tot een louter technische en automatische gegevensverwerking enkel krachtens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 kan worden vrijgesteld van alle aansprakelijkheid voor de door hem opgeslagen onwettige informatie, „op voorwaarde dat hij niet ‚daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie’ en, wanneer het een schadeactie betreft, ‚geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt’ of, nadat hij dusdanige kennis heeft verkregen, prompt heeft gehandeld om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken”.

87. Ik wijs erop dat de beheerders van de sites Filefactory.com en Imageshack.us het verzoek van Sanoma om de betrokken foto's van hun site te verwijderen, hebben ingewilligd.⁵⁶ Aldus zijn de hyperlinks op de site GeenStijl naar deze andere sites verbroken.

VII – Conclusie

88. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Hoge Raad te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 3, lid 1, van 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, moet aldus worden uitgelegd dat het plaatsen op een website van een hyperlink naar een andere website waarop auteursrechtelijk beschermde werken vrij toegankelijk zijn voor het publiek zonder toestemming van de rechthebbende, geen handeling bestaande in een mededeling aan het publiek vormt.
- 2) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het niet van belang is of degene die op een website een hyperlink plaatst naar een andere website waarop auteursrechtelijk beschermde werken vrij toegankelijk zijn voor het publiek, op de hoogte is of behoort te zijn van het ontbreken van toestemming van de rechthebbende voor de plaatsing van de betrokken werken op die andere website of van de omstandigheid dat het werk ook anderszins niet eerder met toestemming van de rechthebbende aan het publiek is medegedeeld.
- 3) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat een hyperlink naar een andere website waarop auteursrechtelijk beschermde werken vrij toegankelijk zijn voor het publiek, die de toegang van internetgebruikers tot de betrokken werken faciliteert of eenvoudiger maakt, geen ‚mededeling aan het publiek’ in de zin van deze bepaling vormt.”

⁵⁵ — In de zin van artikel 14 van richtlijn 2000/31.

⁵⁶ — Zie de punten 11 en 12 van deze conclusie.