CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 8 december 2016 [1]

Zaak C-527/15

Stichting Brein
tegen
Jack Frederik Wullems, die optreedt onder de naam Filmspeler

[verzoek van de rechtbank Midden-Nederland (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Auteursrecht en naburige rechten — Informatiemaatschappij — Begrip ‚mededeling aan het publiek' — Reproductierecht — Beperkingen en restricties"

1. Het recht van auteurs om mededeling van hun werk aan het publiek toe te staan, vastgesteld in artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG [2], kan worden aangetast door links die de internetgebruiker vanaf bepaalde websites doorsturen naar andere websites, indien er geen rechtvaardig evenwicht wordt bereikt tussen de eerbiediging van de intellectuele eigendom en de vrije ontwikkeling van de informatiemaatschappij. De hyperlinks [3] vormen binnen deze context een van de wezenlijke elementen van internet, omdat zij onontbeerlijk zijn bij het surfen op websites. Zij kunnen echter ook leiden tot inbreuk op auteursrechten.

2. Het Hof, dat zich al dikwijls over het begrip „mededeling aan het publiek" had uitgesproken [4], heeft zeer onlangs een belangrijk arrest [5] gewezen waarin het beoordeelt of daarvan, in de zin van richtlijn 2001/29, sprake is wanneer een website een hyperlink bevat die doorverwijst naar andere websites waarop digitaal materiaal [6] wordt getoond dat daarop is geplaatst zonder toestemming van de rechthebbenden, en waar de gebruiker op komt door enkel de hyperlink aan te klikken.

3. De eerste en de tweede prejudiciële vraag van de rechtbank Midden-Nederland (Nederland) in deze verwijzing komen gedeeltelijk overeen met de vragen die aanleiding gaven tot het arrest van 8 september 2016, GS Media. De Nederlandse rechter, bewust van het feit dat die zaak bij het Hof diende, heeft overwogen de bij hem aanhangige procedure te schorsen totdat het Hof uitspraak in de eerstgenoemde procedure zou hebben gedaan. Hij heeft er echter voor gekozen zich tot het Hof te

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn 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 (PB 2001, L 167, blz. 10).

3 — De term „hyperlink" wordt gebruikt als synoniem voor „link". Beide verwijzen in het kader van programmeertalen en elektronische documenten naar de verbinding die wordt gelegd tussen verschillende stukjes informatie. Door op de links te klikken worden „nodes" [netwerkknooppunten], tekstblokken, afbeeldingen, geluid of video onderling verbonden.

4 — Zie over de links en het begrip „mededeling aan het publiek" wanneer er sprake is van werken die op andere websites toegankelijk zijn, in het bijzonder het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76). De beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), past de redenering van het arrest Svensson toe op de framing-techniek, waarbij de gebruikers, door het aanklikken van een link, naar de site van een derde worden doorgeleid waar het werk verschijnt, en de indruk wordt gewekt dat het deel uitmaakt van de inhoud van die pagina.

5 — Arrest van 8 september 2016, GS Media (C-160/15; hierna: „arrest GS Media", EU:C:2016:644).

6 — Hoewel in de wetsteksten over dit onderwerp wordt gesproken van „werken" zal ik ook, met dezelfde betekenis, de uitdrukking „digitaal materiaal" gebruiken en in deze context met beide verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal.

wenden vóór diens uitspraak in het arrest GS Media omdat, in zijn bewoordingen [7], toch wel wat verschillen tussen beide zaken bestaan. Het belangrijkste verschil betreft het feit dat „in de onderhavige zaak geen hyperlinks worden geplaatst op een eigen website, maar add-ons met hyperlinks worden geïnstalleerd in de mediaspeler van Wullems […]".

4. Als, zoals ik voorstel, het arrest GS Media toegepast kan worden op de onderhavige zaak, is het voldoende om naar de in dit arrest vastgestelde doctrine te verwijzen en vervolgens te onderzoeken of er eveneens sprake is van een mededeling aan het publiek wanneer een mediaspeler wordt verkocht waarin bepaalde software (met extensies of add-ons) is geïnstalleerd, waarmee de eindgebruiker wordt doorgeleid naar websites die digitaal materiaal verspreiden zonder toestemming van de auteursrechthebbende.

5. De rechter a quo heeft bovendien andere vragen (derde en vierde vraag) gesteld, die niet zozeer betrekking hebben op het technisch medium of het reproductiedevice als wel op de bescherming van het auteursrecht – en de daarmee samenhangende onrechtmatigheid van gedrag dat met het auteursrecht in strijd is – wanneer de eindgebruiker via streaming [8] en zonder toestemming van de rechthebbende beschermd digitaal materiaal ontvangt waartoe hij toegang heeft via een hyperlink.

I – **Toepasselijke bepalingen** A –*Richtlijn 2001/29*

6. De harmonisatie van de regelgeving van de lidstaten inzake intellectuele eigendom is hoofdzakelijk tot stand gebracht door richtlijn 93/98/EEG [9], die vervolgens is gewijzigd en ingetrokken bij richtlijn 2006/116/EG [10], die de voorgaande versies codificeert. Een van deze wijzigingen had als doel om via richtlijn 2001/29 de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in de zogenoemde informatiemaatschappij te regelen.

7. Overweging 23 luidt:

„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. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling."

8. Overweging 27 zegt het volgende:

„De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn."

7 — Punt 6.14 van de verwijzingsbeschikking.

8 — Het arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a. (C-607/11, EU:C:2013:147), ging over de ontvangst van digitaal materiaal, meestal van geluid of video, door middel van streaming (dat wil zeggen zonder het op te slaan of te kopiëren in de geheugens van de verschillende devices, maar enkel in de databuffer).

9 — Richtlijn van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB 1993, L 290, blz. 9).

10 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB 2006, L 372, blz. 12).

9. Overweging 31 luidt:

„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. […]”

10. Volgens overweging 33 geldt:

„Er moet in een beperking op het uitsluitende reproductierecht worden voorzien, teneinde bepaalde reproductiehandelingen van voorbijgaande of incidentele aard mogelijk te maken, die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en uitsluitend worden uitgevoerd ten behoeve van hetzij de efficiënte doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, hetzij het geoorloofde gebruik van een beschermd werk of ander materiaal. De betrokken reproductiehandelingen mogen op zich geen economische waarde bezitten. Voor zover zij aan deze voorwaarden voldoen, moet deze beperking ook gelden voor handelingen die elektronisch bladeren (browsing) en caching mogelijk maken, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen, op voorwaarde dat de tussenpersoon de informatie niet modificeert en niet intervenieert bij het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatig gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie. Het gebruik wordt als geoorloofd beschouwd indien het door de rechthebbende is toegestaan of niet bij wet is beperkt.”

11. Artikel 2 bepaalt, onder het opschrift „Reproductierecht”:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken;

[…]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

12. Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, met het opschrift „Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek”, bepaalt in lid 1:

„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.”

13. Ten aanzien van de regulering van „[b]eperkingen en restricties” (zoals het opschrift van artikel 5 luidt) op de rechten van reproductie, mededeling aan het publiek en distributie, bepalen de leden 1 en 5 van artikel 5 het volgende:

„1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel:

a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, of

b) een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

[…]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad."

II – **Feiten en prejudiciële vragen**

14. Stichting Brein is een stichting tot bescherming van auteurs- en naburige rechten. Bij haar zijn, onder andere, verenigingen van producenten en importeurs van beeld- en geluidsdragers, filmproducenten, filmdistributeurs, multimediaproducenten en uitgevers aangesloten.

15. Jack Frederik Wullems heeft via verschillende websites (waaronder zijn eigen site, www.filmspeler.nl) verschillende modellen [11] van een mediaspeler onder de naam „filmspeler" aan het publiek aangeboden. De mediaspeler is een apparaat dat fungeert als medium tussen een bron van beeld- of geluidssignalen en een televisiescherm. De verschillen tussen deze modellen zijn technisch van aard, maar de werking is in wezen gelijk: als de filmspeler aan één kant wordt aangesloten op het internet en aan de andere kant op een scherm (bijvoorbeeld een televisiescherm) van de gebruiker, kan deze op dat scherm, door middel van streaming, beeld en geluid reproduceren dat afkomstig is van een website.

16. De hardware van de filmspeler is bij verschillende leveranciers te koop. Wullems heeft op zijn apparaten de open source software XBMC geïnstalleerd, waarmee in een eenvoudig bedienbare gebruikersinterface, via menustructuren, bestanden kunnen worden opgestart. De software is door eenieder te gebruiken. Hij heeft ook extensies (add-ons) toegevoegd, dat wil zeggen losse softwarebestanden die door derden worden gemaakt en vrijelijk te verkrijgen zijn op internet, en heeft deze geïntegreerd in de gebruikersinterface van de XBMC-software.

17. Deze add-ons bevatten hyperlinks die, indien aangeklikt, linken naar streamingwebsites die door derden worden beheerd, waarop gratis kan worden gekeken naar films, televisieseries en (live)sportwedstrijden, al dan niet met toestemming van de rechthebbenden. Het digitale materiaal begint automatisch te spelen zodra de bijbehorende hyperlink wordt aangeklikt. [12]

18. Veertien van deze add-ons [13] linkten naar films, series en (live) sportwedstrijden *zonder* toestemming van de rechthebbenden van het reproductierecht. Andere add-ons verwezen naar streamingwebsites waarop het digitale materiaal mét toestemming van de rechthebbenden toegankelijk was gemaakt. [14]

11 — Onder de namen Filmspeler X5 fully loaded; Filmspeler Compleet (Raspberry pi); Minix Neo X7; Filmspeler X90 fully loaded en Turbo Sd/usb configuratie.

12 — Het gaat dus, in IT-jargon, om „deep hyperlinks", en niet gewoon om links naar de startpagina van de websites van bestemming.

13 — Het betreft hier de add-ons 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com en Go TV.

14 — Zoals Youtube, Sports illustrated, Uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM en Soundcloud.

19. Wullems had geen invloed op de add-ons, wijzigde ze niet, en ook de gebruiker zelf kon ze op zijn mediaspeler installeren. Zowel op zijn eigen website (www.filmspeler.nl) als op sites van derden adverteerde Wullems met de volgende reclameteksten:

— „Nooit meer betalen voor films, series, sport, direct te bekijken zonder reclame en wachttijd (geen abonnementskosten, plug & play) Netflix is hiermee verleden tijd!

— Gratis films, series, sport kijken zonder te hoeven betalen? Wie wil dat nu niet?!

— Nooit meer naar de bioscoop dankzij onze geoptimaliseerde XBMC-software. Gratis HD films en series, inclusief films die recent in de bioscoop hebben gedraaid, dankzij XBMC."

20. Op 22 mei 2014 heeft Stichting Brein Wullems gesommeerd om de verkoop van de filmspeler te staken. Op 1 juli 2014 heeft zij Wullems voor de verwijzende rechter gedaagd en hem verzocht om een bevel tot staking van de verkoop van de apparaten, en van ieder aanbieden van de hyperlinks die de gebruikers onrechtmatig toegang gaven tot auteursrechtelijk beschermde werken.

21. De verzoekende stichting voerde ter ondersteuning van haar vordering aan dat Wullems door verkoop van de filmspeler een „mededeling aan het publiek" verrichtte, in strijd met de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet en de artikelen 2, 6, 7a en 8 van de Wet op de naburige rechten.

22. Naar het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland moeten de in de procedure aangevoerde Nederlandse bepalingen worden uitgelegd tegen de achtergrond van artikel 3 van richtlijn 2001/29, dat door de nationale bepalingen in Nederlands recht is omgezet. Gegeven het feit dat partijen in het hoofdgeding het oneens zijn over de vraag of Wullems met de verkoop van de mediaspeler probeert een „nieuw publiek" te bereiken in de zin van de rechtspraak van het Hof, meent de verwijzende rechter dat noch het arrest Svensson e.a.[15], noch de beschikking in de zaak BestWater International[16] voldoende elementen bevat om dit geschil op te lossen. Naar zijn mening blijft er dus een redelijke twijfel bestaan over de vraag of er sprake is van een mededeling aan het publiek wanneer het werk weliswaar eerder al is openbaar gemaakt, maar zonder toestemming van de auteursrechthebbende.

23. Verder ziet de verwijzende rechter zich geconfronteerd met de stelling van Wullems dat het via streaming beluisteren en bekijken van auteursrechtelijk beschermde werken uit ongeoorloofde bron onder de uitzondering van artikel 13, onder a), van de Nederlandse Auteurswet valt. Aangezien die bepaling moet worden uitgelegd conform artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, benadrukt de verwijzende rechter dat het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over de betekenis van de voorwaarde „rechtmatig gebruik" van artikel 5 van de richtlijn.

24. Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank Midden-Nederland besloten de procedure te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 3, lid 1, van de Auteursrecht-richtlijn aldus worden uitgelegd dat er sprake is van ‚een mededeling aan het publiek' in de zin van die bepaling, wanneer iemand een product (mediaspeler) verkoopt waarin door hem add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken, zoals films, series en live-uitzendingen, zonder toestemming van de rechthebbenden, direct toegankelijk zijn gemaakt?

2) Maakt het daarbij verschil

15 — Arrest van 13 februari 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

16 — Beschikking van 21 oktober 2014 (C-348/13, EU:C:2014:2315).

— of de auteursrechtelijk beschermde werken in hun geheel nog niet eerder, of uitsluitend via een abonnement, met toestemming van de rechthebbenden op internet openbaar zijn gemaakt?

— of de add-ons die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden direct toegankelijk zijn gemaakt, vrij beschikbaar zijn en ook door de gebruikers zelf in de mediaspeler te installeren zijn?

— of de websites, en dus de daarop – zonder toestemming van de rechthebbenden – toegankelijk gemaakte auteursrechtelijk beschermde werken, ook zonder de mediaspeler door het publiek te benaderen zijn?

3) Dient artikel 5 [van de richtlijn] aldus te worden uitgelegd dat er geen sprake is van ‚rechtmatig gebruik' in de zin van lid 1, onder b), van die bepaling, indien een tijdelijke reproductie wordt gemaakt door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website van een derde waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden?

4) Indien het antwoord op vraag [3] ontkennend luidt, is het maken van een tijdelijke reproductie door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden, dan strijdig met de ‚driestappentoets' bedoeld in artikel 5, lid 5[, van de richtlijn]?"

III – **Procedure bij het Hof en argumenten van partijen**

A – *Procedure*

25. De verwijzingsbeslissing is bij de griffie van het Hof binnengekomen op 5 oktober 2015.

26. De partijen in het hoofdgeding, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse en de Portugese regering en de Europese Commissie hebben binnen de in artikel 23, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie bepaalde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

27. Tijdens de zitting van 29 september 2016 zijn vertegenwoordigers van de Stichting Brein, Wullems, de Spaanse regering en de Europese Commissie opgetreden.

B – *Argumenten van partijen*

1. Eerste en tweede prejudiciële vraag

28. Zowel Stichting Brein als de Spaanse, de Franse, de Italiaanse en de Portugese regering stellen voor om bevestigend te antwoorden op de eerste vraag en achten de elementen genoemd in de drie gedachtestreepjes van de tweede vraag, irrelevant. Zij menen dat in deze zaak is voldaan aan de twee in de rechtspraak van het Hof gestelde cumulatieve voorwaarden, namelijk een „mededeling" en een „publiek". [17]

17 — Arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punten 21 en 31).

29. Omdat in diezelfde rechtspraak steeds is gewezen op de noodzaak om aan het begrip „mededeling aan het publiek" een ruime betekenis te geven [18], menen Stichting Brein en de genoemde regeringen dat het apparaat „filmspeler" het effect produceert van „beschikbaarstelling aan het publiek" en daardoor tevens van „mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Het Hof heeft reeds vastgesteld dat door het plaatsen op een website van aanklikbare links naar beschermde werken die zonder enige toegangsbeperking op een andere website zijn gepubliceerd, de gebruikers van eerstgenoemde website een directe toegang tot die werken wordt geboden [19], zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid. [20]

30. Voor Stichting Brein is het irrelevant dat niet Wullems zelf maar de marktdeelnemer die de individuele softwarebestanden heeft aangeboden, degene is die de hyperlinks aan het publiek beschikbaar heeft gesteld. De Franse regering wijst op twee aspecten: a) het publiek waarop de oorspronkelijk meegedeelde beschermde werken waren gericht, bestond uitsluitend uit abonnees van televisiekanalen die de toestemming hadden om de bedoelde programma's uit te zenden; en b) de website waarop de werken te vinden waren die voorwerp zijn van dit geding was beschermd met verschillende toegangsrestricties, zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking. Binnen dezelfde context benadrukt de Spaanse regering dat rekening moet worden gehouden met potentiële gebruikers, zowel de huidige als de toekomstige. [21]

31. Met betrekking tot het „nieuwe" publiek (dat wil zeggen het publiek waarmee de auteurs van de beschermde werken geen rekening hielden toen zij toestemming gaven voor mededeling van de werken aan het oorspronkelijke publiek) [22] onderstreept Stichting Brein het belang van de toestemming van de rechthebbenden voor de oorspronkelijke mededeling per hyperlink. De Portugese regering voegt toe dat het – aangezien de handeling de beschikbaarstelling aan het publiek inhoudt van beschermde werken via een technisch procedé dat verschilt van het oorspronkelijke procedé – volgens de rechtspraak niet nodig is te onderzoeken of aan de voorwaarde van „nieuw publiek" is voldaan, aangezien elke nieuwe doorgifte individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs moet worden toegestaan. [23]

32. Wullems en de Commissie zijn daarentegen van mening dat er in deze zaak geen sprake is van een „handeling bestaande in een mededeling". Wullems concentreert zijn verdediging op de stelling dat de extensies met de hyperlinks niet op het apparaat zitten wanneer het aan de eindgebruiker wordt verkocht. Bovendien, zo stelt hij verder, kan een hyperlink op zichzelf geen „handeling bestaande in een mededeling aan het publiek" vormen.

33. Naar de mening van de Commissie beantwoordt de door Wullems aangeboden filmspeler aan het begrip „fysieke faciliteit" (uit overweging 27 van richtlijn 2001/29), aangezien de filmspeler een mededeling mogelijk maakt, maar op zichzelf geen mededeling is. Als, door het installeren van een programma op een faciliteit, de filmspeler zijn karakter van faciliteit verliest, dan zou overweging 27 van richtlijn 2001/29 geen nuttig effect hebben, omdat zij slechts op een zeer klein aantal gevallen van toepassing zou zijn. Het tegenovergestelde aanvaarden zou betekenen dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2001/29 zinloos zijn.

18 — Arresten van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punt 36), en van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 186).

19 — Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 18).

20 — Ibidem, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

21 — Arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punten 37-39).

22 — Arresten van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punt 37), en van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 197).

23 — Met verwijzing naar het arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punten 22-26 en 39).

34. De Commissie vreest kortom dat een te ruime uitlegging van het begrip „mededeling aan het publiek" het rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en belangen van alle betrokken partijen verstoort en in gevaar brengt, welk evenwicht naar haar mening een algemeen doel van richtlijn 2001/29 is.

2. Derde en vierde prejudiciële vraag

35. Stichting Brein en de Spaanse en de Franse regering menen dat de uitzondering van artikel 5 van richtlijn 2001/29 niet van toepassing is op de reproductie bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk vanaf de website van een derde waarop het wordt aangeboden. Zij voeren aan dat lid 1 van dat artikel uitsluitend ziet op tijdelijke reproductiehandelingen die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, terwijl dat kenmerken zijn die niet van toepassing zijn op de reproductie door de filmspeler omdat die reproductie niet „een integraal of essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé" en niet „wordt toegepast met als enig doel een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken", zoals het reeds genoemde artikel 5, lid 1, en in het bijzonder het bepaalde onder b) daarvan, verlangt.

36. In hun reactie op de vierde prejudiciële vraag wijzen Stichting Brein en de Spaanse regering [24] er voorts op dat de redenering van het Hof bij de uitlegging van de zogenoemde „uitzondering voor een kopie voor privégebruik" van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 [25], kan worden uitgebreid tot de toestemming voor het streamen uit een ongeoorloofde bron. Deze reproductiemethode vanaf ongeoorloofde bronnen is, wegens het ontbreken van toestemming van de rechthebbenden, overduidelijk in strijd met de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en de Conventie van Bern [26].

37. In dezelfde lijn benadrukken zij dat een eventueel massaal gebruik van streaming vanaf ongeoorloofde bronnen in tegenspraak is met de voorwaarde dat de beperkingen slechts worden toegepast „in bepaalde bijzondere gevallen" en bovendien afbreuk doet aan de „normale exploitatie" van de beschermde werken, met de daaruit voortvloeiende schade aan de wettige belangen van de rechthebbenden van het auteursrecht en de naburige rechten.

38. Wullems memoreert slechts dat streaming een tijdelijke reproductiehandeling van voorbijgaande of incidentele aard is, die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé. De Portugese regering en de Commissie, die dit enkel subsidiair aanvoert [27], gaan van dezelfde premisse uit en voegen daaraan toe dat de enkele ontvangst van de doorgiften (van beschermde werken) via de bestreden methode geen ongeoorloofd gebruik in de zin van artikel 5, lid 1, van de richtlijn is. Zij zeggen dat zij daarvoor steun vinden in de rechtspraak [28] volgens welke de kopieën in de cache en op het scherm voldoen aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, en aan die van lid 5 van dat artikel.

24 — De Franse regering heeft geen schriftelijke opmerkingen geformuleerd naar aanleiding van de vierde prejudiciële vraag, gelet op het antwoord dat zij voorstelt voor de derde vraag, waaraan de vierde vraag subsidiair is.

25 — Arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punten 37 en 39).

26 — Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979.

27 — De Commissie betwijfelt of het nodig is om op de derde en de vierde prejudiciële vraag te antwoorden, aangezien deze: a) niet zijn gesteld in verband met de verkoop van de filmspeler, maar met de streamingtechniek en b) geen betrekking hebben op het gedrag van degene die de filmspeler verkoopt, maar op dat van de eindgebruiker.

28 — Arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

39. De Portugese regering wijst erop dat de tijdelijke reproductiehandelingen bij streaming geen extra financieel voordeel opleveren boven het voordeel uit de enkele ontvangst van de werken. Tenslotte stelt zij dat wanneer de reproductiehandelingen voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, zij ook voldoen aan die van lid 5 van hetzelfde artikel. Dit leidt zij af uit bepaalde rechtspraak van het Hof. [29]

IV – **Analyse van de prejudiciële vragen**

A – *Eerste en tweede vraag*

40. Ik meen dat de eerste twee prejudiciële vragen vanwege hun nauwe verband samen moeten worden onderzocht. Het antwoord op beide wordt grotendeels bepaald door elementen die het voorwerp van het geschil op de volgende wijze afbakenen: a) Wullems verkoopt (met winstoogmerk) een multimediaspeler waarin hij hyperlinks heeft geïnstalleerd die doorgeleiden naar websites die vrij en gratis toegang geven tot auteursrechtelijk beschermd digitaal materiaal [30]; b) de auteursrechthebbenden hebben hetzij geen toestemming gegeven voor mededeling daarvan aan het publiek, hetzij enkel ten behoeve van bepaalde sites waar men als abonnee of lid toegang toe heeft; c) de gebruikers kunnen zelf de extensies (add-ons) aanschaffen met daarin de hyperlinks naar de websites waarop, zonder toestemming van de rechthebbenden, vrije toegang tot de beschermde werken wordt verleend, en d) deze websites zijn op internet toegankelijk zonder dat daarbij een mediaspeler als de door Wullems aangeboden filmspeler nodig is.

41. Hoewel ik graag de ontwikkeling van de rechtspraak in een groot aantal arresten over de uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 zou beschrijven, lijkt het mij niet nodig de analyse van de uitdrukking „mededeling aan het publiek" te herhalen, of die van de twee samenstellende elementen, namelijk de „handeling bestaande in de mededeling" van een werk en „het publiek" aan wie de mededeling is gericht. Ik verwijs liever naar de opmerkingen van het Hof in het arrest GS Media, waarin ook de voorgaande arresten worden genoemd. [31] De rechtszekerheid eist van de rechterlijke instanties om, zo niet in absolute zin het stare decisis toe te passen, maar zich in elk geval wel met prudentie te houden aan wat zij zelf, na rijp beraad, over een bepaald juridisch probleem hebben beslist. Zo moet dat naar mijn mening ook geschieden met de leer die in het arrest GS Media is vastgesteld (of bevestigd) inzake de relatie tussen hyperlinks en mededelingen aan het publiek, binnen de context van richtlijn 2001/29.

29 — Beschikking van 17 januari 2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, punt 57), en arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 181).

30 — Diezelfde vrije en gratis toegang wordt aangeboden ten behoeve van ander materiaal, waarvan de openbaarmaking evenmin door degene die ze oorspronkelijk doorgeeft is toegestaan, maar die niet door het auteursrecht in strikte zin worden beschermd. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de live wederdoorgifte van bepaalde sportwedstrijden die niet het karakter hebben van originele werken in de zin van richtlijn 2001/29 (hoewel reproductierechten die via exclusieve licenties aan bepaalde televisie-exploitanten zijn toegekend, kunnen worden beschermd door andere regels). Het Hof heeft zich daarover reeds uitgesproken in het arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 98), door te verklaren: „Een sportwedstrijd kan […] niet worden beschouwd als een intellectuele schepping die kan worden aangemerkt als een werk in de zin van de richtlijn auteursrecht."

31 — Arrest GS Media, en in het bijzonder punt 32 en de daar aangehaalde rechtspraak. Na die uitspraak beginnen er in de gespecialiseerde media, zoals logisch en gebruikelijk is, commentaren – sommige kritisch, andere lovend – te verschijnen. Zie bijvoorbeeld, van de commentaren die het snelst na de datum van de uitspraak verschenen, de kop in *European Law Blog* van 20 september 2016: „Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, Gs Media v Sanoma)"; of het debat in de plenaire vergadering van 20 september 2016 van het 47ste Mondiale congres van de International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI), over „[t]he CJEU case law on hyperlinking" en het voorafgaande rapport van de werkgroep over het thema „[l]inking and making available on the Internet".

42. Daarom neem ik als basis van mijn opmerkingen de uitgangspunten die het Hof reeds heeft vastgesteld, namelijk a) dat het plaatsen van aanklikbare links naar beschermde werken als een „beschikbaarstelling" en derhalve als een „handeling bestaande in een mededeling" moet worden aangemerkt [32]; b) dat onder dat begrip elke doorgifte van beschermde werken valt, ongeacht het gebruikte technische middel of procedé [33], en c) dat iuris tantum wordt aangenomen dat het plaatsen van een hyperlink naar een werk dat illegaal (namelijk zonder toestemming van de rechthebbenden) op internet is gepubliceerd, een „mededeling aan het publiek" is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/79, wanneer dat is geschied met een winstoogmerk.

43. In dezelfde lijn breng ik in herinnering dat volgens het Hof voor het begrip „mededeling aan het publiek van een beschermd werk" nodig is dat deze mededeling hetzij wordt verricht volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, hetzij, als dat niet het geval is, wordt verspreid voor een „nieuw publiek", waarmee het publiek wordt bedoeld dat door de rechthebbenden van de beschermde werken niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de (beperkte) oorspronkelijke mededeling. [34]

44. Als ik de feiten van het geding nu analyseer tegen de achtergrond van de bovengenoemde uitgangspunten, is het niet moeilijk tot de conclusie te komen dat daarop de leer van het arrest GS Media van toepassing is over de relatie tussen hyperlinks en het begrip „mededeling aan het publiek", hetgeen in belangrijke mate het karakter bepaalt van het antwoord op de eerste twee prejudiciële vragen.

45. Zoals ik reeds heb opgemerkt, heeft Wullems in de gebruikersinterface van de XBMC-software extensies (add-ons) geïnstalleerd met hyperlinks naar websites die vrije toegang bieden tot auteursrechtelijk beschermde werken. Wullems, die de connectie mogelijk maakte, was zich er bovendien van bewust – of moest zich daarvan bewust zijn – dat veertien van deze extensies links bevatten naar digitaal materiaal dat op internet was geplaatst zonder toestemming van de auteursrechthebbenden, of met een toestemming waaraan de voorwaarde was verbonden dat enkel bepaalde personen er toegang toe hadden door middel van een abonnement, lidmaatschap of andere wijzen van betaal-tv. Bovendien behoeft het geen betoog dat Wullems bij de verkoop van zijn multimediaspeler met een winstoogmerk handelde.

46. De controverse is dus gelegen in het belang dat moet worden toegekend aan een ander element, dat niet voorkwam in de zaak GS Media waarnaar Wullems en de Commissie in hun schriftelijke opmerkingen verwijzen wanneer zij benadrukken dat de zaak gaat over de verkoop van een multimediaspeler en niet over de levering van hyperlinks. Voor beiden zijn die verkoop en de installatie van hyperlinks op een website verschillende, niet gelijk te stellen, fenomenen. Zij menen dat het begrip „mededeling aan het publiek", al wordt het ruim uitgelegd, niet onbeperkt mag worden uitgerekt, tot zelfs de verkoop van een multimediaspeler daaronder valt. [35]

32 — Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 20). In die zaak werd uiteindelijk vastgesteld dat er geen sprake was van een mededeling aan een „nieuw" publiek omdat de doelgroep van de oorspronkelijke mededeling bestond uit alle internetgebruikers, aangezien de links leidden naar beschermde werken die zonder enige toegangsbeperking op een andere website waren gepubliceerd (punten 18, 25 en 26).

33 — Arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 38).

34 — Punt 31 van het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), luidt: „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." De beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 14), gaat hier dieper op in. Het bepalende is dat de leden van het publiek toegang hebben tot het digitale materiaal, niet dat deze personen die mogelijkheid werkelijk gebruiken, aldus het arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punt 43).

35 — De Commissie wijst op het feit dat het in de onderhavige zaak precies gaat om de „verkoop" van de filmspeler, die naar haar mening valt onder het begrip „fysieke faciliteit" van overweging 27 van richtlijn 2001/29. De filmspeler, zo stelt zij, maakt de mededeling mogelijk, maar is daarmee niet gelijk te stellen.

47. Ter terechtzitting hebben Wullems en de Commissie het „niet cruciale" karakter onderstreept van Wullems' interventie, die het publiek slechts de toegang heeft „vergemakkelijkt" tot materiaal dat vanaf andere websites kan worden gedownload. Volgens hen is de filmspeler dus niet „essentieel" binnen het proces dat leidt van de website waar het beschermde materiaal illegaal beschikbaar is, tot aan de eindgebruiker. Daarom biedt de verkoop van het multimedia-apparaat van Wullems niet direct, maar slechts indirect toegang tot het genoemde materiaal, zodat het verband tussen hem en de beschikbaarstelling van de beschermde werken aan het publiek onbelangrijk is, als slechts een onderdeel van een langere mededelingenketen.

48. De stelling van Wullems en de Commissie is op het eerste gezicht aannemelijk. De verkoop, als overeenkomst tot levering van een multimedia-apparaat tegen betaling van de prijs, zou „neutraal" lijken, dat wil zeggen geen directe relatie hebben met de doorgifte van de beschermde werken. Bovendien, zo stelt de Commissie, moet de verruiming van het begrip „mededeling aan het publiek" ergens een grens hebben. [36]

49. Naar mijn mening is die stelling echter te beperkend. De verkoop van de filmspeler gaat verder dan de verkoop van een technisch accessoire, dat volgens de Commissie kan vallen onder „fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten", waarvan „[d]e beschikbaarstelling […] op zich geen mededeling [is] in de zin van deze richtlijn" [37].

50. Wullems biedt op dat apparaat, onscheidbaar van elkaar, de hardware en de software aan die nodig en speciaal bedoeld zijn [38] om de kopers op internet toegang te geven, zonder toestemming van de rechthebbenden, tot auteursrechtelijk beschermde werken. Het aanbod van deze directe toegang aan een onbepaald publiek is een onderdeel van de toegevoegde waarde van de dienstverrichting van Wullems, waarvoor hij de prijs ontvangt – of ten minste een aanzienlijk deel daarvan – die voor de filmspeler is betaald.

51. Ik ben van mening dat er geen significant verschil bestaat tussen het plaatsen op een website van hyperlinks die doorgeleiden naar beschermde werken [39] en, zoals in de onderhavige zaak, het plaatsen van die hyperlinks in een multimedia-apparaat dat speciaal is ontworpen voor het gebruik ervan op internet (in concreto: opdat de gebruikers dankzij dat apparaat zonder moeilijkheden, direct en onmiddellijk, toegang hebben tot digitaal materiaal dat beschikbaar is gemaakt zonder de toestemming van de auteurs). Wat beide handelingen gemeen hebben, is het leveren van links naar dat beschermde materiaal en het ter beschikking stellen ervan aan het publiek. Het schijnbaar incidentele of supplementaire karakter ervan kan niet verhullen dat het gaat om activiteiten die erop zijn gericht dat iedereen, enkel door op de hyperlink te klikken, toegang heeft tot de beschermde werken. [40]

36 — De Commissie heeft ter terechtzitting duidelijk gemaakt niet tevreden te zijn met het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), en het arrest GS Media, en heeft gewezen op de rechtsonzekerheid waartoe deze rechtspraak kan leiden. Vanuit andere gezichtspunten hebben verschillende stemmen het Hof verweten dat het met zijn uitspraken eerder recht creëert dan het bestaande recht uitlegt. Die laatste kritiek deel ik niet, want het Hof wijst slechts op het tot dan toe onderbelicht gebleven potentiële vermogen van een juridisch begrip („mededeling aan het publiek") met onduidelijke contouren. In dat arrest werd de toepassing van dat begrip door het Hof aangepast aan de stand van de zich snel ontwikkelende technologieën waarmee auteursrechtelijk beschermde werken aan het publiek beschikbaar worden gesteld.

37 — Overweging 27 van richtlijn 2001/29.

38 — Het bekijken en beluisteren van beschermde werken is mogelijk dankzij de installatie van de extensies met hyperlinks naar de websites, door Wullems verricht in de XBMC-software. Door de in de interface van de XBMC-software geïnstalleerde menu's, met de extensies die naar die websites doorgeleiden, verandert de tv-kijker die de filmspeler gebruikt, in een internetgebruiker die de sites kan bezoeken.

39 — Zo was de feitelijke situatie van het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76); het arrest GS Media, en de beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Vanuit een ander gezichtspunt is de handeling van Wullems te vergelijken – al is zij niet helemaal hetzelfde – met de handeling in zaak C-306/05 (EU:C:2006:764), waarin het arrest van 7 december 2006, SGAE, is gewezen. De programma's die door het hotel via de televisietoestellen op de kamers werden uitgezonden, vormden volgens het Hof een mededeling aan het publiek in de zin van richtlijn 2001/29.

52. De hyperlinks dienen, wat ook de manier is waarop en wat ook de technische werkwijze is waarmee zij zijn geïnstalleerd, om aan derden toegang te geven tot digitaal materiaal dat reeds – in deze zaak illegaal – op internet „is geplaatst". Het relevante van de mededeling aan het publiek die via deze hyperlinks wordt verricht, is het feit dat de kring of het bereik van potentiële gebruikers wordt vergroot, aan wie, ik herhaal, een zoekfunctie wordt aangeboden waarin vooraf uitgezochte websites zijn geselecteerd die het gratis bekijken van digitaal materiaal mogelijk maken.

53. Er kan dus worden gesproken van een centrale rol, in de zin van de rechtspraak [41], die Wullems speelt in de mededeling van beschermde werken aan het publiek, een interventie die hij bewust en met volledige kennis van de gevolgen daarvan verricht. Aldus is in het bijzonder af te leiden uit de voorbeelden van de reclameteksten waarmee hij zijn apparaat aanprees. [42]

54. De filmspeler is dus niet enkel een „fysieke faciliteit" in de zin van overweging 27 van richtlijn 2001/29, maar een wijze van mededeling aan het publiek van auteursrechtelijk beschermde werken die eerder illegaal op internet zijn geplaatst. De handeling van Wullems – door op zijn apparaten, met een duidelijk winstoogmerk en bewust van de onrechtmatigheid ervan, hyperlinks naar die werken te installeren – helpt de kopers van de filmspeler om de tegenprestatie voor een legitiem gebruik te omzeilen, namelijk de betaling van de rechtmatige vergoeding aan de rechthebbenden, welke gewoonlijk geschiedt per abonnement, lidmaatschap of via een andere vorm van betaal-tv.

55. Nu ik heb vastgesteld dat de filmspeler een mededeling aan het publiek verricht in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn [43], moet nog worden onderzocht of dit publiek een „nieuw" publiek is, zoals dat begrip tot nu toe is uitgelegd.

56. Volgens de rechtspraak van het Hof is een „nieuw publiek" slechts dan vereist wanneer het beschermde werk *niet* is meegedeeld *volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt.* [44] Hoewel de feitelijke beoordeling daarvan toekomt aan de rechter a quo, lijkt de door Wullems gebruikte techniek geen vernieuwende trekken te vertonen, maar eerder een combinatie van andere, reeds bestaande technieken te zijn. Om het debat te vereenvoudigen zouden wij er dus van kunnen uitgaan dat in deze zaak geen sprake is van een „specifieke en andere technische werkwijze" in de zin van de rechtspraak, zodat wij nu enkel moeten onderzoeken of de potentiële kopers van de filmspeler als „nieuw publiek" kunnen worden gekwalificeerd.

57. In de procedure staat vast – de Franse regering wijst daar terecht op – dat voor de verspreiding van de beschermde werken op internet hetzij geen toestemming door de rechthebbenden is gegeven, hetzij de toestemming uitsluitend was gegeven aan websites voor abonnees, dus met beperkte toegang. Daarom verbreedt de door Wullems verkochte multimediaspeler de kring van gebruikers in vergelijking met de gebruikers waar de auteurs rekening mee hielden, aangezien de filmspeler zowel doorlinkt naar websites die dat digitale materiaal zonder toestemming verspreiden, als naar websites waarop beschermde werken staan die uitsluitend worden aangeboden aan bepaalde abonnees die voor het gebruik moeten betalen.

58. Bovendien, ook al kunnen de extensies en de hyperlinks zelf gratis op internet worden gevonden, dan nog biedt de filmspeler een onbetwistbaar voordeel voor een niet onbelangrijk segment van dat publiek: het segment dat als internetgebruiker niet speciaal bedreven is in het opsporen van illegale sites om, onder andere, films en televisieseries te bekijken. Dat publiekssegment zal misschien de voorkeur hebben voor het gebruiksvriendelijke menu dat door de filmspeler op zijn scherm wordt getoond boven de soms ingewikkelde zoektocht naar websites waarop dat materiaal wordt aangeboden.

41 — Arrest GS Media, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

42 — Zie punt 19 van mijn conclusie.

43 — Arrest GS Media, punt 51.

44 — Beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59. Hoe het ook zij, de verspreiding door Wullems van de beschermde werken wordt verricht voor een publiek waarmee de auteursrechthebbenden geen rekening hielden toen zij toestemming voor het bekijken weigerden of enkel toestemming gaven voor betaalcircuits, zodat hier sprake is van een „nieuw publiek”. [45]

60. Ik stel dus voor om op de eerste twee prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland te antwoorden dat de verkoop van een multimediaspeler waarin de verkoper zelf hyperlinks heeft geïnstalleerd die een rechtstreekse toegang mogelijk maken naar beschermde werken, zoals films, series en liveprogramma's, die op andere websites beschikbaar zijn zonder toestemming van de auteursrechthebbenden, een „mededeling aan het publiek” vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

B – *Derde en vierde prejudiciële vraag*

61. De verwijzende rechter uit met deze twee vragen twijfels die, zoals ik hierboven al heb opgemerkt, geen betrekking hebben op het multimedia-apparaat maar op de vraag of de handeling van de eindgebruiker, die door middel van dit apparaat een „tijdelijke reproductie maakt bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website van een derde waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden”, in strijd is met richtlijn 2001/29. Concreet wenst hij te vernemen of dit soort handelingen onder artikel 5, leden 1 en 5, van die richtlijn kan vallen.

62. Aldus geformuleerd hebben de twee vragen aanleiding gegeven tot enkele ontvankelijkheidsbezwaren, omdat zij de grenzen van het geding tussen Stichting Brein en Wullems leken te overschrijden. Na de uitleg door de rechter a quo moeten die bezwaren echter ongegrond worden verklaard, omdat een van de vorderingen van de Stichting Brein in het hoofdgeding inhield dat Wullems zou worden veroordeeld wegens het maken van misleidende reclame en het toepassen van oneerlijke handelspraktijken, doordat hij in zijn advertenties, als reclame om de verkoop te vergroten, had vermeld dat de enkele reproductie bij het streamen van werk uit illegale bronnen (in tegenstelling tot wat gebeurt bij het downloaden van dat werk) legaal was. Vandaar dat de verwijzende rechter, die over deze concrete vordering een uitspraak moet doen, het antwoord van het Hof inzake de uitlegging van artikel 5 van richtlijn 2001/29 nodig heeft.

63. De hierna volgende overwegingen moeten worden begrepen in verband met de feiten van het hoofdgeding, binnen de context van de genoemde vordering van eiseres, en de toepassing van artikel 5 van richtlijn 2001/29.

1. Uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29

64. Van de lijst met beperkingen van het reproductierecht noemt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 de „tijdelijke reproductiehandelingen […] die van voorbijgaande of incidentele aard zijn en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel […] een rechtmatig gebruik van een [beschermd] werk of ander materiaal mogelijk te maken […]”. De beperking geldt ook voor de eindgebruiker en niet alleen voor de aanbieder van onlinediensten of de tussenpersonen, zoals men na lezing van overweging 33 van richtlijn 2001/29 zou kunnen denken. [46]

45 — Er moet echter op worden gewezen dat de enige verspreiding die in de uitlegging van het Hof valt onder „mededeling aan het publiek”, de verspreiding is die de filmspeler aan de eindgebruiker verschaft via de hyperlinks in de veertien extensies die specifiek doorgeleiden naar internetsites waar beschermde werken kunnen worden gestreamd zonder toestemming van de auteursrechthebbenden. Met betrekking tot links naar films, series en sportwedstrijden waarvoor door deze rechthebbenden toestemming is gegeven en die niet aan een beperking onderworpen zijn, is de toegang vrij. Op die links is het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 25 en 26), van toepassing.

46 — Aldus kan impliciet worden afgeleid uit het arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

65. Ik denk niet dat het met betrekking tot deze zaak strikt noodzakelijk is om te onderzoeken of het bekijken via streaming van een werk waar toegang toe is verkregen via de hyperlinks van de filmspeler, al dan niet het karakter van „voorbijgaand" of „incidenteel" bezit dat in de hierboven aangehaalde tekst wordt genoemd.[47] Om deze controverse in de ene of de andere zin te kunnen beslechten, is eerst een specifiek technische beoordeling nodig (inzake de opslag in de databuffer en de verkrijging van kopieën in de cache of op het scherm)[48], die ik overbodig acht[49] omdat naar mijn mening een andere belangrijke voorwaarde voor de uitzondering ontbreekt, namelijk „een rechtmatig gebruik" van het beschermde werk mogelijk maken.

66. Er kan namelijk niet worden gesproken van „rechtmatig gebruik" van de beschermde werken wanneer zij voor de eindgebruiker toegankelijk zijn onder de omstandigheden van de onderhavige zaak, namelijk in verband met digitaal materiaal waarvan de verspreiding hetzij verboden, hetzij beperkt is door de auteursrechthebbenden, die geen toestemming hebben gegeven voor de vrije mededeling ervan aan het publiek op de websites waarnaar de hyperlinks op de filmspeler doorgeleiden.

67. Het gaat er dus niet om, een algemeen oordeel over streaming te geven, maar om – tegen de achtergrond van de bovengenoemde bepaling – het gedrag te onderzoeken van de gebruiker die, onder de omstandigheden van deze zaak, op zijn scherm met die techniek beschermde films en series reproduceert.

68. De ontwikkeling van de telecommunicatie (onder andere door de uitbreiding van de glasvezelnetwerken die verbindingen met zeer hoge snelheid bieden) heeft ervoor gezorgd dat het fenomeen van illegale downloads op gegevensdragers – dat tot voor kort nog erg veel aandacht kreeg – langzaam wordt verdrongen (zo niet vervangen) door de reproductie van digitaal materiaal via streaming, die nu een van de meest gevraagde vormen is. Uit het oogpunt van de intellectuele eigendom levert het bekijken via streaming afkomstig van betaalplatforms geen grote problemen op, en ook niet wanneer de gebruiker digitaal materiaal bekijkt of beluistert waarvan de toegang niet is beperkt, vanaf websites die dat materiaal gratis en legaal leveren.

69. Dat wordt echter anders wanneer websites een rol gaan spelen die aan de gebruikers piratenversies[50] van dat materiaal ter beschikking stellen. Het antwoord van het Hof in het arrest GS Media betreft iemand die een hyperlink op internet plaatst naar beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende. Het gedrag van iemand die aldus handelt, moet enerzijds worden onderzocht op zijn winstoogmerk (als er van winstoogmerk sprake is, wordt iuris tantum aangenomen dat deze persoon zich ervan bewust is dat het werk illegaal op internet staat), en anderzijds aan de hand van de vraag of hij niet wist of redelijkerwijs niet kon weten dat er geen toestemming was gegeven voor publicatie op internet.[51]

47 — Het is in dit verband veelzeggend dat in de Engelse en de Duitse versie respectievelijk de woorden „transient" en „flüchtig" worden gebruikt, die duiden op een kortstondige of vluchtige spanne tijds. De Nederlandse versie gebruikt de term „voorbijgaand" en de Spaanse versie „transitorio", die beter passen bij het tijdelijke karakter van een handeling.

48 — De kopieën in de cache of op het scherm voldoen volgens het arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punten 26 en 27), aan de voorwaarden van artikel 5, leden 1 en 5, van richtlijn 2001/29.

49 — In deze reproductiemethode, waarin de kopie van het bestand wordt vervangen door de opslag van het gestreamde bestand in de buffer van de gebruiker, „consumeert" de gebruiker het product parallel aan de visualisering ervan, waardoor hij de problemen vermijdt die worden veroorzaakt door de tragere kopie van een gedownload bestand. Men zou kunnen stellen dat deze reproductie, hoewel zij niet op een bepaalde gegevensdrager wordt vastgelegd en alleen op het scherm verschijnt, te lang duurt (bijvoorbeeld bij films of televisieseries) om als tijdelijk te kunnen worden gekwalificeerd. In deze gedachtegang is het, als men als hypothese zou aannemen dat streamen een tijdelijk karakter heeft, discutabel of het „een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé", hetgeen een andere absolute voorwaarde is voor de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

50 — De uitdrukkingen „piraterij" en „piraat" zijn in deze context niet alleen beeldend, maar raken steeds meer ingeburgerd in de juridische terminologie van het auteursrecht. Zo heeft het Hof in bijvoorbeeld de Spaanse versie van het arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punt 39), gesproken van „obras piratas" die afbreuk doen aan de normale exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken, conform richtlijn 2001/29.

51 — De rechtvaardiging van die leer is gelegen in de moeilijkheid om vast te stellen of de website waar die links naartoe leiden, toegang geeft tot beschermde werken en of de auteursrechthebbenden toestemming hebben gegeven voor publicatie daarvan op internet. Aldus is af te leiden uit de punten 46, 47 en 48 van het arrest GS Media.

70. Als, voor degene die de hyperlink zonder winstoogmerk op internet plaatst, de kernvraag is of hij wist – of redelijkerwijs kon weten – dat het beschermde werk illegaal op internet stond, dan zal het naar mijn mening moeilijk zijn om dat criterium niet uit te breiden naar degene die enkel van die hyperlink, eveneens zonder winstoogmerk, gebruikmaakt. [52]

71. Ik denk echter dat de subjectieve component geschikter is om de aansprakelijkheid van een persoon uit te sluiten dan om te oordelen over de objectieve onrechtmatigheid van zijn gedrag, en zo ja, over de kwalificatie van dat gedrag. Om een adequate uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 mogelijk te maken, mogen wij niet vergeten dat de objectieve geoorloofdheid, in de zin van overweging 33 ervan, eerder afhangt van de toestemming van de auteursrechthebbende of zijn licentiehouder. [53] De verschoonbare onwetendheid, of de redelijkerwijs niet aan te rekenen onbekendheid van de eindgebruiker met het ontbreken van de toestemming, kan zonder twijfel de eindgebruiker vrijstellen van aansprakelijkheid [54], maar neemt – nogmaals, vanuit een strikt objectief gezichtspunt – het onrechtmatige karakter van het „gebruik" niet weg waar artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 op doelt.

72. Omdat het in de procedure vaststaat dat voor de toegang tot de beschermde werken waarnaar de in de filmspeler van Wullems geïnstalleerde hyperlinks doorgeleiden, geen toestemming was gegeven door de rechthebbenden van het auteursrecht, inclusief het reproductierecht van artikel 2 van richtlijn 2001/29, valt het streamen door een eindgebruiker via dat apparaat niet onder het „rechtmatig gebruik" in de zin van artikel 5, lid 1, onder b), van die richtlijn.

2. Toepassing van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29

73. Indien, in puur dialectische zin, het gebruik van de filmspeler van Wullems zou vallen onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, dan zou dat gebruik nog de toets moeten doorstaan van lid 5 van datzelfde artikel, waarover de rechter a quo zijn vierde prejudiciële vraag stelt. Er zou dus nog moeten worden onderzocht of in deze zaak is voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van die richtlijn. [55]

74. Volgens deze bepaling wordt de uitzondering die in lid 1 voor (onder andere) de tijdelijke reproductie is opgenomen uitsluitend toegepast „in bepaalde bijzondere gevallen […] mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad".

75. Welnu, naar mijn mening is in deze zaak aan geen van deze drie voorwaarden voldaan. In de eerste plaats leidt het door Wullems verkochte apparaat tot een onmeetbaar aantal downloads van films, series, sportwedstrijden en andere uitzendingen waarvoor door de rechthebbenden van het reproductierecht geen toestemming is gegeven. Daarom, zo stellen Stichting Brein en de Spaanse regering, kan niet worden beweerd dat wij enkel te maken hebben met „bijzondere gevallen", zoals de betrokken bepaling verlangt.

52 — Naarmate de internetgebruikers zich meer bewust zijn van de noodzaak de rechten van auteurs van werken te respecteren, en tegelijkertijd het aanbod wordt verruimd van platforms die deze werken legaal ter beschikking stellen, wordt het moeilijker de reproductie van piratenversies door middel van hyperlinks te excuseren door onbekendheid met het ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbenden.

53 — In de overwegingen van Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 48/2000 van 28 september 2000, vastgesteld door de Raad […] met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2000, C 344, blz. 1) heet het: „Overweging 33 is door de Raad aangevuld met een *definitie* van de term ‚rechtmatig gebruik'". Cursivering van mij.

54 — Het zou dan gaan om „handelingen van eindgebruikers te goeder trouw" in de zin van overweging 14 van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten.

55 — Punt 53 van het arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), bepaalt: „Op de uitzondering van die bepaling, zoals uitgelegd in het vorige punt van het onderhavige arrest, kan slechts een beroep worden gedaan indien die kopieën bovendien voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29."

76. In de tweede plaats kan, vanuit technisch oogpunt, het gedrag van iemand die over internet surft en websites bezoekt, niet worden vergeleken met het gedrag van iemand die via streaming beschermde films en series reproduceert. In het eerste geval kan de tijdelijke kopie die bij dit technisch procedé moet worden gemaakt, leiden tot een normale exploitatie van de werken, die internetgebruikers in staat stelt in het bezit te komen van de mededeling aan het publiek van de uitgever van de betrokken internetsite.[56] Daarentegen is er in het geval van de internetgebruiker die via streaming beschermde werken op zijn scherm bekijkt, geen sprake van een „normale exploitatie" van het werk, opgelegd door een technisch procedé dat noodzakelijk is voor het gebruik van internet, maar van een handeling met een in juridische zin „abnormaal" karakter, die voortvloeit uit het bewuste doel van de gebruiker om zonder betaling van enige financiële vergoeding digitaal materiaal te bekijken, dankzij de filmspeler.

77. In deze situatie zou het in strijd zijn met richtlijn 2001/29 om te accepteren dat ongedifferentieerde en massale reproducties uit ongeoorloofde bronnen, of reproducties in strijd met de toegangsbeperkingen worden gemaakt. Dergelijke reproducties als legaal erkennen, betekent zoveel als de verspreiding van piratenversies van digitaal materiaal bevorderen en zo de bescherming van de auteursrechten ernstig ondergraven en illegale vormen van distributie mogelijk maken, waarbij afbreuk wordt gedaan aan de goede werking van de interne markt.[57]

78. In de derde plaats – omdat het reproductierecht, zoals in de procedure vaststaat, enkel was toegestaan voor circuits waarvan de eindgebruiker gebruikmaakt na betaling (via een lidmaatschap, een abonnement of een vergelijkbare formule) – impliceert deze enorme hoeveelheid streamingsessies, zonder financiële vergoeding voor de rechthebbende, noodzakelijkerwijs een gelijktijdige afname van het aantal abonnees op die betaalcircuits, met de daaruit voortvloeiende „afbreuk aan de normale exploitatie van de beschermde werken", in de bewoordingen van het arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a.[58]

79. Hier zijn dan ook de overwegingen van het Hof in het arrest ACI Adam e.a. van toepassing waarin het, bij de uitlegging van de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, verklaarde dat „het aanvaarden dat dergelijke reproducties kunnen zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron de verspreiding van nagemaakte of vervalste werken [zou] aanmoedigen en daardoor noodzakelijkerwijze de omvang van de verkopen van, of andere legale transacties met betrekking tot, beschermde werken [zou] verminderen, zodat afbreuk zou worden gedaan aan de normale exploitatie daarvan".[59] De verkoop van de filmspeler is dus in strijd met de „wettige belangen van de auteursrechthebbende", die geen toestemming heeft gegeven voor een onbeperkte verspreiding van zijn werk.

80. Ik ben bijgevolg kortom van mening dat het streamen van beschermd digitaal materiaal zonder de toestemming van de auteursrechthebbenden niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, aangezien het niet kan worden beschouwd als een bijzonder geval, afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van die rechthebbenden onredelijk schade toebrengt.

81. Rekening houdende met het door het Hof[60] beschreven cumulatieve karakter van de bovengenoemde voorwaarden, is in deze zaak de drievoudige uitzondering van toepassing op de uitzondering van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29. Er kan dus geen beroep worden gedaan op de uitzondering op het reproductierecht.

56 — Ibidem, punt 61.

57 — Arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punten 35 en 36).

58 — Ibidem, punt 39.

59 — Ibidem.

60 — Arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

82. Ik geef dus in overweging op de derde en de vierde prejudiciële vraag te antwoorden dat, onder de omstandigheden van het hoofdgeding, de reproductie via streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk niet in aanmerking komt voor de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, aangezien zij niet valt onder het begrip „rechtmatig gebruik" in de zin van deze bepaling, onder b), en in elk geval de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van die richtlijn niet kan doorstaan.

V – **Conclusie**

83. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om op de vragen van de rechtbank Midden-Nederland te antwoorden als volgt:

„De verkoop van een mediaspeler zoals die waarop het hoofdgeding betrekking heeft, waarin de verkoper hyperlinks heeft geïnstalleerd naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken, zoals films, series en live-uitzendingen, zonder toestemming van de rechthebbenden direct toegankelijk zijn gemaakt,

— is een ‚mededeling aan het publiek' in de zin 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 informatiemaatschappij, en

— komt niet in aanmerking voor de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, aangezien hij niet valt onder het begrip ‚rechtmatig gebruik' in de zin van die bepaling, onder b), en in elk geval niet voldoet aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 5, lid 5, van die richtlijn."