

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer gerechtshof : 200.121.190/01

zaak-/rolnummer rechtbank : 507119 / HA ZA 11-2896

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 19 november 2013

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
GS MEDIA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SANOMA MEDIA NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
2. de rechtspersoon naar buitenlands recht
PLAYBOY ENTERPRISES INTERNATIONAL INC.,
gevestigd te Chicago, Verenigde Staten van Noord Amerika,
3. **Britt Geertruida DEKKER**,
wonend te Purmerend,
geïntimeerden,
advocaat: mr. Chr. A. Alberdingk Thijm te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

De appellante wordt hierna GS Media genoemd. De geïntimeerden worden tezamen Sanoma c.s. genoemd en ieder voor zich Sanoma, Playboy Enterprises en Dekker.

1.1 GS Media is bij dagvaarding van 10 december 2012 in hoger beroep gekomen van het vonnis met opgemeld zaak-/rolnummer van de rechtbank Amsterdam van 12 september 2012, gewezen tussen GS Media als gedaagde en Sanoma c.s. als eiseressen (hierna: het vonnis).

1.2 GS Media heeft bij memorie vijf grieven (met een aantal subgrieven) geformuleerd, bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie, kort gezegd, dat het hof het vonnis zal vernietigen voor zover daarbij vorderingen van Sanoma c.s. zijn toegewezen en alsnog al hun vorderingen zal

zaaknummer: 200.121.190/01

2

afwijzen met -uitvoerbaar bij voorraad- veroordeling van Sanoma c.s. in de proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.

1.3 Daarop hebben Sanoma c.s. geantwoord en bescheiden in het geding gebracht.

1.4 De partijen hebben de zaak ter zitting van 7 oktober 2013 doen bepleiten, GS Media door mr. R.D. Chavannes, advocaat te Amsterdam, Sanoma c.s. door hun procesadvocaat en mr. C.F.M. de Vries, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

1.5 Ten slotte is arrest gevraagd.

2. Beoordeling

2.1 De rechtbank heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Met haar grief 1 heeft GS Media bezwaar gemaakt tegen een aantal van deze feiten. Om redenen van proceseconomie zal het hof de feiten opnieuw opsommen voor zover die in deze zaak tussen partijen vaststaan. Verder klaagt GS Media er over dat de rechtbank niet al haar stellingen heeft weergegeven. Ingevolge artikel 230 lid 1 sub e Rv behoeft een rechter alleen die feiten en gronden in zijn vonnis te vermelden waarop zijn beslissing steunt, zodat dit onderdeel van de grief niet kan slagen. De in deze grief vervatte klachten met betrekking tot rechtsoverweging 4.10 van het vonnis komen hierna onder 2.4.5 e.v. aan de orde.

2.2 Tussen partijen staat in deze zaak het volgende vast.

2.2.1 Sanoma is uitgever van het maandblad Playboy (hierna: Playboy). Dekker treedt geregeld op in Nederlandse televisieprogramma's.

2.2.2 GS Media exploiteert de website Geenstijl.nl (hierna: GeenStijl). Deze website vermeldt:

"Op GeenStijl wisselen nieuwsfeiten, schandelijke onthullingen en journalistiek onderzoek elkaar af met luchtige onderwerpen en prettig gestoorde onzin. De redactie informeert dagelijks ruim 230.000 bezoekers over de andere kant van het nieuws. De site behoort tot de top 10 van de best bezochte actualiteitsites van Nederland."

GeenStijl kwalificeert zichzelf op haar website als:

"Tendentieus, Ongefundeerd & Nodeloos Kwetsend".

2.2.3 De fotograaf C. Hermès (hierna: Hermès) heeft op 13 en 14 oktober 2011 in opdracht van Sanoma een fotoreportage gemaakt van Dekker (hierna: de foto's). In de desbetreffende overeenkomst, gedateerd 9/11/2011, is onder meer het volgende opgenomen:

"(...) 2. [Hermès] verleent [Sanoma] exclusief, derhalve met uitsluiting van derden en [Hermès] zelf, toestemming om de Productie in zijn geheel of in gedeelten in bovengenoemde editie van Playboy te publiceren. Dit recht omvat het recht om de Productie eveneens geheel of gedeeltelijk te publiceren op de (mobiele) website(s) van Playboy (...)

zaaknummer: 200.121.190/01

3

4. [Hermès] machtigt [Sanoma] om in het kader van deze overeenkomst de uit zijn auteursrecht voortvloeiende rechten en bevoegdheden uit te oefenen. In het bijzonder is [Sanoma] bevoegd om zelfstandig in rechte op te treden en schadevergoeding en winstafracht te vorderen (...)"

Voorts heeft Hermès op 14 december 2011 aan Sanoma volmacht verleend hem te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van zijn uit voormelde opdracht voortvloeiende intellectuele eigendomsrechten.

2.2.4 Op 26 oktober 2011 heeft GeenStijl een "linktip" ontvangen van iemand die kennelijk een schuilnaam gebruikte. Die tip verwees naar een bestand op de Australische website voor dataopslag Filefactory.com (hierna: Filefactory), welk bestand de foto's bevatte, en had als begeleidende tekst:

"Omdat ik jullie stijlloze mannen de primeur weer gun".

Diezelfde dag is in het televisieprogramma Pownews gemeld dat de foto's vóór publicatie waren uitgelekt en zijn enkele van de foto's getoond. Eveneens die dag heeft H. Scheenstra, Chief Operating Officer van Sanoma, telefonisch contact opgenomen met F. Volmer, directeur van Telegraaf Media Nederland B.V. (hierna: TMG), het moederbedrijf van GS Media, met het verzoek te voorkomen dat de foto's via GeenStijl zouden uitlekken.

2.2.5 Op 27 oktober 2011 stond op GeenStijl een bericht met als kop

"Fucking uitgelekt! Naaktfoto's (...) Dekker".

Bij dat bericht was in de linkerbovenhoek van de site een deel van een (of twee) van de foto's opgenomen. Het bericht eindigde met de volgende tekst:

"En dan nu het linkje met pics waar u op zat te wachten. Wie het eerst fapt, die het eerst komt. HIERRR. (...)"

De lezer werd door middel van een klik op een hyperlink aangeduid met HIERRR doorgeleid naar Filefactory. Door het aanklikken van een volgende hyperlink werd een nieuw venster geopend. Dat venster bevatte de knop "DOWLOAD NOW". Door op die knop te klikken werd een zip-bestand geopend met elf pdf-bestanden die ieder één van de foto's bevatten.

2.2.6 Sanoma heeft op 27 oktober 2011 een e-mail aan TMG gestuurd met daarbij een concept-brief waarin zij sommeert voor 18.00 uur te bevestigen dat de hyperlink naar de foto's zal worden verwijderd. GS Media heeft geen gevolg gegeven aan deze sommatie.

2.2.7 Na daartoe door Sanoma te zijn gesommeerd, heeft Filefactory de foto's van haar website verwijderd.

2.2.8 Bij brief van 7 november 2011 heeft de raadsman van Sanoma c.s. GS Media gesommeerd om het onder 2.2.5 aangehaalde bericht met de daarin opgenomen links, foto's en de erbij geplaatste reacties van haar website te verwijderen.

2.2.9 Op GeenStijl stond op 7 november 2011 een bericht met de titel:

"Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh",

zaaknummer: 200.121.190/01

4

met betrekking tot het inmiddels ontstane geschil tussen GS Media en Sanoma c.s. over de uitgelekte foto's. Het bericht eindigde met:

"Update: naaktpics [Dekker] nog niet gezien? Ze staan **HIERRR**"

Ook dit bericht bevatte een hyperlink, deze leidde naar de website Imageshack.us (hierna: [Imageshack](http://Imageshack.us)) waar een of meer foto's te vinden waren. Ook [Imageshack](http://Imageshack.us) heeft voldaan aan Sanoma's verzoek tot verwijdering.

2.2.10 Een derde bericht met een hyperlink die naar de foto's leidde, verscheen op 17 november 2011 op [GeenStijl](http://GeenStijl.nl) en had als titel:

"Bye Bye Zwaai Zwaai Playboy".

2.2.11 Op het forum van [GeenStijl](http://GeenStijl.nl) plaatsten haar "regeurders" nieuwe links naar andere websites waar de foto's te zien zouden zijn. Voorts heeft Dekker zelf op 1 november 2011 op [Twitter](http://Twitter.com) een link geplaatst die leidde naar een Mexicaanse website waar de foto's zijn geplaatst. Ook die foto's zijn verwijderd.

2.2.12 De foto's zijn in het decembernummer 2011 van [Playboy](http://Playboy.com) gepubliceerd.

2.2.13 Jaarlijks publiceert [GeenStijl](http://GeenStijl.nl) een lijst van de 50 best gelezen *topics* van haar site. In 2011 was dat het artikel over Dekker. In 2012 stond berichtgeving over Dekker op de tweede plaats. Ter zitting heeft M. Burema, hoofdredacteur van [GeenStijl](http://GeenStijl.nl), verklaard dat deze lijsten onzin zijn en dat hij ze zelf verzint, rekening houdend met de interessesfeer van het [geenstijl](http://GeenStijl.nl)publiek.

2.3 Op vordering van Sanoma c.s. heeft de rechtbank, kort en zakelijk samengevat, (i) voor recht verklaard dat GS Media door de openbaarmaking van de foto's inbreuk maakt en heeft gemaakt op (a) de auteursrechten van Sanoma dan wel haar licentiegevers en (b) het portretrecht en de persoonlijke levenssfeer van Dekker, en daarmee onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld, (ii) GS Media verboden door middel van openbaarmaking van de foto's inbreuken te plegen op auteursrechten van Sanoma en/of haar licentiegevers en portretrechten van Dekker, met bepaling van een dwangsom, (iii) GS Media veroordeeld tot vergoeding van de schade die Sanoma c.s. ten gevolge van deze inbreuk hebben geleden, op te maken bij staat, en (iv) GS Media veroordeeld in de proceskosten van Sanoma c.s., op de voet van artikel 1019h Rv begroot op € 28.396,52. De overige vorderingen van Sanoma c.s. heeft de rechtbank afgewezen.

2.4 Met grief 2 betoogt GS Media dat zij door het plaatsen van de hyperlinks op [GeenStijl](http://GeenStijl.nl) de foto's niet heeft openbaar gemaakt.

2.4.1 De rechtbank heeft, na het geven van een definitie van het begrip openbaarmaking en een uiteenzetting met betrekking tot de criteria waarvan, ingevolge de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), kan worden beoordeeld of in een voorkomend geval van openbaarmaking kan worden

zaaknummer: 200.121.190/01

5

gesproken (te weten: interventie, (nieuw) publiek en winstoogmerk), onder meer het volgende overwogen.

Het plaatsen van een hyperlink die verwijst naar de locatie op internet waar een bepaald werk voor publiek toegankelijk is gemaakt, is in beginsel geen zelfstandige openbaarmaking. De terbeschikkingstelling aan het publiek vindt plaats op de website waar de hyperlink naar verwijst (rechtsoverweging 4.11). Als onbetwist staat vast dat de op Filefactory geplaatste bestanden niet door middel van zoekprogramma's kunnen worden gevonden maar alleen toegankelijk zijn voor internetgebruikers indien zij het exacte URL-adres intoetsen (rechtsoverweging 4.10). Niet de plaatsing van de foto's in een voor het publiek onvindbare file binnen Filefactory, maar de plaatsing van de hyperlink op GeenStijl heeft er voor gezorgd dat het publiek vanaf 27 oktober 2011 kennis kon nemen van de foto's voordat deze door Sanoma werden gepubliceerd in Playboy (rechtsoverweging 4.11). De rechtbank is onder meer op grond van het voorgaande tot de conclusie gekomen dat GS Media inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès en het portretrecht en het recht op privacy van Dekker.

2.4.2 In deze procedure is niet komen vast te staan wie de foto's op Filefactory of Imageshack heeft geplaatst. Uit niets blijkt dat dit door of vanwege GS Media is gedaan. De suggestie van GS Media dat Sanoma dit om publicitaire redenen zelf heeft gedaan is louter speculatief en op geen enkele wijze onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Indien juist zou zijn, Sanoma heeft dat op basis van een deskundigenrapport deugdelijk betwist, dat iemand vanuit de organisatie van Sanoma de foto's op de genoemde websites heeft geplaatst is van belang dat onvoldoende is onderbouwd dat dit met toestemming of medeweten van Sanoma zou zijn geschied. Het hof gaat er daarom vanuit dat de foto's door een onbekende derde (of derden) zonder recht of titel op Filefactory, Imageshack en andere websites, zijn geplaatst.

2.4.3 Dat Pownews tijdens haar uitzending van 26 oktober 2011, waarin zij het uitlekken als nieuwsfeit meldde zonder een vindplaats op internet (c.q. het desbetreffende URL-adres) te tonen of te noemen, ook één of twee van de foto's heeft getoond, maakt niet dat zij daardoor de fotoreportage op voor de onderthavige zaak relevante wijze door het publiek toegang te verschaffen heeft openbaar gemaakt, zodat het hof daaraan voorbij kan gaan.

2.4.4 Het hof neemt tot uitgangspunt dat het internet in zijn huidige vorm een vrij, open en voor een ieder toegankelijk communicatienetwerk is. Degene die een werk op internet plaatst zodanig dat dit toegankelijk is voor het publiek (en daardoor mededeling doet aan het publiek in de zin van de Auteursrechtrichtlijn), is degene die dit werk ter beschikking stelt van het publiek en dus openbaart. Verwijzing met een hyperlink naar een aldus op een andere locatie openbaar gemaakt werk is niet veel anders dan met een voetnoot in een boek of tijdschriftartikel verwijzen naar een reeds gepubliceerd ander werk. Een zelfstandige manier van openbaar maken of van interventie daarbij is het geven van een hyperlink in dat geval in beginsel niet.

2.4.5 Sanoma c.s. betogen dat deze algemene regel in dit geval niet opgaat, omdat Filefactory een digitale kluis is waartoe niet geautoriseerde derden geen toegang hebben. De bestanden die een gebruiker op Filefactory heeft opgeslagen, zijn alleen

zaaknummer: 200.121.190/01

6

bereikbaar voor die gebruiker. Wanneer deze een bestand in zijn kluis wil delen met een ander kan hij een unieke code genereren, de *accesslink*. Derden kunnen alleen toegang krijgen tot de bestanden in de digitale kluis indien zij kennis hebben gekregen van de specifieke code van het te delen bestand. Het is dus niet zo dat iedere internetgebruiker toegang heeft tot de digitale kluis. Dat is te minder het geval omdat bestanden op Filefactory niet worden geïndexeerd voor zoekmachines. Tot voor kort was het niet mogelijk de site van Filefactory zelf te doorzoeken, doch dat is sedert september 2013 gewijzigd voor gratis *accounts*, echter *premium accounts* blijven *private by default*, aldus nog steeds Sanoma c.s.

2.4.6 GS Media heeft het voorgaande betoog van Sanoma c.s. en daarmee ook rechtsoverweging 4.10 van de rechtbank bestreden. Volgens haar kunnen bestanden op internet niet alleen gevonden worden door het exacte URL-adres handmatig in te tikken in een browser, maar ook door een hyperlink aan te klikken op een andere webpagina, een e-mailbericht of een twitterboodschap. GS Media betwist dat de bestanden op Filefactory niet door zoekmachines geïndexeerd worden. Websitehouders kunnen zoekmachines weliswaar verzoeken om hun website niet te doorzoeken, maar dat biedt geen garantie dat het desbetreffende bestand onvindbaar blijft.

2.4.7 Indien, zoals Sanoma c.s. stelt maar GS Media betwist, de door een gebruiker op Filefactory geplaatste bestanden inderdaad volmaakt privé blijven, kan door de enkele plaatsingshandeling niet worden gesproken van ter beschikking stellen aan het publiek. Dat kan anders zijn indien de gebruiker zijn digitale sleutel ruim bekend maakt of indien een ander dat doet. Doch daarvoor dient eerst te komen vast te staan dat de inhoud van de bij Filefactory opgeslagen bestanden inderdaad onvindbaar en onbereikbaar is voor het publiek, zoals Sanoma c.s. stellen. Nu GS Media die stelling voldoende gemotiveerd heeft bestreden, ligt het op de weg van Sanoma c.s. bewijs te leveren van hun stelling. Sanoma c.s. hebben geen bewijs -laat staan specifiek bewijs, zoals in hoger beroep wordt verlangd- van hun stelling aangeboden. Dat betekent dat hun stelling onbewezen blijft. Derhalve is niet komen vast te staan dat de foto's op Filefactory volmaakt privé zijn gebleven, zodat het hof er daarom vanuit moet gaan dat een derde de foto's heeft geopenbaard door deze op Filefactory te plaatsen en dat GS Media, hoewel zij de toegang tot de foto's tot op zekere hoogte heeft gefaciliteerd (zie hieronder 2.7.3) niet aan het publiek daartoe een nieuw toegangskanaal heeft verschaft en derhalve geen interventie heeft gepleegd in de zin van de jurisprudentie van het HvJEU. Een onderzoek naar de plaatsing van de foto's op Imageshack en andere websites waar de foto's konden worden bekeken, kan verder onbesproken blijven.

2.4.8 De tweede grief slaagt op de wijze als hiervoor overwogen en behoeft geen nadere bespreking.

2.5 Grief 3.1 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank (rechtsoverweging 4.17) dat GS Media met de openbaarmaking op haar website op 27 oktober 2011 van een uitsnede van één van de foto's inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Sanoma.

zaaknummer: 200.121.190/01

7

2.5.1 Volgens Sanoma c.s. gaat het niet om één maar twee, alternerend getoonde uitsnedes van de foto's. De eerste is een deel van een foto van Dekker in badkleding de andere is volgens Sanoma c.s. een vergelijkbaar deel van een foto, maar dan zonder badkleding. GS Media erkent dat de foto met badkleding een uitsnede is van één van de foto's, maar betwist dat ten aanzien van de andere foto.

Indien Sanoma c.s. de tweede foto alsnog in het debat hadden willen betrekken hadden zij, gelet op vaststelling van de rechtbank en het standpunt van GS Media, dienen te bewijzen dat dit inderdaad een uitsnede van één van de foto's is. Dat bewijs hebben zij aangeboden noch geleverd, zodat het hof alleen als vaststaand kan aannemen dat op GeenStijl een uitsnede van één van de foto's -met badkleding- (hierna: de uitsnede) is getoond.

2.5.2 Niet in geschil is dat de foto's auteursrechtelijk beschermde werken zijn, in die zin dat steeds kan worden gesproken van een eigen intellectuele schepping van Hermès die de persoonlijkheid van deze weerspiegelt en tot uiting komt door de door hem gemaakte vrije creatieve keuzen.

2.5.3 Volgens GS Media is de uitsnede een dermate klein en onherkenbaar deel van één van de foto's, dat deze op zichzelf niet voldoet aan de auteursrechtelijke definitie van een werk, zodat evenmin kan worden gesproken van de openbaarmaking daarvan. Sanoma c.s. voeren daar tegen aan dat ook uit de uitsnede blijkt van originele en subjectieve keuzes van Hermès zoals compositie, kleur, afstand tot Dekker, hoek, belichting en positionering.

2.5.4 Het enkele feit dat een derde slechts een klein deel van een beschermd werk verveelvoudigt en openbaar maakt, betekent niet zonder meer dat daardoor geen auteursrecht wordt geschonden. In dit geval was de uitsnede bedoeld als een zogenaamde 'teaser', dat wil zeggen om de aandacht van het geenstijlpubliek naar de gehele foto en de andere foto's te trekken. Het hof beschouwt de uitsnede daarom als een citaat uit de gehele foto. In artikel 15a Aw is geregeld aan welke voorwaarden een citaat moet voldoen om niet te worden beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht op een werk. Allereerst is daarvoor van belang dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig openbaar is gemaakt. Uit de rechtsoverwegingen 2.4.2 en 2.4.6 volgt dat een derde de foto's zonder recht of titel, en derhalve onrechtmatig, openbaar heeft gemaakt. GS Media was daarvan op de hoogte, zo al niet aanstonds dan toch sinds het verzoek dat Sanoma heeft gedaan om niet tot publicatie over te gaan. Bovendien heeft GS Media verzuimd duidelijk de naam van de maker te vermelden. Nu GS Media niet heeft voldaan aan voornoemde eisen van art. 15a Aw levert de openbaarmaking van de uitsnede inbreuk op auteursrecht op.

2.5.5 GS Media betoogt dat in dit geval nog een belangenafweging moet plaatsvinden. Voor zover zij daarmee bedoelt dat een volledige afweging moet plaatsvinden tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht, is haar opvatting onjuist. Het recht op vrijheid van meningsuiting is een hoogwaardig recht dat -zo volgt uit artikel 10 lid 2 EVRM- alleen kan worden onderworpen aan bij de wet voorziene beperkingen voor zover deze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het auteursrecht zoals geregeld in de Nederlandse Auteurswet is zo een beperking, die

zaaknummer: 200.121.190/01

8

overigens weer wordt ingeperkt door het wettelijk citaatrecht. Slechts in uitzonderlijke gevallen, die ten aanzien van de onderhavige uitsnede zijn gesteld noch gebleken, kan worden aanvaard dat de vrijheid van meningsuiting een inbreuk op het auteursrecht van een ander rechtvaardigt.

2.5.6 Het eerste deel van de derde grief is dus tevergeefs opgeworpen.

2.6 Grief 3.2 die het portretrecht van Dekker betreft, ligt zoals GS Media ook opmerkt in het verlengde van de daaraan voorafgaande grieven.

2.6.1 Nu ten aanzien van grief 2 is geoordeeld dat GS Media geen openbaarmakings-handelingen van de foto's heeft verricht slaagt ook grief 3.2 in zoverre.

2.6.2 Verder betoogt GS Media dat het openbaar maken van de uitsnede geen inbreuk is op het portretrecht van Dekker, omdat daaruit niet kan worden afgeleid om wie het gaat.

Dekker bestrijdt dat, omdat volgens haar uit de context van het artikel waarbij de uitsnede was geplaatst, duidelijk blijkt dat zij en geen ander kon zijn bedoeld.

2.6.3 Onder een portret is te verstaan een herkenbare afbeelding van (het gelaat van) een persoon met of zonder andere lichaamsdelen. In dit geval is niet het gelaat van Dekker afgebeeld bij meergenoemd artikel doch haar in badkleding gebulde buik. Zelfs met een ruime uitleg van het begrip portret, kan in dit geval niet worden aanvaard dat GS Media een portret van Dekker heeft geopenbaard, zodat het tweede deel van grief drie slaagt.

2.7 Uit het voorgaande volgt dat de primaire grondslag waarop Sanoma c.s. hun vordering doen steunen voor het overgrote deel ondeugdelijk is. Alleen de openbaarmaking van de uitsnede van één foto op GeenStijl levert een inbreuk op het auteursrecht van Hermès op. Op grond van de devolutive werking van het appel dient het hof daarom de subsidiaire grondslag van de vorderingen van Sanoma c.s. aan de orde te stellen.

2.7.1 Volgens Sanoma c.s. is de handelwijze van GS Media, ook indien deze de foto's niet heeft openbaargemaakt, onrechtmatig jegens zowel Sanoma als Dekker, omdat (i) zij wist dat het ging om ongeautoriseerde foto's die nog niet eerder in Playboy openbaar waren gemaakt, (ii) zij het geenstijlpubliek oproept de foto's te bekijken, (iii) zij stelselmatig foto's uit Playboy openbaar maakt, (iv) zij profiteert van de onrechtmatige openbaarmaking van de foto's, (v) consumenten als gevolg van de onrechtmatige openbaarmaking zullen afzien van aankoop van het desbetreffende nummer van Playboy, (vi) waardoor zowel Sanoma als Dekker schade lijden. Sanoma voegt daar aan toe dat het willens en wetens verwijzen door middel van een link naar en het profiteren van inbreukmakend materiaal, onrechtmatig is ook als dit geschiedt door een persorgaan.

2.7.2 GS Media bestrijdt dat zij onrechtmatig jegens Sanoma en/of Dekker heeft gehandeld. Volgens haar heeft zij met de vereiste zorgvuldigheid gehandeld nu zij, na

zaaknummer: 200.121.190/01

9

afweging van de belangen van Sanoma c.s. tegen haar eigen belangen en de belangen van het geenstijlpubliek, de hyperlink heeft geplaatst op GeenStijl. In haar overwegingen heeft zij betrokken dat Sanoma de foto's zelf had gelekt en dat aan haar als persmedium bijzondere rechten toekomen om te publiceren over het feit dat de foto's, een *event of contemporary society* volgens GS Media, waren gelekt.

2.7.3 Anders dan GS Media meent is in dit geding, zie ook hiervoor 2.4.2, niet komen vast te staan dat Sanoma de foto's zelf heeft gelekt. Het hof gaat er daarom vanuit dat de foto's zonder recht of titel door een onbekende derde zijn geopenbaard, waardoor deze derde inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Hermès en de portretrechten en privacy van Dekker, hetgeen onrechtmatig is.

GS Media wist dat de publicatie van de foto's door vorenbedoelde derde onrechtmatig was. Niet alleen had zij dat al kunnen begrijpen doordat zij de link naar de foto's kreeg toegespeeld door iemand die zich van een kennelijke schuilnaam bediende, maar Sanoma heeft haar nog vóór de publicatie van het artikel met de hyperlink erop gewezen dat de foto's op onrechtmatige wijze waren verkregen en bovendien heeft zij GS Media kort na de plaatsing van de hyperlink gesommeerd deze te verwijderen, waaraan GS Media niet heeft voldaan. Bovendien heeft zij nadat Filefactory had voldaan aan de sommatie van Sanoma c.s. een nieuwe link geplaatst en voorts toegelaten dat haar "reaguurders" nieuwe links plaatsten.

Uit niets blijkt dat het geenstijlpubliek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden. Het plaatsen van de hyperlink had derhalve in hoge mate een faciliterend karakter en bovendien kunnen de teksten van de artikelen waarin de hyperlinks waren opgenomen niet anders worden begrepen dan als enthousiasmerend voor het geenstijlpubliek om de illegaal geplaatste foto's te bekijken.

Dat alles bijeen maakt dat GS Media jegens Sanoma c.s. heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

2.7.4 Uit het verweer van GS Media begrijpt het hof dat zij stelt dat de omstandigheid dat GS Media een persmedium is, het plaatsen van hyperlinks rechtvaardigt, omdat zij de misstand dat herhaaldelijk Playboy reportages voortijdig uitlekten alleen op serieuze manier aan de kaak kon stellen door hyperlinks te plaatsen om daarmee aan te tonen dat inderdaad opnieuw drukproeven van een fotoreportage waren gelekt.

2.7.5 Sanoma c.s. bestrijden dat GeenStijl een nieuwsmedium *pur sang* is dat een bijdrage levert aan de pluriformiteit van het publieke debat. De *core business* van GeenStijl is *soft news*, berichtgeving over *celebrities*, *lifestyle*, film en seks. In dat verband verwijzen Sanoma c.s. naar de jaarlijks gepubliceerde top 50 van GeenStijl. Aan GeenStijl komt minder bescherming toe dan aan media die het zogenaamde *hard news* publiceren, aldus Sanoma c.s..

2.7.6 Hoewel de in dit geding overgelegde uitingen van GeenStijl niet direct bijdragen tot de overtuiging dat zij op een serieuze manier maatschappelijke misstanden aan de kaak wil stellen, zal het hof er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat dit wel het geval is. Zoals de rechtbank ook heeft overwogen (rechtsoverweging 4.29) stond het GS Media vrij via GeenStijl te publiceren dat de foto's reeds vóór publicatie daarvan

zaaknummer: 200.121.190/01

10

waren uitgelekt. Het stond haar daarbij ook vrij enige feitelijke onderbouwing te geven van haar mededeling. Maar niet kan worden aanvaard dat er een *pressing need* bestond om de hyperlink te plaatsen waardoor het geenstijlpubliek toegang kreeg tot alle foto's. Kennisneming van alle foto's was niet een publiekbelang maar klaarblijkelijk, de context waarin de hyperlink is geplaatst wijst daar op, bedoeld om de nieuwsgierigheid van het geenstijlpubliek te bevredigen. Het beroep van GS Media op artikel 10 EVRM gaat in dit geval dus niet op, ook niet waar het de vraag naar de schending van het portretrecht van Dekker betreft, zodat grief 4 geen doel treft.

2.7.7 GS Media heeft derhalve onrechtmatig gehandeld door het geenstijlpubliek te faciliteren en te enthousiasmeren kennis te nemen van de foto's door welks plaatsing op het internet zowel het auteursrecht van Hermès als het portretrecht en de privacy van Dekker zijn geschonden. GS Media dient de schade van Sanoma c.s. die haar kan worden toegerekend, te vergoeden. De mogelijkheid dat Sanoma c.s. als gevolg van het handelen van GS Media enige schade hebben geleden is aannemelijk, zodat een verwijzing naar een schadestaatprocedure mogelijk is. In die procedure kan een eventueel eigenschuldverweer -bijvoorbeeld inhoudend dat Dekker zelf ook een hyperlink naar de foto's heeft geplaatst- aan de orde komen.

2.8 Grief 5 is gericht tegen de door de rechtbank uitgesproken veroordelingen. Nu het hof de grieven van GS Media gedeeltelijk gegrond heeft bevonden, zal het hof het vonnis vernietigen en in overeenstemming met hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, beslissen als hierna te doen. Partijen worden elk op enige punten in het ongelijk gesteld. Het hof zal daarom de kosten van zowel de eerste aanleg als het hoger beroep compenseren als hierna te bepalen.

3. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis, en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat GS Media inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hermès, die in dit geding door Sanoma wordt vertegenwoordigd, door een uitsnede van één van diens meerbedoelde foto's op de website GeenStijl te plaatsen;

verbiedt GS Media verdere openbaarmaking van deze uitsnede;

bepaalt dat GS Media een dwangsom verbeurt van € 1.000,-- voor iedere dag dat zij niet voldoet aan voormeld verbod, met een maximum van € 50.000,--;

verklaart voorts voor recht dat GS Media onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma c.s. door meerbedoelde hyperlinks op de website van GeenStijl te plaatsen;

veroordeelt GS Media tot vergoeding van de schade die Sanoma c.s. door de hiervoor bedoelde inbreuk en onrechtmatige daad hebben geleden, op te maken bij staat;

zaaknummer: 200.121.190/01

11

bepaalt dat ieder partij de eigen kosten draagt, zowel van de eerste aanleg als het hoger beroep;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mr. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, mr. J.H. Huijzer en mr. N. van Lingen, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 19 november 2013.

