

MyP2P – een simpele hyperlink zaak?

Sam C. van Velze¹

Citeersuggestie: S.C. van Velze, noot onder Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4524 (*MyP2P*), IER 2018/3.

Inleiding

The Football Association Premier League Limited (“Premier League”) en de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (“KNVB”) hebben een procedure gestart tegen MyP2P B.V. (“MyP2P”), omdat MyP2P zonder toestemming van de Premier League en de KNVB hyperlinks naar live streams van voetbalwedstrijden beschikbaar maakt op haar website. Volgens de Premier League en de KNVB is dit een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG).² Het recht van mededeling aan het publiek kent vele interessante, maar ook ingewikkelde uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJ EU”), met name over het plaatsen van hyperlinks.³

Op 17 oktober 2017 beoordeelt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (“Hof Den Bosch”) de handelwijze van MyP2P in het licht van de uitspraak van het HvJ EU in *GS Media*, een zaak over het plaatsen van hyperlinks naar illegale content.⁴ De vraag is echter of deze zaak een typische ‘hyperlink-zaak’ is, waarop de *GS Media* toets van toepassing is.

De feiten

Uit het arrest, het tussenarrest van 30 juni 2015⁵ en het vonnis van de Rechtbank Limburg van 26 maart 2014⁶ kunnen de volgende feiten worden gedestilleerd. MyP2P biedt een website aan waarmee gebruikers gratis live streams van voetbalwedstrijden kunnen bekijken. Deze live streams worden door MyP2P beschikbaar gesteld via hyperlinks. Door te klikken op een hyperlink wordt een gebruiker direct doorverwezen naar een venster waarop de live stream automatisch wordt afgespeeld. De live streams zijn afkomstig van niet-geautoriseerde derden, zo stelt het Hof Den Bosch vast.

Volgens het Hof Den Bosch is deze situatie vergelijkbaar met de situatie in *GS Media*. *GS Media* gaat over de vraag of het plaatsen van een hyperlink naar illegale content een mededeling aan het publiek is in de zin van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn. Toen de *MyP2P* zaak aanhangig was bij het Hof Den Bosch, had het HvJ EU alleen in *Svensson*, *BestWater* en *C-More* beslist dat het plaatsen van een hyperlink naar rechtmatige content een mededeling aan het publiek is, als daarmee een ‘nieuw publiek’ wordt bereikt.⁷ Onduidelijk was toen nog of deze regel ook geldt voor het plaatsen van hyperlinks naar illegale content, en zo ja, hoe het criterium van een ‘nieuw publiek’ geïnterpreteerd moet worden.

Het Hof Den Bosch besluit in het tussenarrest van 30 juni 2015 de uitspraak van het HvJ EU in *GS Media* af te wachten. De vraag is echter of dit de juiste beslissing is en of de handelwijze van MyP2P vergelijkbaar is met het plaatsen van een hyperlink.

¹ Sam C. van Velze is advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam.

² 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.

³ HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12 (*Svensson*); HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13 (*BestWater*); HvJ EU 26 maart 2015, C-279/13 (*C-More*); HvJ EU 8 september 2016, C-160/15 (*GS Media*); HvJ EU 26 april 2017, C-527/15 (*Filmspeler*); HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15 (*Brein v Ziggo en XS4ALL*).

⁴ Hof Den Bosch 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4524 (*MyP2P*) en HvJ EU 8 september 2016, C-160/15 (*GS Media*).

⁵ Hof Den Bosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2434 (*MyP2P*).

⁶ Rb. Limburg 26 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2781 (*MyP2P*), r.o. 4.20.

⁷ HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12 (*Svensson*); HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13 (*BestWater*); HvJ EU 26 maart 2015, C-279/13 (*C-More*).

De feiten uit het arrest van het Hof Den Bosch en het vonnis van de Rechtbank Limburg geven hier geen eenduidig antwoord op. Hieruit kunnen namelijk twee verschillende situaties worden afgeleid:

1. De hyperlink op de website van MyP2P verwijst naar een live stream van een niet-geautoriseerde derde, die ook op de website van deze derde voor internetgebruikers beschikbaar is. In deze situatie plaatst MyP2P een ‘gewone’ hyperlink naar de live stream;
2. De hyperlink verwijst naar een live stream, die door een niet-geautoriseerde derde alleen aan MyP2P is verstrekt. In deze situatie linkt MyP2P niet naar een werk dat beschikbaar is op een andere website, maar maakt zij de live stream voor het eerst openbaar op het internet. Deze situatie is niet vergelijkbaar met het plaatsen van een ‘gewone’ hyperlink. MyP2P maakt het werk namelijk voor het eerst toegankelijk via een ander medium, oftewel via een ‘andere technische werkwijze’.

De eerste situatie is een typische hyperlink-zaak waarop *GS Media* van toepassing is. Voor de tweede situatie is echter een andere toets vereist, namelijk de *TVCatchup* toets. In de *TVCatchup* uitspraak overweegt het HvJ EU dat als een mededeling aan het publiek plaatsvindt via een ‘andere technische werkwijze’ (bijvoorbeeld doorgifte via de satelliet en beschikbaarstelling via het internet), het ‘nieuw publiek’ criterium niet van toepassing is.⁸ Beide toetsen worden hieronder verder toegelicht.

1. De *GS Media* toets

GS Media is de eerste zaak waarin het HvJ EU zich uitlaat over het plaatsen van hyperlinks naar illegale content. In deze zaak, overweegt het HvJ EU dat een “*geïndividualiseerde beoordeling*” vereist is, waarbij “*meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria*” in “*zeer wisselende intensiteit*” een rol spelen. Deze criteria moeten “*zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast*”. Het HvJEU identificeert de volgende criteria:

- Een mededelingshandeling. Hiervan is sprake als de hyperlink-plaatser “*met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermd werk, met name daar deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk*”.⁹ Dit vereiste wordt ruim uitgelegd. Het enkel toegankelijk maken van een werk is voldoende.
- Een publiek. Oftewel een “*onbepaald aantal potentiële ontvangers*” dat een “*vrij groot aantal personen impliceert*”.¹⁰
- Een nieuw publiek. Te weten “*een publiek dat door de houders van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek*”. Hiervan lijkt bij het plaatsen van een hyperlink naar illegale content vrij snel sprake te zijn.
- Wetenschap. Hierbij gaat het om kennis van het onrechtmatige karakter van een werk waarnaar wordt gelinkt.
- Winstoogmerk. Als hiervan sprake is dan wordt het hebben van kennis vermoed.

⁸ HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11 (*TVCatchup*), par 39.

⁹ *GS Media*, par. 35.

¹⁰ *GS Media*, par 36.

Volgens het HvJ EU moeten de criteria soms afzonderlijk en soms in onderling verband worden toegepast. In *GS Media* past het HvJ EU de mededelingshandeling in onderling verband met het wetenschaps criterium toe. Volgens het HvJ EU is het hebben van wetenschap namelijk een belangrijk vereiste om te beoordelen of een “*interventie*” met “*volledige kennis*” van de gevolgen is verricht. Daarnaast valt op dat het wetenschapsvereiste in deze zaak het meeste gewicht toekomt, terwijl in de *Svensson*-toets het ‘nieuw publiek’ criterium doorslaggevend is.¹¹

In *Filmspeler*¹² en *Brein/Ziggo*¹³ lijkt het HvJ EU deze lijn te bevestigen. In deze uitspraken wordt de mededelingshandeling nog verder opgerekt. In *Filmspeler* overweegt het HvJ EU dat de verkoop van een mediaspeler met daarop vooraf geïnstalleerde hyperlinks een mededeling is. Ook het faciliteren van een platform waarop gebruikers via *torrents* bestanden met elkaar kunnen delen is een mededeling, zo volgt uit *Brein/Ziggo*. Verder worden vergelijkbare overwegingen als in *GS Media* toegepast.

Opmerkelijk is echter dat het HvJ EU in *Brein/Ziggo* het wetenschaps criterium in onderling verband beoordeeld met het ‘nieuw publiek’ criterium en niet met de mededelingshandeling.

“In ieder geval komt uit het verwijzingsarrest naar voren dat de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB wel moesten weten dat dit platform toegang biedt tot werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd, gelet op de uitdrukkelijk door de verwijzende rechter benadrukte omstandigheid dat een zeer groot deel van de torrent-bestanden op het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB verwijst naar werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd. In die omstandigheden moet worden overwogen dat sprake is van mededeling aan een „nieuw publiek”.”¹⁴ (onderstreping auteur)

Hieruit leid ik af dat het HvJ EU nog niet geheel comfortabel is met het nieuwe wetenschaps criterium. Dit is ook niet gek, omdat het bewustzijn van de inbreukmaker voorheen nooit een rol heeft gespeeld bij de beoordeling of sprake is van een inbreuk op een exclusief recht.¹⁵ Wetenschap speelt daarentegen wel een belangrijke rol bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van tussenpersonen, zoals in de *safe harbour* bepalingen uit de e-Commerce Richtlijn (Richtlijn 2000/31/EG).¹⁶ Daarnaast kan het criterium relevant zijn voor de omvang van de schade.

2. De TVCatchup toets

In de tweede situatie, linkt de hyperlink naar een live stream die door een niet-geautoriseerde derde alleen voor MyP2P toegankelijk is gemaakt. Dit betekent dat de derde de live stream verstrekt aan MyP2P, maar MyP2P vervolgens degene is die de live stream via haar website toegankelijk maakt aan het gehele internetpubliek. Met andere woorden, MyP2P maakt de live stream voor het eerst openbaar op het internet.

¹¹ Terwijl het nieuw publiek criterium eigenlijk niet thuishoort in het recht van mededeling aan het publiek, zie S.C. van Velze, ‘Het ‘nieuw publiek’ criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht’, *AMI* 2016/3, p. 57-66.

¹² HvJEU 26 april 2017, C-527/15 (*Filmspeler*).

¹³ HvJEU 14 juni 2017, C-610/15 (*Brein v Ziggo en XS4ALL*).

¹⁴ HvJEU 14 juni 2017, C-610/15 (*Brein v Ziggo en XS4ALL*), par. 45.

¹⁵ P.B. Hugenholtz & S.C. van Velze, ‘Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a ‘new public’’, *IIC* 2016/47, nr. 7, p. 797-816; HvJEU 8 september 2016, C-160/15 (*GS Media*), m.nt. Koelman, *AMI* 2016/5, p. 138-139.

¹⁶ Artikel 12-15 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 markt.

In deze situatie ga ik ervan uit dat de Premier League en de KNVB de voetbalwedstrijden alleen openbaar maken via televisie-uitzendingen en niet ook op het internet.¹⁷ De feiten geven hiertoe namelijk geen aanleiding.

Deze situatie is vergelijkbaar met de situatie in *TVCatchup*. Deze zaak ging over een aanbieder van een gratis internet streaming dienst voor televisieprogramma's, genaamd TVCatchup. De crux in deze zaak was dat de gebruikers van TVCatchup enkel van de dienst gebruik konden maken indien zij een geldige kijkvergunning hadden in het Verenigd Koninkrijk. De gebruikers van de dienst konden de televisieprogramma's die TVCatchup streamde dus al op een andere manier raadplegen en waren strikt genomen geen 'nieuw publiek'.

Het HvJ EU oordeelt in deze zaak dat de doorgifte van TVCatchup via het internet wordt verricht onder specifieke technische omstandigheden die verschillen van de oorspronkelijke mededeling, namelijk de doorgifte via zendmasten. In dit geval is niet vereist 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.”¹⁸

Kortom, als het criterium van 'andere technische werkwijze' van toepassing is, is het 'nieuw publiek' criterium irrelevant.

Als de tweede situatie van toepassing is, dan maakt MyP2P de live streams beschikbaar via technische omstandigheden die verschillen van de oorspronkelijke openbaarmaking. In dit geval is de 'oorspronkelijke openbaarmaking' de openbaarmaking van de Premier League en de KNVB via de televisie-uitzendingen en niet – zoals in de eerste situatie – de openbaarmaking op het internet van de niet-geautoriseerde derde.

In deze situatie had het Hof Den Bosch de uitspraak van het HvJ EU in *GS Media* niet hoeven af te wachten.¹⁹ Het 'nieuw publiek' criterium is namelijk niet van toepassing. Het Hof Den Bosch heeft, echter, nagelaten te beoordelen of de mededeling van MyP2P wordt verricht via een andere technische werkwijze.

Dit is opvallend, omdat het vonnis van de Rechtbank Limburg hiervoor wel aanknopingspunten geeft. De rechtbank overweegt in rechtsoverweging 39 het volgende.

“Het begrip “mededeling aan het publiek” uit artikel 3 van de richtlijn betreft handelingen waarbij onderscheid moet worden gemaakt tussen de bron van de mededeling - als hoedanig in dit geval heeft te gelden de beeldverslagen, zoals die aan gedaagde door derden zijn

¹⁷ Dit betekent dat in het licht van paragraaf 52 van *GS Media*, niet onderzocht hoeft te worden of de Premier League en de KNVB de voetbalwedstrijden op een andere website rechtmatig openbaar hebben gemaakt. Paragraaf 52 luidt namelijk: “Niettemin zou er bij gebreke van een nieuw publiek geen sprake zijn van een mededeling aan het „publiek” in de zin van die bepaling, in het [...] geval waarin de werken waartoe via die hyperlinks toegang kan worden verkregen, met toestemming van de rechthebbende vrij beschikbaar zijn gesteld op een andere website.” (onderstreping auteur)

¹⁸ *TVCatchup*, par 39.

¹⁹ Geerts stelt dit ook in zijn annotatie onder de tussenuitspraak van het Hof Den Bosch, zie Hof Den Bosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2434 (*MyP2P*), m.nt. P. Geerts, *IER* 2015/55 en *IER* 2016/56 (p. 393-407).

aangeboden - en de plaats waar de beeldverslagen “geconsumeerd” worden. Om dit laatste (de doorgifte of wederdoorgifte) gaat het; mededeling aan het publiek heeft volgens de richtlijn geen betrekking op enige andere handeling. Bovendien is gedaagde in haar eentje niet aan te merken als publiek in de zin van de richtlijn omdat het begrip publiek een onbepaald aantal potentiële kijkers inhoudt, dat een vrij groot aantal personen impliceert. Niet degenen die de live-streams aan gedaagde aanboden, maar de gedaagde stelde deze beschikbaar aan het publiek en maakte die streams dus openbaar.²⁰

Hieruit volgt dat de niet-geautoriseerde derden de live streams niet zelf openbaar maken op hun websites, maar slechts aan MyP2P verstrekken. Van een ‘typische’ hyperlink-zaak lijkt op grond van deze overweging geen sprake.

Het ‘andere technische werkwijze’ criterium wordt vaker over het hoofd gezien, ook door het HvJ EU. In *AKM* bijvoorbeeld, oordeelt het HvJ EU dat sprake is van een doorgifte via een ander technisch middel dan de oorspronkelijke mededeling. Toch overweegt het HvJ EU dat onderzocht moet worden of de mededeling is bestemd voor een ‘nieuw publiek’. Het HvJ EU lijkt deze uitspraak weer recht te zetten in het meest recente arrest over het recht van mededeling aan het publiek: *VCast*.²¹

“48. In de tweede plaats gebeuren de originele doorgifte door de radio-omroep enerzijds, en de doorgifte door de verrichter van de diensten als aan de orde in het hoofdgeding anderzijds, onder specifieke technische omstandigheden en op een andere manier en is elk van die doorgiften op een eigen publiek gericht (zie in die zin arrest van 7 maart 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, C-607/11, EU:C:2013:147, punt 39).

49. De vermelde uitzendingen zijn dus verschillende mededelingen aan het publiek. Bijgevolg moeten de betrokken rechthebbenden voor elk van die uitzendingen hun toestemming geven.

50. Bijgevolg moet niet meer worden onderzocht of het door deze mededelingen geïmagineerde publiek identiek is en, zo nodig, of het door de verrichter van de diensten als aan de orde in het hoofdgeding geïmagineerde publiek een nieuw publiek is (zie in die zin arrest van 7 maart 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, C-607/11, EU:C:2013:147, punt 39).²²

De *TVCatchup* regel is dus nog steeds van toepassing en houdt in dat als een werk wordt medegedeeld via een andere technische werkwijze, het ‘nieuw publiek’ criterium niet van toepassing is.

De uitspraak van het Hof Den Bosch

Zoals gezegd analyseert het Hof Den Bosch de handelwijze van MyP2P slechts in het licht van de *GS Media* uitspraak en komt het, kort gezegd, tot de conclusie dat MyP2P met het plaatsen van de hyperlinks op haar website de beschermde werken van de Premier League en de KNVB beschikbaar stelt aan een nieuw publiek. Ook vermoedt het Hof Den Bosch dat aan het wetenschaps criterium is voldaan, omdat MyP2P handelt met een winstoogmerk. Zodoende maakt MyP2P inbreuk op de auteursrechten van de Premier League en de KNVB. Het Hof Den Bosch benadrukt echter dat het hebben van kennis slechts wordt vermoed en geeft MyP2P de mogelijkheid om dit voorshands vermoeden te ontzenuwen door het leveren van tegenbewijs.

²⁰ Rb. Limburg 26 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2781 (*MyP2P*), r.o. 4.20.

²¹ HvJ EU 29 november 2017, C-265/16 (*VCast*).

²² *VCast*, par. 48-50.

Gelet op het voorgaande, lijkt dit echter niet zo een simpele hyperlink-zaak. Naar mijn mening zijn er aanknopingspunten om te onderzoeken of de live streams beschikbaar worden gemaakt via een andere technische werkwijze. Als hiervan sprake is, dan blijft de uitkomst in deze zaak ongewijzigd: MyP2P maakt nog steeds inbreuk op de auteursrechten van de Premier League en de KNVB. Het zou echter wel bijdragen aan de rechtszekerheid, omdat het Hof Den Bosch de uitspraken van het HvJ EU op de juiste wijze toepast. De uitspraken van het HvJ EU ten aanzien van het recht van mededeling aan het publiek zijn al onvoorspelbaar en ingewikkeld. Als nationale rechters deze uitspraken ook nog op verschillende manieren gaan toepassen in hun nationale stelsels,²³ is het voor internetgebruikers erg lastig om in te schatten wat online wel en niet is toegestaan.

S.C. van Velze

²³ In Duitsland worden de uitspraken van het HvJ EU ook al op een andere wijze toegepast. Het *Bundesgerichtshof* overweegt dat voor zoekmachines niet de regel opgaat dat bij winstoogmerk wetenschap wordt vermoed. Zoekmachines vervullen volgens het *Bundesgerichtshof* namelijk een speciale rol voor het functioneren van het internet. Der Bundesgerichtshof 21 september 2017, ZR 11/16 (*Vorschaubilder III*).