



Paperboy

Noot onder Bundesgerichtshof 17 juli 2003, I ZR 259/00¹

De integrale uitspraak vindt u op <www.javisite.nl>.

REMY CHAVANNES EN WILFRED STEENBRUGGEN* In het Nederlandse recht wordt er vrij algemeen van uitgegaan dat het aanbrengen van hyperlinks naar materiaal dat met toestemming van de rechthebbende is gepubliceerd en niet anderszins strafbaar of onrechtmatig is, in beginsel is toegestaan. Dat blijkt (in beperkte mate) al uit *Kranten.com*² en is door de Hoge Raad in *El Cheapo*³ vermoedelijk onaangetast. Het lijkt ook de consensus in de literatuur te zijn.⁴ Meestal wordt de toelaatbaarheid van hyperlinks beargumenteerd door te wijzen op de onschuldigheid van de loutere verwijzingsdaad die zij verrichten en de nuttigheid, ja onmisbaarheid die zij bij het ontsluiten van de stortvloed aan informatie op internet vervullen.⁵

Sommigen twisten echter nog over de vraag hoe het aanbrengen van een hyperlink vanuit het perspectief van het intellectuele eigendomsrecht gekwalificeerd dient te worden. Verricht de aanbrenner van een hyperlink een openbaarmaking of verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin, zoals wellicht uit artikel 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn kan worden afgeleid?⁶ En zo ja, kan de eventuele rechthebbende dan worden geacht stilzwijgend zijn toestemming (een *implied licence*) te hebben gegeven door het werk of databank via internet toegankelijk te maken zonder technisch maatregelen tegen hyperlinking te treffen?⁷ Bovenvermelde rechtspraak geeft in elk geval op deze vragen nog geen eenduidig antwoord.

Met *Paperboy* doet het Bundesgerichtshof (BGH), de hoogste Duitse rechter voor civiele zaken, een principiële uitspraak over de toelaatbaarheid van hyperlinks vanuit het perspectief van het recht van

de intellectuele eigendom en de ongeoorloofde mededinging. Deze uitspraak is niet alleen belangrijk voor websitehouders die zelf hyperlinks aanbrengen, van belang, maar ook, en vooral, voor search engines, zoals Google. Hoewel het Duitse (IE-)recht het Nederlandse niet is, kan deze uitspraak en de daarbij door het BGH gehanteerde redeneringen ook voor het Nederlandse recht bruikbaar zijn.

Feiten | Gedaagden boden – totdat deze rechtszaak daar een einde aan maakte – op internet een gratis zoekmachine onder de naam Paperboy⁸ aan die op verzoek volledig geautomatiseerd en systematisch het dagelijkse online-aanbod van meer dan 300 nieuwsaanbieders en dagbladen, onder meer ook van eisers Handelsblatt, doorzoekt. Op basis van een concrete zoekopdracht levert Paperboy een lijst vindplaatsen van krantenartikelen en persberichten die aan de door de gebruiker ingevoerde zoekcriteria voldoen. De resultaten worden door Paperboy in de vorm van directe hyperlinks gepresenteerd. Door de hyperlinks aan te klikken, krijgt de gebruiker direct toegang tot het artikel. De hyperlink is weergegeven in de vorm van een bronvermelding

en is daarnaast voorzien van begeleidende informatie, zoals de titel van de publicatie, een aantal trefwoorden en (delen van) zinnen uit het artikel. Deze informatie geeft de gebruiker een indicatie van de inhoud van het artikel. Naast de zoekmachine Paperboy bieden gedaagden op hun website ook een nieuwsdienst onder de aanduiding 'Ihre persönliche Tageszeitung' aan waarvoor gebruikers zich kunnen aanmelden. Op basis van door hem op de website ingevoerde zoekcriteria wordt de gebruiker elke ochtend per e-mail een lijst van vindplaatsen in de vorm van deeplinks toegestuurd. Uitgeverij Handelsblatt was van mening dat Paperboy haar rechten met betrekking tot de online-versie van Handelsblatt en DM schond. Meer in het bijzonder stelde zij zich op het standpunt dat Paperboy in strijd handelt met haar auteurs- en databankrechten door zonder haar toestemming hyperlinks naar de artikelen op haar website aan te brengen en gedeelten hieruit over te nemen. Bovendien waren naar de mening van de uitgever de zoekdienst Paperboy en het dagelijkse nieuwsoverzicht per e-mail in strijd met de eerlijke mededinging, omdat sprake was van het onrechtmatig profite-

* **Mr. R.D. Chavannes** is advocaat te Amsterdam. E-mail: remy.chavannes@stibbe.com
Mr. drs. W.A.M. Steenbruggen is als projectonderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam verbonden. E-mail: steenbruggen@jur.uva.nl



ren van andermans prestatie en goede naam en de exploitatie door de recht-hebbende zelf belemmerd wordt. Ten slotte achtte zij de slogan 'Ihre persönliche Tageszeitung', waarmee Paperboy de e-mailnieuwsdienst aanprezen, misleidend, aangezien de gebruikers niet de informatie zelf via e-mail ontvingen, maar slechts via een serie hyperlinks.

Op grond hiervan vorderde de uitgever een verbod om:

- 1 in het zakelijke verkeer de zoekmachine Paperboy aan te (laten) bieden en/of daarvoor reclame te (laten) maken, voorzover dit op DM en/of Handelsblatt betrekking heeft; en/of
- 2 de samenstelling van een persoonlijk dagblad aan te (laten) bieden, op de wijze waarop zij dit op hun website, blijkens de prints die daarvan gemaakt en bijgevoegd zijn, doen, te staken en gestaakt te houden.

De rechter in eerste aanleg heeft de vorderingen op grond van strijd met een eerlijke mededinging toegewezen. In hoger beroep vernietigde het Oberlandesgericht Köln (OLG) deze uitspraak echter. Het OLG deelde weliswaar het oordeel van het Landsgericht dat er geen sprake was van een inbreuk op de auteurs- en databankrechten van Zeitungsverlag Handelsblatt, maar vond bovendien dat Paperboy niet in strijd was met het recht op de geoorloofde mededinging of anderszins onrechtmatig was. De eerste vordering werd alsnog afgewezen. Het achtte de aanprijzing 'Ihre persönliche Tageszeitung' echter wel misleidend. Het vonnis in hoger beroep was bij verstek van de uitgever geweest. Hij vroeg het BGH in herziening alsnog de door het OLG afgewezen vordering toe te wijzen. Aan de orde is dus slechts de toelaatbaarheid van het informatiezoeksysteem, niet van de e-mail-nieuwsbrief.

Over de vraag naar de toelaatbaarheid van Paperboy had het BGH kort kunnen zijn. Het komt namelijk al snel tot de conclusie dat de vordering niet aan de eisen van het Duitse civiele procesrecht voldoet. Eiseres wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard. Het BGH grijpt echter de gelegenheid aan om zich in een uitvoerige obiter dictum eens principieel over de auteurs- en databankrechtelijke kwalificatie van hyperlinks en zoekmachines uit te spreken.

Geen verveelvoudiging | Zowel in Duitsland als Nederland wordt algemeen aangenomen dat het aanbrenge van een hyperlink naar een auteursrechtelijk beschermd werk geen verveelvoudiging van dat werk inhoudt. De rechter in *Kranten.com* volgde deze benadering al en onlangs werd dit uitgangspunt weer eens bevestigd in *Batavus/Bikemotion*.⁹ Ook het BGH sluit zich bij de heersende leer aan om dan vast te stellen:

'Ein Link ist lediglich eine elektronische Verknüpfung der den Link enthaltenden Datei mit einer anderen in das Internet eingestellten Datei. Erst wenn der Nutzer den Link anklickt, um diese Datei abzurufen, kann es zu einer urheberrechtlichen Vielfältigung – im Bereich des Nutzers – kommen.'

Met andere woorden, pas wanneer de gebruiker de hyperlink aanklikt, kan sprake zijn van verveelvoudiging, maar dan door de gebruiker. Of hier inderdaad sprake is van verveelvoudiging door de gebruiker, laat het BGH echter in het midden. Naar ons idee is dat inderdaad het geval, maar betreft het een auteursrechtelijk irrelevante verveelvoudiging die met toestemming – zo niet opzet – van de rechthebbende geschiedt. De rechthebbende plaatst zijn werk online *opdat het gelezen wordt* en kan zich er dus niet tegen verzetten als dat gebeurt. Dit zou ons inziens anders kunnen zijn als dat lezen geschiedt in een andere context of omgeving dan de rechthebbende heeft neergezet, dus bijvoorbeeld als Paperboy de artikelen in een frame op haar eigen website had aangeboden. Maar als men gewoon naar het artikel op de server van de rechthebbende wordt gebracht, kan van een verboden verveelvoudiging ons inziens geen sprake zijn. Ook zonder uit te gaan van de impliciete toestemming van de rechthebbende kan aansluiting gezocht worden bij artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn, waardoor in het bijzonder het browsen als voorbijgaande (tijdelijke en technisch noodzakelijke) verveelvoudigingshandeling niet als verveelvoudiging wordt aangemerkt.¹⁰ Bovendien zullen vaak ook andere beperkingen een rol spelen bij dit verveelvoudigen door de gebruiker, met name de persexceptie (artikel 5 lid 3 sub c van de richtlijn) en de privé-kopie-exceptie (artikel 5 lid 2 sub b).

Een interessante vraag is of de aanbrenge van een hyperlink die de verveelvoudiging door de gebruiker causaal beïnvloedt of mogelijk maakt, een inbreuk op auteursrecht bevordert of daaraan deelneemt. Uiteraard speelt die vraag alleen als de hyperlinker of de gebruiker inbreuk plegen.¹¹ Het BGH gaat, zoals gezegd, niet in op de vraag of hier sprake is van auteursrechtinbreuk door de gebruiker, maar laat zich wel in principiële zin uit over de vraag of de activiteit van de linkzetter als het bevorderen van auteursrechtinbreuk kan worden aangemerkt. Het BGH overweegt dat het aanbrenge van een hyperlink in elk geval niet als het bevorderen van auteursrechtinbreuk kan worden aangemerkt, wanneer de rechthebbende het werk, zonder technische beschermingsmaatregelen te treffen, via internet voor het publiek toegankelijk heeft gemaakt.

'Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann. Es ist seine Entscheidung, ob er das Werk trotz der Möglichkeit, daß nach Abruf auch rechtswidrige Nutzungen vorgenommen werden, weiter zum Abruf bereithält. Es wird deshalb grundsätzlich kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links) erleichtert wird.'

Aanvullend wijst het BGH erop dat het oordeel anders kan luiden, wanneer de rechthebbende technische beschermingsmaatregelen tegen directe hyperlinks treft.

Geen openbaarmaking | Het Duitse auteursrecht kende ten tijde van dit arrest niet het begrip openbaarmakingsrecht dat het Nederlandse auteursrecht kenmerkt. Wel biedt paragraaf 17 en verder van het Duitse *Urheberrechtsgesetz* een aantal aanvullende *Nutzungsrechte*, die inhoudelijk gezien hetzelfde terrein bestrijken.¹² Het BGH overweegt vervolgens dat het aanbrenge van deeplinks ook geen openbaarmaking vormt.

'Wer einen Hyperlink auf eine vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachte Webseite mit



einem urheberrechtlich geschützten Werk setzt, begehrt damit keine urheberrechtliche Nutzungshandlung, sondern verweist lediglich auf das Werk in einer Weise, die Nutzern den bereits eröffneten Zugang erleichtert.'

Bepalend is volgens het BGH dat het werk al door de rechthebbende zonder toedoen van de linkzetter online is gezet en daardoor voor het publiek toegankelijk is gemaakt. De hyperlink vergemakkelijkt slechts de toegang tot het werk. Degene die de hyperlink aanbrengt:

'hält weder das geschützte Werk selbst öffentlich zum Abruf bereit, noch übermittelt er dieses selbst auf Abruf an Dritte. Nicht er, sondern derjenige, der das Werk in das Internet gestellt hat, entscheidet darüber, ob das Werk der Öffentlichkeit zugänglich bleibt.'

Dit is volgens het BGH niet anders onder artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn, waarin het exclusieve 'recht van mededeling aan het publiek' is verankerd. Het Hof gaat helaas verder niet al te diep op de betekenis van dit artikel in, dat ook pas na deze uitspraak in de Duitse Auteurswet is geïmplementeerd. In de Duitse literatuur is wel verdedigd dat het aanbrengen van deeplinks als 'mededeling aan het publiek' dient te worden beschouwd.¹³ Ook in de Nederlandse literatuur wordt op deze mogelijkheid gewezen.¹⁴ Daarvoor zou pleiten dat een nieuw publiek door middel van de hyperlink toegang tot het werk krijgt.¹⁵

Geen inbreuk op databankrecht | Het BGH gaat ten slotte nog in op de vermeende schending van het databankrecht. Dit aspect was van belang, aangezien Paperboy niet alleen naar artikelen van de uitgever linkte, maar daarbij een automatisch en routinematig zoekproces hanteerde, waarbij zij gebruikers ook trefwoorden en korte tekstgedeelten uit de inhoud ter beschikking stelden. Dit oordeel is daarom niet alleen voor de vraag naar de toelaatbaarheid van deeplinks van belang, maar bovendien voor de activiteiten van zoekdiensten en zoekmachines.

Dat het aanbrengen van een hyperlink als zodanig geen strijd met een databankrecht van eiseres oplevert, is consequent, nu het BGH al had aangenomen dat het aanbrengen van een hyperlink een niet

aan de auteursrechthebbende voorbehouden handeling is. Dat laat echter onverlet dat het weergeven van de titel, trefwoorden en zinsdelen om de inhoud te beschrijven, wel degelijk een verveelvoudiging dan wel openbaarmaking van kleine delen van de databank omvat.

In de Kranten.com-zaak loste de President de databankrechtelijke kwestie op door aan te nemen dat de titellijst weliswaar geen databank was in de zin van de wet omdat geen sprake was van de door de definitie in artikel 1 lid 1 sub a Dw geëiste substantiële investering. Hij paste de zogenaamde spin off-benadering toe.¹⁶ Hier gaat het BGH er veronderstellenderwijs van uit dat de website van eiseres een databank is. De rechter stelt bovendien vast dat Paperboy herhaaldelijk en systematisch gebruik van die databank maakt. Een beroep op het databankenrecht is echter toch niet mogelijk, omdat het gebruik slechts de weergave van zeer kleine bestanddelen (niet-substantieel) van de databank omvat. Er is geen sprake van een gebruik dat een normale exploitatie van de databank frustrereert. Paperboy bevordert het gebruik van de databank juist, aldus het BGH.

Wat is de betekenis van deze uitspraken voor het Nederlandse recht? |

Het BGH gaat over het Nederlandse noch het gemeenschapsrecht. De wijze waarop het BGH zich uitspreekt over de toelaatbaarheid van hyperlinks en zoekmachines zou echter direct in het Nederlandse recht kunnen worden toegepast. In het Nederlandse recht viel al een lijn waar te nemen waarin het aanbrengen van een hyperlink naar elders rechtmatig openbaar gemaakt materiaal waarschijnlijk toelaatbaar werd geacht. In deze uitspraak wordt op basis van de essentiële functie die de hyperlink en zoekmachines in de context van het internet vervult, het aanbrengen van een hyperlink (door een zoekdienst of anders) principieel toelaatbaar geacht. Het aanbrengen van een hyperlink naar elders gepubliceerd materiaal is toegestaan, in elk geval zolang de rechthebbende geen adequate technische beschermingsmaatregelen heeft getroffen. Je zou uit deze uitspraak zelfs kunnen afleiden dat het aanbrengen van een hyperlink naar informatie die elders op internet (rechtmatig dan wel onrechtmatig) gepubliceerd is, altijd rechtmatig is, tenzij er bijzondere

omstandigheden zijn die het hyperlinken onrechtmatig maken.

Bij zoekmachines waarbij geautomatiseerd hyperlinks worden aangemaakt op basis van een zoekopdracht van de gebruiker, zouden dergelijke bijzondere omstandigheden voorliggen, wanneer de aanbieder weet dat de informatie waarnaar de hyperlink verwijst, onrechtmatig is en hij de intentie heeft onrechtmatige informatie te verspreiden. Gedacht kan worden aan zoekmachines die zich in het bijzonder toeleggen het toegankelijk maken van illegale MP3-bestanden of racistisch materiaal.

Wanneer een hyperlink op een website wordt aangebracht, zou, naast de omstandigheid dat de rechthebbende technische beschermingsmaatregelen heeft getroffen, daarbij gedacht kunnen worden aan de bijzondere omstandigheden die in de recente Leeuwarder casus Bikemotion/Batavus voorlagen.¹⁷ In deze zaak had fietsenhandelaar Bikemotion op zijn site een hyperlink in de vorm van het beeldmerk van Batavus gezet. Bij het aanklikken van de hyperlink werd de site van Batavus in een frame van Bikemotion geladen, waardoor het publiek volgens Batavus en de rechter de indruk kon krijgen dat Bikemotion een dealer van fietsenfabrikant Batavus was, hetgeen niet (meer) het geval was. De voorzieningenrechter achtte de (vormgeving van de) hyperlink in strijd met het merkrecht van Batavus en de manier waarop naar de site van Batavus gelinkt werd, misleidend. Hij oordeelt net als het BGH dat het aanbrengen van de hyperlink als zodanig niet onrechtmatig is, maar dat de specifieke omstandigheden dat anders kunnen maken. Het lijkt ons juist om het framen van andermans content in de eigen site in de meeste gevallen als misleidend en inbreukmakend te beschouwen. Het bewust omzeilen van andermans doeltreffende technische anti-hyperlinkstrategie kan dat evenzeer zijn.

In de gedecentraliseerde, horizontale en interactieve context van het internet spelen hyperlinks en zoekmachines een onmisbare rol bij het ontsluiten van informatie. Paperboy toont aan dat de auteurs- en databankrechthebbende die zijn werk wil exploiteren, rekening dient te houden met de context waarin de exploitatie plaatsvindt en niet andersom. Door zijn werk openbaar te maken op internet, neemt hij



voor lief dat het publiek er gebruik van zal kunnen maken, ook op wijzen die hij niet zelf had voorzien of gewild. Alleen de techniek kan dan nog de reikwijdte van 's publieks gebruiksrecht beperken.

Noten

- 1 <http://www.bundesgerichtshof.de/entscheidungen/entscheidungen.php>
- 2 Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, in: *Informatierecht/AMI* 2000-10, p. 207-210, m.nt. K.J. Koelman; in: *Mediaforum* 2000-10, m.nt. T.W.F. Overdijk (Kranten.com).
- 3 Zie bijvoorbeeld HR 22 maart 2002, in: *Computerrecht* 2002-3 (El Cheapo).
- 4 Zie R.D. Chavannes, 'Hype of echt link? De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines', in: *JAVI* 2003/1, pp. 2-10 en de daarin (noot 13) genoemde vindplaatsen.
- 5 Zie bijvoorbeeld Koelman in zijn noot bij Kranten.com.
- 6 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEG* L 167/10, 22 juli 2001. Dat het aanbrengen van hyperlinks als openbaarmaking kwalificeert, is in buitenlandse zaken enkele malen aangenomen, zie Danish High Court 20 April 2001. [www.koda.dk/usr/koda/koda-web.nsf/filer/deepinkingverdict/\\$file/deep+linking+verdict.pdf](http://www.koda.dk/usr/koda/koda-web.nsf/filer/deepinkingverdict/$file/deep+linking+verdict.pdf) en Kelly v. Arriba Soft, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).
- 7 Zie wederom Koelman in zijn noot bij Kranten.com en Chavannes, op. cit., p. 7.
- 8 Op <http://www.paperboy.de> is nu niets meer te vinden, maar via <http://web.archive.org/web/20000302035944/www.paperboy.de/> kan men ongeveer zien hoe het er zijn hoogtijdagen moet hebben uitgezien.
- 9 V.zr. Rb. Leeuwarden 30 oktober 2003, LJN AN4570.
- 10 Geïmplementeerd in § 44a UrhG.
- 11 Zie in dit verband Chavannes, op. cit., dat met name ingaat op aansprakelijk voor hyperlinks materiaal dat op het internet wordt geplaatst zónder toestemming van de rechthebbende of anderszins onrechtmatig is.
- 12 Sinds de implementatie van de Auteursrecht-richtlijn per 13 september 2003 noemt § 19a ook expliciet het Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.
- 13 Zie B. Stomper, 'Urheberrechtliche Aspekte von Links', in: *OBI* 2002-5, p. 212-221, online op: <http://www.hugelaw.com/new/texte/links-urhg.pdf> (geraadpleegd op 17 november 2003).
- 14 Zie bijvoorbeeld H. Struik in zijn noot bij HR 22 maart 2002, in: *Computerrecht* 2002-3 (El Cheapo).
- 15 Vergelijk HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697. (kabeldoorgifte als secundaire openbaarmaking). Zie de conclusie van A-G Verkade bij het (bij het ter perse gaan van dit nummer nog niet gewezen) arrest Kazaa/Buma Sterra, CO2/186 HR (http://www.solv.nl/nieuws_docs/387Conclusie%20A-G%20031003.PDF), met name § 5.9 - 5.11 en de daar genoemde literatuur, waaronder ook E.J. Dommering, 'De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs. Het kabelpiratenarrest revisited in de tijd van Internet', in: D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser (red.), *Intellectuele eigenaardigheden* (Bremer-bundel), Kluwer, 1998, p. 75 e.v. en D.J.G. Visser, 'Napsteren, gnutellen en de afwezigheid van legale muziek op internet', in: *Computerrecht* 2001/3, p. 131 e.v.
- 16 Zie bijvoorbeeld P.B. Hugenholtz, 'De spin-off theorie uitgesponnen', in: *AMI* 2003-5, p. 161-167.
- 17 Zie de noot van Christiaan Alberdingk Thijm bij deze uitspraak, op p. 215 in dit nummer van JAVI.