

Het ‘nieuw publiek’ criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht

Als het Hof van Justitie van de EU gelijk heeft, zou het Europese openbaarmakingsrecht van art. 3(1) Auteursrechtlijn (ARI) net zo goed ‘recht van mededeling aan een nieuw publiek’ kunnen heten. Het artikel regelt het ‘immateriële exploitatierecht’ van de auteursrechthebbende, dat wil zeggen het recht om een werk mee te delen aan het publiek. Het ‘nieuw publiek’ criterium hoort echter om diverse redenen niet thuis in het recht van mededeling aan het publiek, zo blijkt uit een analyse van internationale verplichtingen, de systematiek van het Europees auteursrecht en de bedoeling van de Europese wetgever.¹

S.C. van Velze
Mr. S.C. van Velze is werkzaam bij bureau Brandeis

Inleiding

Het ‘nieuw publiek’ criterium is door het Hof van Justitie van de Europese Unie (‘Hof’) ontwikkeld om het Europese recht van mededeling aan het publiek, ook wel ‘mededelingsrecht’, uit te leggen. ‘Nieuw’ is ‘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’.² Het gaat om een publiek waarmee de rechthebbende ‘geen rekening’ hield, aldus het Hof.³ Het Hof past het criterium toe om wederdoorgiftes – secundaire doorgiftes – van een werk te beoordelen. Het ‘nieuw publiek’ criterium is in 2006 ontwikkeld in SGAE⁴ en speelt tegenwoordig een cruciale rol bij de beoordeling van immateriële exploitaties op het internet. Zo bepaalde het Hof in *Svensson* (2014) dat het plaatsen van een hyperlink een mededeling aan het publiek is in de zin van art. 3(1) ARI mits een ‘nieuw publiek’ wordt bereikt.⁵

De toenemende betekenis van het ‘nieuw publiek’ criterium wordt bekritiseerd in de literatuur.⁶ Er zijn twijfels over de legaliteit en vragen over de toepasbaarheid van het

criterium. Aan de hand van een internationale, Europese en teleologische analyse wordt in dit artikel onderzocht of het mededelingsrecht ruimte laat voor de toepassing van een ‘nieuw publiek’ criterium. Een dergelijke analyse levert een bijdrage aan het felle debat omtrent het ‘nieuw publiek’.

Dit artikel zet eerst de ontwikkeling van het ‘nieuw publiek’ criterium in het Europese mededelingsrecht uiteen, aan de hand van de Auteursrechtlijn en de jurisprudentie van het Hof. Daarna wordt het ‘nieuw publiek’ criterium onder de loep genomen vanuit een internationaal, Europees en teleologisch perspectief. De teleologische analyse beschrijft wat de EU-wetgever met het generieke mededelingsrecht in de Auteursrechtlijn beoogde, en hoe dat zich verhoudt tot de interpretatie van het Hof. Dan volgt een aanzet voor een alternatief voor het ‘nieuw publiek’ criterium. Daarbij betrek ik de recente conclusie van Wathelet, Advocaat-Generaal (‘A-G’) bij het Hof, in *GS Media*, een zaak die gaat over het plaatsen van een hyperlink naar onrechtmatige content.⁷ Zoals we zullen zien wijkt A-G Wathelet af van de *Svensson*-jurisprudentie; het is

1 Dit artikel is een bewerking van de afstudeerscriptie: ‘Communication to a New Public, A Critical Analysis of the CJEU’s ‘New Public’ Criterion in European Copyright Law’, begeleid door prof. mr. P.B. Hugenholtz. Met haar scriptie won Van Velze de Internetscriptieprijs 2016. De scriptie is beschikbaar via <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1744>.

2 HvJEU 13 februari 2014, C-466/12, AMI 2014/3, nr. 7 (Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman and Pia Gadd/Retriever Sverige AB) (hierna: *Svensson*), r.o. 24.

3 HvJEU 4 oktober 2011, C-403/08 en 429/08, AMI 2012/1, nr. 1 (*Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA/QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen en Karen Murphy/Media Protection Services Ltd*) (hierna: *Premier League*), par. 197.

4 HvJEU 7 december 2007, C-306/05, AMI 2007/2, nr. 7 (*Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/Rafael Hoteles SA*) (hierna: SGAE).

5 *Svensson*, par. 24.

6 Zie bijvoorbeeld: ALAI Executive Committee, ‘Opinion on the criterion ‘New Public’, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public’, 17 september 2014 (hierna: ‘ALAI 2014’); S. Depreeuw, *The variable scope of the exclusive economic rights in copyright*, Information Law Series, The Netherlands: Kluwer Law International (2014) (hierna: Depreeuw 2014); M.J. Ficsor, ‘Svensson: Honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous ‘new public’ theory’, 5 mei 2014, beschikbaar via http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63 (hierna: Ficsor 2014); J. Rosen, ‘The CJEU ‘new public’ criterion? National judges should not apply it, says Prof Jan Rosen’, 15 april 2015, beschikbaar via <http://ipkitten.blogspot.nl/2015/04/the-cjeu-new-public-criterion-national.html> (hierna: Rosen 2015).

7 Conclusie AG Wathelet 7 april 2016 in C-160/15, AMI 2016/2, p. 42-44 (*GS Media BV/Playboy Enterprises International Inc., Sanoma Media Netherlands BV en Britt Geertruida Dekker*) (hierna: *GS Media*).

de vraag of zijn verrassende alternatieve oplossing houdbaar is.

De Auteursrechtlijn

In 2001 trad de Auteursrechtlijn⁸ in werking. In art. 3 van deze richtlijn is een algemeen recht van mededeling aan het publiek, inclusief een beschikbaarstellingsrecht, opgenomen:

'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.'

De Auteursrechtlijn implementeert een aantal belangrijke verplichtingen uit het WIPO Auteursrechtverdrag ('WCT').⁹ De WCT werd in 1996 aangenomen om een regelgevend kader te bieden voor het auteursrecht in de digitale samenleving. Door de vele ontwikkelingen op het internet ontstonden nieuwe vragen over de bescherming van werken. Wat is bijvoorbeeld de auteursrechtelijke status van on-demand doorgiften, doorgiften waarbij het publiek zelf de plaats én tijd van een doorgifte van een werk kan bepalen?¹⁰ Valt zo'n handeling onder het recht van mededeling aan het publiek, onder het reproductierecht of wellicht onder het recht van uitlening?¹¹ Het antwoord is te vinden in art. 8 WCT, voorloper van art. 3(1) ARL, dat bepaalt dat een dergelijke beschikbaarstelling valt onder het generieke mededelingsrecht. Dit artikel is ruim en technologie-neutraal geformuleerd zodat het van toepassing is op iedere vorm van mededeling aan het publiek, ook op nieuwe vormen van (digitale) doorgiften.

Art. 3(1) ARL wordt net als zijn internationale variant ruim uitgelegd. In de overwegingen van de richtlijn staat dat het recht 'iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan' en zich dient uit te strekken tot 'elke dergelijke doorgifte of

wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending.'¹²

De ARL definieert de twee cumulatieve vereisten van 'mededeling' en 'publiek' niet. De toelichting op de richtlijn geeft enkel aan dat het recht ruim uitgelegd dient te worden om een hoog beschermingsniveau voor de rechthebbende na te streven.¹³ Tegelijkertijd dient het ook aan de andere doelen van de richtlijn te voldoen, zoals het stimuleren van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij, het vinden van een juiste balans tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers van een werk en het creëren van rechtszekerheid. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft verschillende criteria en definities ontwikkeld om het recht van mededeling aan het publiek uit te leggen.¹⁴ Een van deze criteria is het veelbesproken 'nieuw publiek' criterium.

Jurisprudentie van het Hof

Totstandkoming van het 'nieuw publiek' criterium

Het 'nieuw publiek' criterium komt voor het eerst in 2006 aan de orde in het arrest *SGAE*, maar al in 1998 gebruikte A-G La Pergola het criterium in zijn conclusie in *Egeda*. In *Egeda* stond de vraag centraal of de wederdoorgifte van tv-uitzendingen naar kamers van hotelgasten een mededeling aan het publiek is in de zin van de Satelliet- en Kabelrichtlijn.¹⁵ Volgens A-G La Pergola dient dit recht uitgelegd te worden aan de hand van art. 11bis(1)(iii) van de Berner Conventie ('BC'). Artikel 11bis BC is ingevoerd om exploitatie via omroep onder het uitsluitend recht van de auteur te brengen. Het eerste lid ziet op draadloze omroep (lid 1(i)), op secundaire openbaarmaking middels draadloze heruitzending of 'kabel' mits sprake is van heruitzending door een andere organisatie (lid 1(ii)), en op het openbaar maken van een (radio)uitzending door middel van luidsprekers of soortgelijke instrumenten (lid 1(iii)).

Voor de uitleg van art. 11bis(1)(iii) gebruikt La Pergola de 'Guide to the Berne Convention', geschreven in 1978 door Masouyé ('1978 Gids').¹⁶ Deze gids is uitgegeven door de WIPO en is bedoeld als niet-bindend document dat op een

8 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, 22 mei 2001 (hierna: ARL).

9 Verdrag van de WIPO inzake het Auteursrecht ('WIPO Copyright Treaty'), Genève, 1996 (hierna: WCT).

10 In Nederland zou een dergelijke handeling vallen onder het ruime begrip 'openbaar maken'. Echter, lang niet alle landen kennen een ruim openbaarmakingsrecht; vaak is sprake van een catalogus aan specifieke exploitatierechten, al of niet per soort werk. Ook de Berner Conventie heeft zo'n 'genre-specifieke' aanpak. Deze aanpak had als gevolg dat niet alle type werken beschermd waren tegen nieuwe openbaarstellingen. Dit was aanleiding om in de WCT een generiek recht van mededeling aan het publiek op te nemen.

11 Green paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action, Communication from the Commission, COM(88)172 final, Brussels 7 juni 1988, p. 58-59, beschikbaar via http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green_paper_copyright_and_challenge_of_thechnology_com_88_172_final.pdf (hierna: Green Paper 1988).

12 Overweging 23 ARL.

13 Toelichting op het Voorstel voor de ARL, COM(97) 628 final, Brussel 1997 (hierna: Toelichting).

14 Voor een uitgebreide analyse van de verschillende definities en criteria met betrekking tot het recht van mededeling aan het publiek verwijs ik naar mijn scriptie: *Communication to a New Public. A Critical Analysis of the CJEU's 'New Public' Criterion in European Copyright Law*, beschikbaar via <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1744>.

15 HvJEU 3 februari 2000, C-293/98 NJ 2000, 669 (*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda)/Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*) (hierna: *Egeda*); Conclusie A-G La Pergola 9 september 1999, C-293/98 (*Egeda*).

16 C. Masouyé, 'Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works', Paris Act 1971, gepubliceerd door World Intellectual Property Organisation, Genève 1978 (hierna: 1978 Gids).

'simpele en duidelijke' manier (zo vermeldt de inleiding) de aard, het doel en de reikwijdte van de bepalingen in de Berner Conventie toelicht. De WIPO is niet bevoegd een bindende interpretatie te geven maar beoogt met deze informele toelichting harmonisatie van het recht van de verschillende Contractspartijen te bevorderen.

De '1978 Gids' stelt dat als een rechthebbende toestemming verleent voor een openbaarmaking op grond van art. 11bis(1)(i), hij enkel in aanmerking neemt de *'directe consumenten, dat wil zeggen de bezitters van ontvangsttoestellen die, individueel of in hun privé- of gezinssfeer, de uitzendingen ontvangen'*.¹⁷ Volgens La Pergola betekent dit dat als een wederdoorgifte een groter publiek bereikt, er sprake is van een zelfstandige mededeling waarvoor toestemming van de rechthebbende is vereist.¹⁸ La Pergola acht het volgende van belang bij de beoordeling van een wederdoorgifte: (1) dat er een *'zelfstandige handeling van economische exploitatie'* is en (2) dat een 'nieuw publiek' met 'economisch belang' wordt bereikt.¹⁹ Met andere woorden, A-G La Pergola is van mening dat als een mededeling een nieuw publiek bereikt, en dit nieuwe publiek van economisch belang is (dus valt binnen de familie- en/of vriendenkring), er een nieuwe openbaarmaking plaatsvindt en dus toestemming is vereist.

Het Hof week echter af van La Pergola's conclusie en oordeelde dat de Satelliet- en Kabelrichtlijn geen grondslag bood om het recht van mededeling aan het publiek uniform te interpreteren. Maar hierin kan verandering komen als de Auteursrechtlijn in werking treedt, aldus het Hof.²⁰

En dit bleek ook. Zes jaar na *Egeda* werden vergelijkbare prejudiciële vragen gesteld in *SGAE*, ditmaal met art. 3(1) ARL als inzet. Het Hof oordeelde dat het begrip 'publiek' een autonoom Europeesrechtelijk begrip is, en dat het Hof in het belang van uniformiteit en gelijkheid bevoegd is om dat begrip uit te leggen. Voorafgaand aan het arrest bracht A-G Sharpston een conclusie uit.²¹

Sharpston legt art. 3(1) ARL uit in het licht van art. 11bis(1)(ii) BC. Anders dan haar collega La Pergola eerder oordeelde, acht Sharpston art. 11bis(1)(iii) niet van toepassing. Art. 11bis(1)(ii) omvat het recht op *'elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt'*. Volgens Sharpston is het criterium in art. 11bis(1)(ii) BC – het 'andere organisatie' criterium – in wezen hetzelfde als een 'nieuw publiek' vereiste.²² Zij baseert deze redenering op de '1978 Gids'.

*'Het criterium 'mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke', dat in artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Conventie is gebruikt, maakt blijkbaar een 'puur functioneel' onderscheid: de mogelijkheid om een nieuwe toestemming te eisen telkens wanneer een wederdoorgifte 'een nieuwe kring van luisteraars bereikt', is opzettelijk terzijde geschoven. Dit lijkt niettemin het wezenlijke gevolg te zijn van deze bepaling.'*²³

Verrassend genoeg citeert zij dezelfde alinea uit de gids als La Pergola in *Egeda*. Die alinea gaat echter over sub-paragraaf (iii) en niet over sub-paragraaf (ii). Sharpston concludeert dat een rechthebbende zijn recht kan inroepen als een werk *'wordt heruitgezonden voor een kring van personen die ruimer is dan de personen voor wie de oorspronkelijke mededeling was bestemd.'*²⁴

Het Hof gaat grotendeels mee met de redenering van Sharpston en oordeelt dat art. 3(1) ARL een 'nieuw publiek' criterium omvat.

'40. Tevens moet erop worden gewezen dat een mededeling die in omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt vericht, volgens artikel 11 bis, eerste alinea, sub ii, van de Berner Conventie moet worden gezien als een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan. Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek.'

Hoewel het Hof in eerste instantie het 'andere organisatie' criterium uit art. 11bis(1)(ii) BC toepast, legt het Hof dit uit alsof het een 'nieuw publiek' vereiste inhoudt. Het Hof baseert deze conclusie op een paragraaf in de '1978 Gids' die echter art. 11bis(1)(iii) BC beschrijft; het verwisselt in wezen de rechten in sub-paragraaf (ii) en (iii) van de Berner Conventie. Hiermee is het 'nieuw publiek' criterium geboren. Het luidt: *'een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek'*.²⁵

Toepassing van het criterium

Na *SGAE* gebruikte het Hof het 'nieuw publiek' criterium ook in andere omstandigheden. Zo oordeelde het Hof in *Premier League* dat als een werk door middel van een televisietoestel uitgezonden wordt in een horecagelegenheid, de klanten in die ruimte een 'nieuw publiek' vormen. De rechthebbende nam namelijk enkel de eigenaar van het televisietoestel in aanmerking en – zo bepaalde het Hof – niet de klanten in de horecagelegenheid.²⁶ Ook vormen patiënten in een spa een 'nieuw publiek' indien zij de

17 Conclusie A-G La Pergola (*Egeda*), par. 20.

18 Conclusie A-G La Pergola (*Egeda*), par. 20.

19 Conclusie A-G La Pergola (*Egeda*), par. 24.

20 *Egeda*, par. 26-28.

21 Conclusie A-G Sharpston 13 juli 2006, C-306/05 (*SGAE*).

22 Conclusie A-G Sharpston (*SGAE*), par. 50.

23 Conclusie A-G Sharpston (*SGAE*), par. 50.

24 Conclusie A-G Sharpston (*SGAE*), par. 51.

25 *SGAE*, par 40.

26 *Premier League*, par. 197.

mogelijkheid hebben om televisieprogramma's te kijken in hun privé-kamers, zo blijkt uit het arrest OSA.²⁷

Het 'nieuw publiek' criterium speelt niet alleen een rol in de ARI maar ook in andere richtlijnen, zoals de Satelliet- en Kabelrichtlijn. In *Airfield* bijvoorbeeld stond de vraag centraal of een aanbieder van een satellietpakket, die met toestemming van de omroepen een bundel van verschillende zenders aan zijn abonnees aanbiedt, voor het bundelen van deze zenders ook toestemming van de rechthebbenden nodig heeft.²⁸ Volgens het Hof waren de abonnees van die pakketten een 'nieuw publiek' ten opzichte van het originele publiek van de zenders waardoor de aanbieder toestemming diende te verkrijgen van de rechthebbenden.

Even leek het alsof het criterium een absoluut vereiste was voor elke wederdoorgifte van een werk aan het publiek. Tot de uitspraak van het Hof in *TVCatchup*.²⁹ *TVCatchup* betrof een gratis internet streamingdienst voor televisieprogramma's: *TVCatchup*. ITV is een commerciële televisiezender in het Verenigd Koninkrijk en auteursrechthebbende van verschillende televisieprogramma's. Deze programma's werden zonder toestemming van ITV aangeboden via de streamingdienst *TVCatchup*. De crux in deze zaak was dat de gebruikers van *TVCatchup* enkel gebruik konden maken van de dienst indien zij tevens rechtmatig toegang hadden tot de televisieprogramma's van ITV en een zogenoemde 'kijkvergunning' hadden in het Verenigd Koninkrijk. De gebruikers kwalificeerden dus niet als een 'nieuw publiek'. Immers, zij konden de televisieprogramma's op een andere manier raadplegen, namelijk via de commerciële televisiezender.

Als de SGAE-jurisprudentie zou worden voortgezet, zou het uitzenden van televisieprogramma's via de streamingdienst geen mededeling aan het publiek in de zin van art. 3(1) ARI opleveren aangezien er geen sprake is van een 'nieuw publiek'. Het Hof voelde aan dat deze uitkomst niet wenselijk was voor rechthebbenden en verklaarde het 'nieuw publiek' vereiste in deze zaak niet van toepassing. Het Hof oordeelde dat, nu beide doorgiften plaatsvinden onder verschillende specifieke technische omstandigheden, namelijk doorgifte via zendmasten en beschikbaarstelling via het internet, het niet vereist is dat een werk wordt meegedeeld aan een 'nieuw publiek'.

[E]lk van deze twee doorgiften [moet] individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek.³⁰

Volgens het Hof is het 'nieuw publiek' criterium enkel van toepassing in de situaties in de zaken die hebben geleid tot de arresten SGAE, Premier League en *Airfield*.³¹

Hyperlinks en het 'nieuw publiek'

In *TVCatchup* leek het alsof het Hof de reikwijdte van het 'nieuw publiek' criterium probeerde in te perken. In *Svensson* daarentegen vergroot het Hof de betekenis van het criterium. *Svensson* gaat over de vraag of het plaatsen van een hyperlink een mededeling aan het publiek is in de zin van art. 3(1) ARI. Het probleem met dit vraagstuk is dat hyperlinks een grote faciliterende rol spelen bij de vindbaarheid van content op het internet. Het is een noodzakelijk onderdeel van de 'internetarchitectuur'.³² Als het plaatsen van een hyperlink naar een werk onder het auteursrecht valt, kan dit ten koste gaan van de bruikbaarheid en ontwikkeling van het internet en de informatiemaatschappij.³³ Daarentegen is het doel van de ARI een hoog beschermingsniveau te bieden voor rechthebbenden van auteursrechten.³⁴ Als rechthebbenden niet kunnen optreden tegen het plaatsen van hyperlinks naar beschermde werken kan dit de bescherming van rechthebbenden ondermijnen.

Het is geen gemakkelijk vraagstuk voor het Hof. Gezien de grote concurrerende belangen, is het opvallend dat het Hof niet het advies van een A-G heeft ingeroepen.³⁵

Op 13 februari 2014 oordeelde het Hof dat het plaatsen van een hyperlink een mededeling aan het publiek kan opleveren maar alleen als daarmee een werk toegankelijk wordt gemaakt voor een 'nieuw publiek'.³⁶ Volgens het Hof moet het plaatsen van aanklikbare links naar beschermde werken aangemerkt worden als een 'beschikbaarstelling' en derhalve als een 'handeling bestaande uit een mededeling' in de zin van art. 3(1) ARI. Ook zijn volgens het Hof de internetgebruikers een 'publiek'. Maar, zo gaat het Hof verder, art. 3(1) ARI is alleen van toepassing als een 'nieuw publiek' wordt bereikt. Het plaatsen van een hyperlink naar vrij toegankelijke werken op het internet levert in ieder geval geen 'nieuw publiek' op aangezien de rechthebbende van een werk dat vrij toegankelijk op het internet

27 HvJEU 27 februari 2014, C-351/12 AMI 2014/5, nr. 13 (OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s./Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.) (hierna: OSA).

28 HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, IER 2012/3, nr. 27 (*Airfield* NV en Canal Digitaal BV/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) en *Airfield* NV/Agicoa Belgium BVBA) (hierna: *Airfield*).

29 HvJEU 7 maart 2013, C-607/11 NJ 2013/42, nr. 444 (*ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd* en *ITV Studios Ltd/TVCatchup Ltd*) (hierna: *TVCatchup*).

30 *TVCatchup*, par 39.

31 *TVCatchup*, par 39.

32 Conclusie A-G Wathelet (*GS Media*), par 78.

33 A. Strowel & V. Hanley, 'Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks', in Alain Strowel, *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing Limited 2009, p. 71; E. Arezzo, 'Hyperlinks and making available right in the European Union – What Future for the Internet after *Svensson*?', *IIC* 2014, 45(5), at 530.

34 Overweging 9 ARI.

35 E. Rosati, 'Luxembourg, we have a problem: where have the Advocates General gone?', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, 9(8), p. 619.

36 *Svensson*, par. 21-24.

staat rekening heeft gehouden (of had moeten houden) met alle internetgebruikers. Met het plaatsen van de hyperlink wordt geen grotere groep mensen bereikt.

Dit is anders indien met plaatsing van een hyperlink een werk beschikbaar wordt gesteld dat oorspronkelijk achter een betaalmuur of inlogcode online is gezet. Een dergelijke handeling is een interventie waardoor een grotere groep gebruikers het werk kan ontvangen en is dus een mededeling aan het publiek.³⁷ Het Hof maakt hierbij geen onderscheid tussen verschillende soorten hyperlinks zoals simple, deep, embedded of framed hyperlinks.³⁸

In *Svensson* lijkt het Hof een redelijk evenwicht te zoeken tussen een vrij internet en de bescherming van rechthebbenden waarbij het 'nieuw publiek' vereiste doorslaggevend is. Tot nu toe heeft het Hof deze redenering bevestigd in twee andere hyperlink-zaken: *BestWater*³⁹ en *C More*.⁴⁰ Momenteel is een nieuwe hyperlink-zaak aanhangig bij het Hof, namelijk *GS Media*, waarin het Hof moet beoordelen of het plaatsen van een hyperlink naar onrechtmatige content, oftewel content die zonder toestemming van de rechthebbende op het internet is geplaatst, een mededeling aan het publiek is.⁴¹

Op grond van de *Svensson*-jurisprudentie dient het Hof te beoordelen of door het plaatsen van de hyperlink het werk toegankelijk wordt gemaakt voor een 'nieuw publiek'. Oftewel, of de rechthebbende – die geen toestemming heeft gegeven voor de initiële openbaarmaking – de intentie had om het werk toegankelijk te maken voor het internetpubliek. Ditmaal heeft het Hof wel de hulp ingeroepen van een A-G.

Op 6 april 2016 bracht A-G Wathelet zijn conclusie uit in *GS Media*. Wathelet neemt afstand van de *Svensson*-jurisprudentie en oordeelt dat hyperlinks überhaupt niet onder het auteursrecht vallen, aangezien er geen sprake is van een 'handeling bestaande uit een mededeling'. Het 'nieuw publiek' criterium is niet doorslaggevend. Een mededelingshandeling vereist – zo oordeelt Wathelet – een 'onontbeerlijke interventie'. Het plaatsen van een hyperlink is geen onontbeerlijke interventie. Het feit dat willens en wetens een hyperlink naar onrechtmatige content is geplaatst doet hier niets aan af.⁴² Volgens Wathelet zou 'elke andere uitlegging van deze bepaling de werking van het internet aanmerkelijk belemmeren en een van de voornaamste doelstellingen van de [ARI] doorkruisen, namelijk de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa'.⁴³ Tenslotte betoogt Wathelet dat 'een dergelijke inmenging in de werking van inter-

net [moet] 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.’⁴⁴

De uitspraak van het Hof wordt nog in 2016 verwacht. Het is de vraag of het Hof meegaat in de redenering van Wathelet en zal afwijken van de *Svensson*-jurisprudentie en de cruciale rol van het 'nieuw publiek'.

Het 'nieuwe publiek' criterium onder de loep

Critici menen dat het 'nieuw publiek' criterium niet thuishoort in het recht van mededeling aan het publiek.⁴⁵ Niet alleen achten zij het criterium in strijd met de Berner Conventie, ook staat het op gespannen voet met Europees recht. In het navolgende wordt het 'nieuw publiek' criterium vanuit een internationaal, Europees en teleologisch perspectief geanalyseerd om te beoordelen of het thuishoort in het Europese recht van mededeling aan het publiek.

Een internationale analyse

De Berner Conventie kent niet één algemeen recht van mededeling aan het publiek zoals ons openbaarmakingsrecht. De BC preciseert in de artikelen 11, 11bis, 11ter en 14(1)(ii) BC verschillende vormen van 'immateriële' openbaarmaking, die deels op verschillende werkvormen betrekking hebben. Zo erkent bijvoorbeeld art. 11ter lid 1 het exclusieve recht van auteurs van werken van literatuur om toestemming te geven tot voordrachten in het openbaar. Tijdens de opeenvolgende herzieningen van de Berner Conventie is steeds uitgebreid welke vormen van mededeling aan het publiek beschermd zijn ten aanzien van welke soort werken.⁴⁶ Niet alle aangesloten staten kenden – zoals Nederland – een ruim openbaarmakingsrecht. Daardoor was het noodzakelijk om minimale verplichtingen uiteen te zetten met betrekking tot handelingen die een mededeling aan het publiek opleverden. Zo regelt art. 11 BC het exclusieve recht op de openbare en uitvoering van toneelwerken, dramatisch-muzikale werken en muziekwerken. Art. 14(1)(ii) BC erkent het openbaarmakingsrecht van bewerkingen zoals verfilmingen. Art. 11bis BC tot slot regelt uitzendrechten voor alle werken van letterkunde en kunst.

37 *Svensson*, par. 31.

38 *Svensson*, par. 29.

39 HvJEU21 oktober 2014, C-348/13 (*BestWater International GmbH/Michael Mebes and Stefan Potsch*) (hierna: *BestWater*).

40 HvJEU 26 maart 2015, C-279/13 IER 2015/42 (*C More Entertainment AB/Linus Sandberg*) (hierna: *C More*).

41 HR 9 januari 2015, 14/01158, NJB 2015/748 (*GS Media BV/Sanoma Media Netherlands BV*) (hierna: *GS Media*).

42 A-G Wathelet (*GS Media*), par. 63.

43 A-G Wathelet (*GS Media*), par. 77.

44 A-G Wathelet (*GS Media*), par. 79.

45 Zie onder meer ALAI 2014, Depreeuw 2014, Ficsor 2014 en Rosen 2015.

46 De Berner Conventie is aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971.

Voor het 'nieuw publiek' criterium is voornamelijk art. 11bis BC relevant aangezien het Hof dit artikel als grondslag heeft gebruikt, in samenhang met de '1978 Gids'. Het artikel onderscheidt vier verschillende rechten: (1) een uitzendrecht, (2) een recht van wederuitzending, (3) een recht van openbare mededeling (oftewel mededeling aan het publiek) door middel van draad van een uitgezonden werk, en (4) een recht van openbare mededeling van een uitgezonden werk door middel van een luidspreker of soortgelijk instrument.

Het recht van wederuitzending in art. 11bis(1)(ii) BC bevat een extra criterium ten opzichte van de andere rechten in art. 11bis(1) BC: het criterium van 'een andere organisatie dan de oorspronkelijke' ('andere organisatie'). Op grond van dit artikel is toestemming van de rechthebbende vereist, indien een andere organisatie dan de oorspronkelijke omroep een uitgezonden werk uitzendt.⁴⁷

Art. 11bis(1)(ii) kent een interessante totstandkomingsgeschiedenis waarbij de Brusselse herzieningsconferentie van de Berner Conventie in 1948 een grote rol speelt.⁴⁸ In deze periode werden steeds meer werken via de radio uitgezonden. Ook televisie-uitzending was in opkomst. Tijdens de Brusselse conferentie stond de vraag centraal wanneer een wederdoorgifte van een uitzending een nieuwe mededeling aan het publiek oplevert (en toestemming van de rechthebbende vereist is). Verschillende voorstellen kwamen aan bod. België was van mening dat, indien een wederdoorgifte een 'nieuwe groep van luisteraars' bereikt, er sprake is van een nieuwe mededeling aan het publiek.⁴⁹ Dit voorstel kwam erop neer dat als een wederdoorgifte een 'nieuw publiek' bereikt, toestemming van de rechthebbende nodig is.

Het Belgische voorstel werd kritisch ontvangen. Het voornaamste kritiekpunt was de toepasbaarheid van het 'nieuw publiek' criterium. Hoewel het criterium theoretisch gezien zeer bruikbaar lijkt, is dit niet het geval in de praktijk.⁵⁰ Het is bijzonder lastig om een goed onderscheid te maken tussen een 'oud' en een 'nieuw' publiek. Gezien het praktische bezwaar werd het voorstel van België afgevoerd.

België kwam met een nieuw voorstel waarin het 'nieuw publiek' vereiste vervangen werd door het criterium van 'een andere organisatie dan de oorspronkelijke'. Toestemming

van de rechthebbende zou dan vereist zijn als een andere organisatie een uitgezonden werk doorgeeft aan een publiek. Het feit dat het publiek het uitgezonden werk al op een andere manier heeft (kunnen) ontvangen en dus niet 'nieuw' is doet hier niets aan af. In dit voorstel is de identiteit van de organisatie beslissend en niet de (moeilijk te meten) aard van het publiek.⁵¹ Het nieuwe voorstel werd aangenomen met twaalf stemmen voor en zes tegen.⁵²

De bepalingen in de Berner Conventie zijn, anders dan die van Europees recht, niet onderworpen aan (uniforme) rechterlijke controle maar worden geïnterpreteerd aan de hand van de bepalingen in het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht.⁵³ Naast dit verdrag kunnen nationale uitspraken van hoogste rechterlijke instanties, zoals onze Hoge Raad, als voorbeelden dienen over hoe een bepaling uit de Berner Conventie uitgelegd moet worden. Een aantal nationale rechters heeft art. 11bis(1)(ii) BC direct toegepast in hun nationale rechtstelsel, namelijk in Nederland, België en Zwitserland.⁵⁴

In Nederland zijn de zogenoemde *Amstelveense kabel*-arresten illustratief voor de uitleg van art. 11bis(1)(ii) BC. In deze twee arresten stond de wederdoorgifte van uitgezonden werken via de kabel centraal. De vraag was of deze wederdoorgifte, die simultaan plaatsvond met de reguliere uitzending via de ether, een nieuwe openbaarmaking is en de kabelaar toestemming van de rechthebbenden nodig heeft. In deze zaak was de kabelaar een andere organisatie dan de oorspronkelijke omroeporganisatie.

Het Amsterdams gerechtshof oordeelde dat de wederdoorgifte via de kabel geen nieuwe openbaarmaking opleverde aangezien de doorgifte geen 'nieuw publiek' bereikte. Deze opvatting werd gesteund door de Nederlandse regering.⁵⁵ In 1981 vernietigde de Hoge Raad deze beslissing en oordeelde dat de wederdoorgifte van de kabelaar wel degelijk een nieuwe openbaarmaking is. Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 11bis(1)(ii) BC kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat een 'nieuw publiek' geen vereiste is voor de beoordeling van een wederdoorgifte van een uitgezonden werk. Dit criterium is namelijk expliciet afgewezen tijdens de herzieningsconferentie in 1948 omdat, zo concludeerde de Hoge Raad, 'dit te vaag werd geacht'.⁵⁶

47 S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer (1987), p. 449 (hierna: Ricketson 1987). In dit artikel verwijst ik naar de oudere uitgave van Ricketson in 1987, omdat deze een uitgebreidere analyse van de totstandkomingsgeschiedenis van de Berner Conventie bevat dan de herziene tweede editie van Ricketson/Ginsburg (2006).

48 *Documents de la Conférence de Bruxelles*, Berner Conventie, 5-26 juni 1948 (hierna: Documents 1948).

49 In Engels: 'procure a fresh circle of listeners', zie Documents 1948, p. 266; Ricketson 1987, p. 448.

50 Documents 1948, p. 289; G.J.H.M. Mom, *Kabeltelevisie en auteursrecht*, Koninklijke Vermande, Lelystad (1990), p. 23 (hierna: Mom 1990).

51 Ricketson 1987, p. 449.

52 Documents 1948, p. 290; Mom 1990, p. 23.

53 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969.

54 Mom 1990; HR 30 oktober 1981, 11.739, NJ 1982, 435, *Auteursrecht* 1981/5:100, RIDA 112 (1982):168 (*Amstelveense Kabel I*); HR 25 mei 1984, 12.281, NJ 1984, 697, AMR 1984/3:62, AA 1986: 628, GRUR Int 1985:124 (*Amstelveense Kabel II*); Belgische Hof van Cassatie 3 september 1981, Pas, 1982, I, 8, GRUR Int 1982: 448 (*Coditel/Cine Vog Films*); Schweizerische Bundesgericht 20 March 1984, GRUR Int 1985, 412 (*Gemeinschaftsantenne Altdorf/SUISA-Suissimage*); Swiss Supreme Court 20 januari 1981, GRUR Int. 1981: 642 (*ORF/PTT en Rediffusion SA*).

55 Mom 1990, p. 35.

56 *Amstelveense Kabel I*, par. 5

Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat het criterium niet bruikbaar is aangezien het zeer moeilijk is om een onderscheid te maken tussen een 'oud' en een 'nieuw' publiek. Ook is het criterium niet opgewassen tegen ontwikkelingen op technologisch gebied die leiden tot nieuwe verspreidingsmodellen van werken. De Hoge Raad bepaalde dat *'het hanteren van dit criterium (...) ook tot telkens andere uitkomsten [zal] leiden daar door verandering in de sterkte van de zenders en in het algemeen door het voortschrijden van de techniek op het door artikel 11 bis lid 1 sub 2° bestreken gebied, de grenzen van de zogenaamde directe ontvangstzone aan voortdurende wijziging onderhevig zijn.'*⁵⁷

Volgens de Hoge Raad is de organisatie die een werk openbaar maakt beslissend en niet de aard van het publiek. De kabelaar was een andere organisatie dan de oorspronkelijke televisieomroep waardoor de wederdoorgifte van de kabelaar een nieuwe mededeling aan het publiek opleverde.

De Hoge Raad kwam in 1984 tot dezelfde conclusie in het tweede *Amstelveense kabel*-arrest en voegde hieraan toe dat dit niet leidt tot een dubbele betaling, zoals het kabelbedrijf had betoogd. Er is namelijk sprake van twee verschillende exploitatiehandelingen: een mededeling aan het publiek via de ether en een mededeling aan het publiek via de kabel. Voor elk van deze twee individuele exploitaties moet een vergoeding betaald worden.

België⁵⁸ en Zwitserland⁵⁹ kennen vergelijkbare uitspraken waarbij de rechter het nationale recht uitlegt onder verwijzing naar art. 11bis(1) BC. In deze uitspraken paste de nationale rechters art. 11bis(1)(ii) BC direct toe in de nationale rechtsorde. Uit deze uitspraken volgt ook dat het enige relevante criterium voor het invoeren van art. 11bis(1)(ii) BC het 'andere organisatie' criterium is. Elk ander vereiste werd afgewezen.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Berner Conventie en de rechterlijke uitspraken in Nederland, België en Zwitserland volgt dat art. 11bis(1)(ii) BC geen ruimte laat voor een 'nieuw publiek' vereiste. Het doorslaggevende argument om het 'nieuw publiek' vereiste af te wijzen is dat het criterium te vaag is en niet bruikbaar in de praktijk. Dit argument is niet alleen van toepassing op het mededelingsrecht in art. 11bis(1)(ii) BC – het recht van wederdoorgifte van uitgezonden werken – maar geldt voor alle soorten rechten van mededeling aan het publiek, aangezien het altijd bijzonder lastig is een onderscheid te maken tussen een 'oud' en een 'nieuw' publiek. Vooral op het internet is het niet te overzien welke gebruikers wel en welke gebruikers niet behoren tot het publiek van een bepaalde mededeling. De conclusie is derhalve dat het 'nieuw publiek' criterium in strijd is met het internationale auteursrecht.

Een Europese analyse

Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de totstandkoming van het 'nieuw publiek' criterium berust op een onjuiste interpretatie van art. 11bis(1) BC. Zoals we zullen zien, verwisselt het Hof de rechten van art. 11bis(1) sub (ii) en sub (iii), en legt het deze bovendien uit aan de hand van de WIPO Gids, die niet alleen verouderd is maar ook geen formele status heeft.

De '1978 Gids' beschrijft hoe art. 11bis(1)(iii) BC uitgelegd moet worden en wanneer een wederdoorgifte van een uitgezonden werk een nieuwe mededeling aan het publiek is. Uit de gids volgt dat indien een rechthebbende toestemming heeft gegeven voor een mededeling aan het publiek (in de zin van art. 11bis(1)(i)), dit niet betekent dat de toestemming reikt tot alle mogelijke handelingen die vallen onder het begrip een mededeling aan het publiek (zoals in sub-paragrafen (ii) en (iii) BC).⁶⁰ Voor deze aparte handelingen is afzonderlijk toestemming nodig. Niet omdat de handeling een 'nieuw publiek' bereikt, maar omdat het een nieuwe mededeling aan het publiek is: een aparte exploitatievorm.

Op grond van deze paragraaf in de '1978 Gids' (die ziet op sub-paragraaf (iii)) kwam La Pergola tot de conclusie dat het recht van mededeling aan het publiek een 'nieuw publiek' vereist. La Pergola paste expres sub-paragraaf (iii) toe aangezien hij vond dat de televisietoestellen in de hotelkamers *'met luidsprekers vergelijkbare instrumenten voor het overbrengen van tekens, geluiden of beelden'* zijn.⁶¹

In *SGAE* paste A-G Sharpston en het Hof art. 11bis(1)(ii) BC toe. Desondanks legden zij dit recht uit op grond van dezelfde paragraaf uit de '1978 Gids'. Bij een juiste uitleg van art. 11bis(1)(ii) zou de *organisatie* die de mededeling deed van doorslaggevend belang zijn en niet de *aard van het publiek*. Zoals ook blijkt uit de *Amstelveense Kabel*-arresten van de Hoge Raad zou een (correcte) uitleg niet tot een andere uitkomst hebben geleid in *SGAE*: de hoteleigenaar van Hoteles Rafael is namelijk een 'andere organisatie' dan de oorspronkelijke partij die de mededeling doet, d.w.z. de omroeporganisatie. Toestemming van de rechthebbenden zou nog steeds vereist zijn.

Het is opvallend dat het Hof zo veel waarde hecht aan een oude, informele toelichting op de Berner Conventie en met geen woord rept over de nieuwe interpretatie-gids uit 2003. Die kwam er om de verhoudingen tussen de Berner Conventie en nieuwe internationale auteursrecht verdragen, zoals de WCT, uit te leggen. De Auteursrechtlijn implementeert (onder meer) de WCT. Ten tijde van de *SGAE*-zaak

57 *Amstelveense Kabel I*, par. 5.

58 Belgische Hof van Cassatie 3 september 1981, Pas, 1982, I, 8, *GRUR Int.* 1982: 448 (*Coditel/Ciné Vog Films*).

59 Schweizerische Bundesgericht 20 March 1984, *GRUR Int.* 1985, 412 (Gemeinschaftsantenne Altdorf/SUISA-Suissimage); Swiss Supreme Court 20 January 1981, *GRUR Int.* 1981: 642 (*ORF/PIT en Rediffusion SA*).

60 1978 Gids, para 11bis11.

61 Conclusie A-G La Pergola (*Egeda*), par. 21.

bestond deze nieuwe gids al bijna drie jaar. Toch heeft het Hof zijn beslissing enkel gebaseerd op de oude versie.

Ook staat het 'nieuw publiek' criterium op gespannen voet met de Europese uitputtingsleer. Uitputting is van toepassing op het distributierecht en houdt in dat een rechthebbende geen zeggenschap meer heeft over de exploitatie van een exemplaar van een werk, nadat hij het exemplaar rechtmatig (of met zijn toestemming) op de Europese markt heeft gebracht.⁶² Met andere woorden, het exclusieve recht van de rechthebbende is door de verkoop van een werk uitgeput. De gedachte achter de uitputtingsleer is dat een rechthebbende niet de mogelijkheid moet hebben om het exemplaar van een werk nog verder te exploiteren, nadat hij dat heeft verkocht omdat hij door de verkoop al de gehele economische waarde heeft verkregen. De rechthebbende heeft door middel van de verkoop voldoende gelegenheid gehad om een passende vergoeding voor zijn creatief werkt te verkrijgen.⁶³ Ook beoogt de uitputtingsleer ruimte te bieden voor het vrije verkeer van goederen.⁶⁴

Het vraagstuk van de uitputting is niet van toepassing op het mededelingsrecht. Dit staat expliciet in art. 3(3) ARI en volgt uit *Coditel I*, een zaak betreffende grensoverschrijdende doorgiften van televisie-uitzendingen.⁶⁵ In deze zaak oordeelde het Hof dat een mededeling aan het publiek een dienst is en dat diensten niet onderworpen zijn aan de uitputtingsleer. Op grond van art. 3(3) ARI hebben rechthebbenden het recht om, binnen de door de wet gestelde grenzen, iedere mededeling aan het publiek te verbieden.⁶⁶

Het 'nieuw publiek' criterium lijkt overeen te komen met de uitputtingsregel in het distributierecht.⁶⁷ Het Hof beschouwt alle internetgebruikers als één publiek voor vrij toegankelijke werken op het internet.⁶⁸ Indien een werk door de rechthebbende (of met zijn toestemming) vrij toegankelijk op het internet is gezet dan zullen secundaire immateriële exploitaties van het werk op het internet geen 'nieuw publiek' bereiken. De rechthebbende kan een dergelijke nieuwe openbaarmaking op het internet dus niet verbieden, zelfs niet als de wederdoorgifte door een andere organisatie gebeurt. Hoewel de rechthebbende nog steeds zeggenschap heeft over onrechtmatige reproducties of mededelingen aan het publiek via 'andere technische omstandigheden' (zoals kabeldoorgifte), heeft de rechthebbende geen controle meer over mededelingen aan het publiek op het internet.

Het 'nieuw publiek' criterium lijkt dus een effect te hebben dat materieel gelijk is aan uitputting: de rechthebbende heeft geen zeggenschap meer over secundaire verspreiding van immateriële 'exemplaren' op het web. In andere woorden: de online exploitatie is uitgeput. Een dergelijk effect zou op gespannen voet staan met de Auteursrecht-richtlijn en met de jurisprudentie van het Hof. Daaruit blijkt dat de rechthebbende zeggenschap heeft over *iedere* mededeling aan het publiek, binnen de door de wet gestelde grenzen zoals uiteengezet in de beperkingen en restricties. Zo'n enge interpretatie van het recht op mededeling aan het publiek kan verstrekkende gevolgen hebben: het internet is immers een van de belangrijkste middelen om een werk openbaar te maken aan een (wereldwijd) publiek.

Een teleologische analyse

De teleologische analyse onderzoekt of het criterium strookt met de bedoelingen van de EU-wetgever ten tijde van de totstandkoming van de Auteursrecht-richtlijn. In deze richtlijn heeft de EU-wetgever voor het eerst het algemene recht van mededeling aan het publiek vastgelegd, het recht waarvan het omstreden 'nieuw publiek' criterium onderdeel is gaan uitmaken. Het toetsingskader in deze teleologische analyse is afgeleid uit de overwegingen van de richtlijn en de toelichting (Explanatory Memorandum). De toelichting is een document van de Europese Commissie, maar kan wel degelijk gebruikt worden om de bedoelingen van de EU-wetgever af te leiden aangezien veel doelstellingen in de toelichting terugkomen in de overwegingen van de richtlijn. Daarnaast komen de hierna geformuleerde doelstellingen (de vijf criteria) terug in veel jurisprudentie van het Hof. Ook zijn deze criteria eerder gehanteerd in een onderzoek naar de beoordeling van de implementatie van de Auteursrecht-richtlijn in nationale rechtsordes.⁶⁹ Het toetsingskader bestaat uit vijf criteria: (1) de bepalingen moeten in overeenstemming zijn met het internationale recht, (2) er moet sprake zijn van een hoog beschermingsniveau van de rechthebbende, (3) het recht moet technologische ontwikkelingen stimuleren, (4) er moet een redelijk evenwicht tussen de belangen van de rechthebbenden en gebruikers bereikt worden, en (5) de rechtszekerheid moet gewaarborgd worden.⁷⁰

Aan het eerste vereiste van de teleologische analyse voldoet het 'nieuw publiek' criterium niet, zoals in de internationale analyse is besproken. Ook aan het tweede en vierde criterium is niet voldaan. Het 'nieuw publiek' criterium

62 Overweging 28 ARI.

63 M. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam. Over het UsedSoft/Oracle-arrest van het HvJ EU en de verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving', *AMI* 2013/2, p. 56 (hierna: Senftleben 2013).

64 Senftleben 2013, p. 56.

65 HvJEU 18 maart 1980, C-62/79 (*Coditel I*).

66 Toelichting, p. 21.

67 ALAI 2014; ALAI Executive Committee, 'Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the Internet', 17 juni 2015 (hierna: ALAI 2015); Ficsor 2014; Rosen 2015.

68 *Svensson*, par. 27.

69 Een vergelijkbare test is gebruikt in L. Guibault, G. Westkamp & T. Rieber-Mohn, 'Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society', Rapport voor de Europese Commissie, DG Internal Market, februari 2007, Amsterdam Law School Research Paper nr. 2012-28, Institute for Information Law Research Paper nr. 2012-23, p. 5-6.

70 Deze criteria zijn afgeleid van overwegingen 2, 7 en 23 ARI en de Toelichting.

heeft immers als gevolg dat de immateriële exploitatierechten van de rechthebbende op het internet zijn uitgeput nadat een werk vrij toegankelijk online is gezet. Als gevolg wordt de online exploitatie van een werk bemoeilijkt. Dit brengt geen hoog beschermingsniveau voor de rechthebbende met zich mee, integendeel, het beschermingsniveau wordt beperkt. De exploitatierechten van de rechthebbende worden sterk benadeeld ten opzichte van de rechten van de internetgebruikers aangezien zij eenvoudig toegang hebben tot een werk en hiervan – binnen hetzelfde medium – vrij gebruik mogen maken. Dit geeft geen blijk van een redelijk evenwicht tussen de belangen van rechthebbenden en de belangen van gebruikers van een werk.

Rechtszekerheid, het vijfde criterium, wordt met het ‘nieuw publiek’ criterium ook niet gediend. Het ‘nieuw publiek’ is door het Hof gedefinieerd als een publiek dat de rechthebbende niet in *gedachten* had toen door hem toestemming werd verleend voor een eerdere openbaarmaking. De intentie van de rechthebbende is doorslaggevend en dit is een subjectief vereiste. Dit subjectieve element brengt onzekerheid met zich mee: hoe kan een internetgebruiker beoordelen welk publiek een rechthebbende in *gedachten* had toen een werk op het vrije internet werd geplaatst? Het criterium roept veel nieuwe vragen op. Hoe kan een rechthebbende zijn *intentie objectief* kenbaar maken en hoe ver reiken de *gedachten* van de rechthebbende? Kan een rechthebbende een publiek beperken door technische restricties aan te brengen, bijvoorbeeld door gebruik van een betaalmuur of inlogcode? En is het ook mogelijk om het publiek op een contractuele manier te beperken, zoals via een clausule in de algemene voorwaarden van een website, of met een Creative Commons licentie?⁷¹

Een ander vraagstuk rond rechtszekerheid heeft betrekking op content die niet met toestemming van de rechthebbende op het internet is geplaatst. Is het plaatsen van een hyperlink naar onrechtmatige content die vrij toegankelijk op het internet staat een mededeling aan een ‘nieuw publiek’? Deze vraag is gesteld aan het Hof in *GS Media*. Indien, net als in de *Svensson*, het ‘nieuw publiek’ criterium doorslaggevend is, dan dient het Hof te beoordelen of de internetgebruikers een ander publiek zijn dan het publiek dat de rechthebbende in aanmerking nam bij een eerdere openbaarmaking. De crux in deze zaak is dat er geen sprake is van een eerdere openbaarmaking. Wat betekent dit voor het ‘nieuw publiek’ criterium? Uit de vele nieuwe vragen die het criterium oproept blijkt dat de rechtszekerheid niet is gediend.

Aan het derde criterium van de teleologische analyse – het stimuleren van technologische ontwikkelingen –

wordt waarschijnlijk wel voldaan. Het ‘nieuw publiek’ vereiste doet niets af aan het technologie-neutrale karakter van het mededelingsrecht. Echter, gezien de vele tekortkomingen van het criterium kan gesteld worden dat het ‘nieuw publiek’ vereiste niet voldoet aan de bedoelingen van de EU-wetgever ten tijde van de totstandkoming van het mededelingsrecht in de ARI.

Conclusie

De vele kritische reacties op het ‘nieuw publiek’ criterium zijn, zo blijkt uit de internationale, Europese en teleologische analyse, terecht. Het criterium is in strijd met de totstandkomingsgeschiedenis van art. 11bis(1)(ii) BC en met nationale interpretaties van dit artikel in Nederland, België en Zwitserland. Het criterium is in 1948 tijdens de Brusselse herzieningsconferentie van de Berner Conventie expliciet afgewezen omdat het – zoals de Hoge Raad dit zo mooi formuleert – ‘te vaag’ is. Daarnaast heeft het Hof het ‘nieuw publiek’ criterium gebaseerd op een onjuiste interpretatie van art. 11bis(1) BC en staat het op gespannen voet met de uitputtingsleer in het Europees recht. Op het internet heeft het ‘nieuw publiek’ vereiste hetzelfde effect als uitputting: de rechthebbende heeft namelijk niet meer de mogelijkheid om zeggenschap uit te oefenen over secundaire doorgiften van het werk op het internet. Ten slotte druist het criterium in tegen de bedoelingen van de EU-wetgever van de Auteursrechtlijn doordat het criterium (1) geen hoog beschermingsniveau voor de rechthebbende biedt, (2) geen redelijk evenwicht tussen de belangen van de rechthebbende en gebruikers garandeert en (3) geen rechtszekerheid waarborgt.

De internationale, Europese en teleologische analyse pleit voor afschaffing van het ‘nieuw publiek’ criterium. Het criterium speelt – zo blijkt uit *Svensson* en de andere hyperlink-zaken – een cruciale rol bij de toepassing van het mededelingsrecht op het internet. Dit betekent dat een nieuwe interpretatiemethode gevonden moet worden voor digitale vraagstukken. De aanhangige zaak *GS Media* lijkt bij uitstek geschikt om een nieuwe methode toe te passen. A-G Wathelet heeft in zijn conclusie alvast een aanzet gegeven voor een nieuwe wending.

Wathelet neemt in zijn conclusie afstand van de *Svensson*-jurisprudentie en oordeelt dat hyperlinks überhaupt niet onder het auteursrecht vallen aangezien er geen sprake is van een ‘handeling bestaande uit een mededeling’. Deze conclusie komt grotendeels overeen met de opinie van de European Copyright Society (‘ECS’) waarin betoogd werd dat voor een handeling bestaande uit een mededeling een ‘transmissie’ vereist is.⁷² Dit vereiste is noodzakelijk, zo betoogde ECS, om te voorkomen dat het mededelingsrecht

71 Met een Creative Commons licentie behoudt de auteur zijn rechten, maar geeft hij anderen toestemming om een werk te verspreiden, een werk met anderen te delen of zelfs een werk te bewerken. Creative Commons licenties zijn standaardlicenties die het gemakkelijker maken voor een auteur om kenbaar te maken

welke rechten hij voorbehoudt. L. Guibault & J.P. Quintais, ‘Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU’, *IRISPlus*.

72 L. Bently et al., ‘European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson’, 15 februari 2013, par. 25-26.

een algemeen toegangsrecht wordt. Een hyperlink ‘*merely provide the viewer with information as to the location of a page that the user can choose to access or not*’ en er vindt geen transmissie plaats, aldus ECS.⁷³

Wathelet betoogt ook dat er geen sprake is van een mededeling aan het publiek omdat er méér vereist is om een mededeling tot stand te brengen, namelijk een ‘*onontbeerlijke interventie*’.⁷⁴ Deze eis is nieuw. Tot nu toe speelde het onontbeerlijksvereiste enkel een rol bij de vaststelling van een ‘nieuw publiek’.⁷⁵ Eisen dat sprake is van een onontbeerlijke interventie maakt dat voor een geslaagd beroep door de rechthebbende op art. 3(1) ARI een hoge drempel geldt. Het is de vraag of deze uitleg strookt met de doelstelling van de ARI om een hoog beschermingsniveau voor de rechthebbende te garanderen.⁷⁶

Wathelet overweegt ten slotte dat voor een uitbreiding van het recht van mededeling aan het publiek – zodat het van toepassing is op hyperlinks – tussenkomst van de EU-wetgever vereist is. Het is niet aan het Hof om het mededelingsrecht op een dergelijke manier uit te breiden.⁷⁷ Met deze overweging lijkt Wathelet te doelen op dat het recht van mededeling aan het publiek enkel zou moeten zien op ‘primaire’ auteursrechtinbreuken, ‘secundaire’ inbreuken zijn onderworpen aan een ander rechtssysteem, bijvoorbeeld onrechtmatige daad.

Dit is een interessante overweging die lijkt te stroken met de daadwerkelijke essentie van het recht van mededeling aan het publiek. Voor een juiste toepassing van het mededelingsrecht is het belangrijk om terug te gaan naar de ratio van het recht.⁷⁸ Deze ratio is economisch van aard.⁷⁹ Het mededelingsrecht is gecreëerd om de rechthebbende de mogelijkheid te geven om *immateriële exploitaties* te beschermen.⁸⁰ Dit betekent dat als de exploitatiemogelijkheden van de rechthebbende niet geraakt worden, het auteursrecht niet van toepassing is.⁸¹ Wellicht zijn er in dat

geval andere verhaalmogelijkheden, zoals secundaire aansprakelijkheidsregimes, maar het auteursrecht biedt geen soelaas.

Een interpretatiemethode waarbij de ratio van het recht centraal staat – de exploitatie van een werk – is niet nieuw. In 1981 bepaalde de Hoge Raad dat doorgifte via de kabel een aparte exploitatie is ten opzichte van het uitzenden via de ether en aldus een nieuwe mededeling aan het publiek oplevert. Op een vergelijkbare manier oordeelde het Hof in *TVCatchup* dat streamen op het internet een aparte exploitatievorm is ten opzichte van analoge uitzending via de ether.

Op grond van deze normatieve interpretatiemethode kan betoogd worden dat het plaatsen van een normale hyperlink niet onder het auteursrecht valt, omdat een dergelijke handeling geen inbreuk maakt op de exploitatiemogelijkheden van een rechthebbende.⁸² Een hyperlink maakt een werk slechts beter vindbaar. Het recht van mededeling aan het publiek zou niet van toepassing moeten zijn op zulke faciliterende handelingen maar enkel moeten zien op ‘primaire’ auteursrechtinbreuken.⁸³ Deze conclusie is wellicht anders voor framed en embedded hyperlinks, links waarbij een werk wordt getoond op de website waar de hyperlink zich bevindt, terwijl in werkelijkheid het werk onttrokken wordt van een andere website. Hoe daadwerkelijk invulling gegeven moet worden aan deze interpretatiemethode verdient een uitgebreidere analyse en valt buiten de reikwijdte van dit artikel.⁸⁴

Het is duidelijk dat bij een nieuwe interpretatie van het recht van mededeling aan het publiek het ‘nieuw publiek’ criterium geen rol zou moeten spelen. Het hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht. Wathelet heeft de toepassing van het ‘nieuw publiek’ criterium in zijn conclusie in *GS Media* afgezwakt. Het is nu aan het Hof om deze nieuwe lijn voort te zetten.

73 ECS 2013, par. 36.

74 A-G Wathelet (*GS Media*), par. 57.

75 In *Svensson* bijvoorbeeld bepaalde het Hof dat als er sprake is van een ‘*een interventie [...] zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de verspreide werken*’, er sprake is van een nieuw publiek, zie *Svensson*, par. 31.

76 Overweging 4 en 9 ARI.

77 Wathelet, par. 79.

78 P.B. Hugenholtz, ‘Adapting Copyright to the Information Superhighway’, in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Information Law Series, The Hague: Kluwer Law International (1996), p. 87 (hierna: Hugenholtz 1996).

79 Hugenholtz 1996, p. 90.

80 Depreeuw 2014, p. 551; J.H. Spoor, ‘The copyright approach to copying on the Internet: (Over)stretching the reproduction right?’, in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Information Law Series, The Hague: Kluwer Law International (1996), p. 71.

81 Depreeuw 2014, p. 506; ALAI 2015, p. 10. Hugenholtz 1996, p. 90-91.

82 Depreeuw 2014, p. 466

83 Depreeuw 2014, p. 482.

84 Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitgebreid een economische interpretatiemethode te behandelen waarbij het exploitatie-criterium centraal staat. Voor een uitgebreidere analyse, zie mijn scriptie: ‘Communication to a New Public, A Critical Analysis of the CJEU’s ‘New Public’ Criterion in European Copyright Law’, beschikbaar via <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1744>.