

# Mededeling en Publiek: HvJEU over linken

VVA 9 juni 2017

Antoon Quaedvlieg

HvJEU 13 februari 2014, C-466/12

**SVENSSON**

HvJEU 13 februari 2014, C-466/12

# SVENSSON

- FEITEN
- Retriever Sverige linkt naar
- krantenartikelen van de Göteborgs-Posten

HvJEU 13 februari 2014, C-466/12

## SVENSSON

- HVJEU: LINK IS **NIET** MEDEDELING AAN PUBLIEK
- Er is een **mededeling** (20)
  - Want RS biedt onbeperkte en directe toegang (19)
- Er is mededeling aan **publiek** (23)
  - onbepaald en vrij groot aantal potentiële gebruikers
- Er is echter **geen nieuw** publiek (25), want...

SVENSSON

**link = geen nieuw** publiek

- Want:
- Website Göteborgs-Posten toegankelijk voor **alle internetgebruikers** (26)
- Alle gebruikers linkende website RS hebben toegang tot oorspronkelijke website GP (27)
- **Geen nieuw publiek**, geen toestemming vereist (28)

# SVENSSON

## Redenering

- HvJEU (24)
  - nieuw publiek = publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (naar analogie: SGAE e.a.).
- **Fout.**
  - nieuw publiek = publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek **VIA de GP WEBSITE.**
  - Anders creëer je in de context van het internet 'uitputting' van het mededelingsrecht en dat kan niet

# Stelling:

## Het recht op de bron

- Het mededelingsrecht omvat het **'bronrecht'**
  - Theoretisch:
    - Mededelingsrecht is uitsluitend recht = *erga omnes*
    - Alleen **partij** met toestemming mag openbaar maken
  - Praktisch:
    - Het 'bronrecht' is essentieel voor nieuwe business modellen gebaseerd op advertentie inkomsten

# Hyperlinks en deeplinks

- De stelling betreft deeplinks, embedded links, framed links
- Hyperlinks zijn verwijzingen naar sites c.q. vindplaatsen, geoorloofde 'voetnoten'



HvJEU 8 september 2016, C-160/15

**GS MEDIA/SANOMA  
("BRITT DEKKER")**

HvJEU 8 september 2016, C-160/15

# GS Media/Sanoma (“Britt Dekker”)

- Linken naar een **illegale bron**
- **Subjectivering**
  - **Niet** van de aansprakelijkheid
  - Maar van het begrip *mededeling*:
    - Particulieren
    - Winstoogmerk & onderzoeksplicht
    - Wetenschap

# GS Media: illegale bron

- FEITEN
- GS publiceert (drie maal) links
- naar site die zonder toestemming
- Dus illegaal
- foto's publiceert

**“GS MEDIA DEEL I”:  
‘NIEUW PUBLIEK’**

# Link naar illegale bron is mededeling (43)

- Hyperlinks naar werken,
- **zonder toestemming** beschikbaar gesteld
- Vallen onder **'mededeling aan het publiek'**,  
want
- voor elke mededeling is toestemming vereist

# GS Media / BC

- GS Media: voor elke medede**ling** is toestemming vereist
- BC: iedere medede**ler** heeft toestemming nodig

# Het **linken zelf** is een mededeling aan het publiek

- Niet alleen de eerste website,
- Maar óók de linkende website *zelf*
- doet een mededeling aan (**nieuw**) publiek'
- Als werk zonder toestemming op 1<sup>e</sup> site staat

# Nieuw publiek hangt af van legale/illegale bron ?!

- Svensson: het werk is aan het hele internetpubliek meegedeeld, dus link door Sverige Retriever leidt *niet* naar nieuw publiek
- GS Media: de FileFactory publiceerde de foto's óók op internet. Hoe kon de link van GS Media hier dan *wel* naar een nieuw publiek leiden??



# 'Nieuw publiek'

## Link naar legale bron (toestemming)

- Mededeling (ja)
- Publiek (ja)
- Géén 'nieuw' publiek

## Link naar illegale bron (geen toestemming)

- Mededeling (ja)
- Publiek (ja)
- **Wèl** 'nieuw' publiek



**“GS MEDIA DEEL II”:  
SUBJECTIVERING MEDEDELINGSBEGRIP**

# GS Media:

## **Subjectivering** mededelingsbegrip

- Het begrip “mededeling aan het publiek” vergt een geïndividualiseerde beoordeling (33)
- Al vaker gezegd, in Reha bevestigd
- Geïndividualiseerde beoordeling is ‘willekeur’
- Benadrukking van (35):
  - De centrale rol van de gebruiker
  - Het weloverwogen karakter van diens interventie
  - Volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze

# GS Media:

## Wetenschap

- Particulieren weten niet of bron legaal is (46)
- Daarom vergt geïndividualiseerde beoordeling
  - Dat voor persoon zonder winstoogmerk
  - Rekening wordt gehouden met feit dat hij niet weet/kan weten
- Indien de persoon wist is er mededeling (49)
- ook als hij beperkingsmaatregelen omzeilt

# Bron: art 14 e-commerce RI ?

- Nadruk op element van wetenschap doet denken aan art. 14 e-commerce richtlijn
- Maar dáár gaat het over *aansprakelijkheid*
- Bij het *inbreuk*criterium is het niet op zijn plaats

# GS Media:

## Onderzoek en kennisvermoeden

- Bij aanwezigheid van een **winstoogmerk**
- Wordt van de linker **verificatie** verwacht
- Anders vermoeden van volledige kennis

# GS Media (53):

de auteur kan optreden tegen:

- Oorspronkelijke publicatie (nota bene !!!)
- Links met **winstoogmerk** naar illegale bron
- Links zonder winstoogmerk
  - Bij **wetenschap** (incl. 'moeten weten')
  - Bij **omzeiling** bescherming
- Maar ook tegen...

# GS Media (53): de auteur kan optreden tegen:

- personen die **weigeren de link te verwijderen** (“ten allen tijde”)
- Je moet dan eerst *weten* en daarna *weigeren* om te verwijderen
- Functioneel werkt de voorwaarde van ‘weten’ als een soort ‘desbewustheidsexploit’



HvJEU 8 september 2016, C-160/15

## GS Media is mededeler (54)

- GS Media linkte met **winstoogmerk**
- Sanoma had **geen toestemming** gegeven
- Vermoeden van **kennis** daarvan bij GS Media:
- **Mededeling aan nieuw publiek** door GS Media

HvJEU 26 april 2017, C-527/15

**BREIN/WULLEMS**  
**“FILMSPELER”**

# “Filmspeler”

- Feiten (15-18)
- De “Filmspeler” is een randapparatuur
- tussen signaalbron en TV
- bevat een interface die via add-ons
- specifieke links verschaft naar (o.m.)
- streamingwebsites met illegale werken
- Aanprijzing: gratis kijken zonder toestemming

# “Filmspeler”: Mededeling

- Uitgebreide samenvatting rechtspraak
  - 24-37 voor de mededelingsrechtspraak i.h.a.
  - 44 i.v.m. eis “publiek”
  - 47-49 i.h.b. voor de eis van “nieuw” publiek

# “Mededeling”: ja (38-42)

## Rol ‘wetenschap’

- Filmspeler
- verschaft **welbewust en specifiek**
- **toegang** tot werken die
- zonder toestemming op streamingwebsites staan
  
- Zonder filmspeler kunnen de kopers moeilijk profiteren van de beschermde werken
- Daarom **geen loutere beschikbaarstelling** van fysieke faciliteiten (vgl ov 27 Ar. RI. 2001/29)

# “Publiek”: ja (45)

- De Filmspeler is door een **vrij groot aantal personen** gekocht
- Het **aanbod** van de Filmspeler richt zich op alle potentiële kopers met een internetaansluiting
  - Ziet op een **onbepaald aantal potentiële kijkers**
  - Betreft een **groot aantal personen**

# “Nieuw” Publiek : ja (50-51)

- Verkoop in de **wetenschap** dat de add-ons toegang bieden tot illegaal geplaatste werken (vgl de ‘actieve’ tussenpersoon van l’Oréal eBay)
- Filmspeler heeft het doel **winst** te behalen
  - Vnl aantrekkelijk door add-ons naar illegale sites

# ‘Nieuw publiek’ in Filmspeler

## Link naar legale bron (toestemming)

- Mededeling (ja)
- Publiek (ja)
- Géén ‘nieuw’ publiek

## Link naar illegale bron (geen toestemming)

- Mededeling (ja)
- Publiek (ja)
- **Wèl** ‘nieuw’ publiek
  - Maar weer *niet* als er geen *wetenschap* is dat de links toegang bieden tot illegale werken
  - GS Media (48) lijkt – juister – verband te leggen met ontbreken “volledige kennis” bij particuliere linker



A-G Szpunar 8 februari 2017, C-610/15

**BREIN/ZIGGO & XS4ALL**

# Feiten Brein/Ziggo

- “substantially different” van Svensson en GS Media (4) want *primaire* mededeling
- Pirate Bay verschaft *torrent files*
- Brein eist dat Ziggo en XS4ALL toegang blokkeren, hof Amsterdam wijst af
  - TPB maakt niet openbaar (maar de ‘peers’ doen dat)
  - Maatregel is niet effectief
- Rol TPB is ‘cruciaal’ om *sharing* mogelijk te maken

# Opinie A-G

(P.S. op 9 juni was nog geen arrest gewezen)

- Er is vlg A-G sprake van mededeling van werken aan een (nieuw) publiek (44-47)
- De rol van TPB is ‘noodzakelijk’ (50)
  - Vgl. SGAE (43); SCF/Marco del Corso (82); GS Media (35).

# Maar..

- TPB is slechts faciliterende tussenpersoon (51)
- Beslissende rol niet toerekenbaar indien niet bewust
- TPB speelt **geen** 'beslissende rol' zolang hij niet **weet** dat het werk illegaal is
- Alleen bij wetenschap is het toegang verschaffen opzettelijk (51)

Transpositie van 'link' criterium van HvJEU Filmspeler (secundaire mededeling) naar A-G Ziggo (primaire mededeling) – of eerder omgekeerd, gezien data stukken  
Moet de opzet op de onrechtmatigheid gericht zijn (opzettelijk toegang verschaffen tot *illegaal* werk ??

# Daarom.. (52)

- **Daadwerkelijke** kennis van TPB vereist;
  - geen GS Media vermoeden bij winstoogmerk;
  - Want dat zou alg toezichtplicht impliceren (?!)
- 
- Daadwerkelijke kennis kan vlg art. 14 e-commerce rl 2000/31 ook de “onwettige activiteit” betreffen
  - Die eis betreft tussenpersonen en niet primaire openbaarmakers

# De BEWUSTE tussenpersoon hoofdelijk DIRECT aansprakelijk ?

- deze beheerders worden
- **tegelijkertijd en gezamenlijk met de [peers]**
- geacht de [illegale] werken
- **beschikbaar te stellen voor het publiek,**
- indien
  - zij zich van deze onrechtmatigheid bewust zijn
  - En deze werken niet ontoegankelijk maken.