



Universiteit
Leiden
The Netherlands

annotatie bij HR 22 maart 2002 (NVM/Telegraaf)

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2002). annotatie bij HR 22 maart 2002 (NVM/Telegraaf). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3289>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3289>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4.106 Daar komt nog bij dat De Telegraaf het betoog van NVM heeft bestreden. Het Hof heeft overwogen dat een kort geding zich niet leent voor het uitzoeken van de vraag wiens stellingen op dit punt juist zijn. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste opvatting.⁶⁸ Ook daarop stuit de klacht af. Ook subonderdeel 6.3 vindt hierin zijn Waterloo.

4.107 Subonderdeel 6.4 ziet er aan voorbij dat 's Hofs daarin bestreden oordeel uitgaat van de veronderstelling dat wél is komen vast te staan dat De Telegraaf – kort gezegd – heeft gehandeld in strijd met art. 32a Aw Nu de daartegen gerichte klachten (6.2 en 6.3) m.i. falen, kom ik aan de klacht van subonderdeel 6.5 niet meer toe.

4.108 Subonderdeel 6.5 strandt op dezelfde klip.

4.109 Subonderdeel 6.7 loopt reeds hierop stuk dat het Hof slechts wordt verweten een theoretische vraag niet te hebben beantwoord. Dat behoort evenwel niet tot de taak van de rechter. NVM voert niet aan dat en zet al helemaal niet, aan de hand van vindplaatsen in de stukken, uiteen waarom het Hof die vraag in voor NVM bevestigende zin had moeten beantwoorden.

4.110 Bovendien heeft het Hof m.i. voldoende duidelijk aangegeven dat het de door de klacht genoemde stellingen van de hand wijst. Ik moge verwijzen naar de bespreking van subonderdeel 6.2.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden,
mr. J. Spier
Advocaat-Generaal

Noot

D.J.G. Visser

'In deze procedure doen de nadelen die kleven aan een kort geding zich sterk gevoelen. In prima heeft NVM De Telegraaf overvallen met een nauwelijks aanknopingspunten biedende dagvaarding. Het gehele debat heeft zich eerst bij pleidooi ontspannen. In appèl waren de rollen omgekeerd. De grieven van De Telegraaf boden weinig houvast en wederom lag het zwaartepunt op de pleidooien. Talloze voor de zaak wezenlijke feitelijke kwesties – zoals de precieze werkwijze van El Cheapo – zijn aldus onvoldoende uitgekristalliseerd. Het moge zijn dat het Hof te weinig acht heeft geslagen op een aantal feitelijke stellingen, m.i. kan NVM daar geen garen bij spinnen. Waar partijen van mening verschillen en niet ten minste (zeer) aannemelijk is dat het feitelijke gelijk bij één hunner ligt, is het m.i. in het algemeen een te grote stap om zich desondanks te bekeren tot de door de eisende partij aangedragen stellingen. Dat heeft zij zelf over zich afgeroepen door het entameren van een kort geding en door te procederen als hierboven vermeld.'

Aldus stelt AG Spier in orderdelen 4.2 en 4.3 van zijn conclusie vóór dit arrest een werkwijze aan de kaak die in de Nederlandse kort geding praktijk eerder regel dan uitzondering begint te worden. De AG was daarom in zijn conclusie veel terughoudender dan de Hoge Raad en stelde slechts vernietiging op een ondergeschikt punt voor.

De Hoge Raad zelf stapt echter zonder veel problemen heen over de feitelijke onduidelijkheden en het tekortschieten van beide

partijen op het vlak van tijdig stellen en bewijzen, althans aannemelijk maken van relevante feiten. Voor de feiten waarvan is uitgegaan zij verwezen naar overweging 3.1 van het arrest.

Heel kort komt het er op neer dat De Telegraaf onder de naam El Cheapo een zoekmachine aanbiedt voor onroerend goed databanken op Internet, waaronder die van NVM. NVM stelt zich op het standpunt dat De Telegraaf daarmee inbreuk maakt op haar databankenrecht, auteursrecht, geschriftenbescherming en tevens onrechtmatig handelt. De President gaf NVM gelijk, het Haagse Hof vernietigde die uitspraak en wees alles af.

Een verzameling databanken?

NVM betoogt dat de NVM-database mede omvat een grote hoeveelheid kleinere databanken van de verschillende steden en dorpen en dat slechts de afzonderlijke databanken zijn te raadplegen. De achtergrond van deze (subsidiäre) stellingname van NVM was dat per zoekopdracht een substantieel deel van een dergelijke kleinere (deel)databank werd opgevraagd, wat van één grote databank niet of minder goed verdedigd kon worden.

Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat de NVM-database onder meer de mogelijkheid opent om 'door op de homepage van NVM de functietoets "Zoek een koopwoning" aan te klikken en vervolgens op de volgende pagina enige criteria aan te geven (...) te zoeken in het totale woningbestand van NVM c.s. in Nederland (...)'.

Dit is, volgens de Hoge Raad, evenwel niet een begrijpelijke weerlegging van het door NVM aan haar stelling ten grondslag gelegde betoog dat het voor een zoekopdracht steeds noodzakelijk is een plaats op te geven, zodat met een afzonderlijke zoekopdracht niet in het totale bestand in Nederland, maar telkens slechts in het op de opgegeven plaats betrekking hebbende bestand kan worden gezocht.

Het is opmerkelijk dat de AG hierover zegt (in 4.12): 'het onderdeel stuit af op de niet in appel bestreden feitenvaststelling door de President (overgenomen door het Hof) dat ook per provincie kan worden gezocht (zie hiervoor onder 2.2). Daarom kan – naar rechts moet worden aangenomen – geen sprake zijn van afzonderlijke bestanden die het slechts mogelijk maken per stad of dorp te zoeken'.

In theorie heeft de Hoge Raad m.i. gelijk dat een databank kan bestaan uit een verzameling deeldatabanken. Maar maakt dat in casu iets uit? Zo'n deel-databank is alleen beschermd als hij ook als een zelfstandige databank kan worden aangemerkt, en hij is alleen beschermd als er substantieel in is geïnvesteerd. Maar als dat laatste het geval is, vormt hij vermoedelijk ook een substantieel deel van de grotere verzameldatabank waar hij deel van uitmaakt, dus hij is ook uit dien hoofde beschermd.

Substantiële investering; spin-off

Het Haagse Hof was van oordeel dat de NVM-databank niet voor databankrechtelijke bescherming in aanmerking kwam, omdat er van de zijde van de NVM sprake was van a) 'een niet onderbouwde opstelling van cijfers', b) waarvan het grootste deel was betaald door NVM-leden (en dus niet door de NVM zelf) en dat c) 'onvoldoende aannemelijk is dat de [...] vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet'. (cursivering DV).

Deze laatste overweging c) heeft veel stof doen opwaaien en wordt, m.i. ten onrechte, door het Haagse Hof en door de critici van 's Hofs arrest in verband gebracht met de omstreden spin-off-theorie.

Alvorens de kwestie van de spin-off te bespreken, wil ik er echter op wijzen dat de AG in zijn conclusie (nr. 4.23 - 4.28), m.i. terecht, tot het oordeel komt dat het feitelijk oordeel van het Hof dat er sprake is van 'een niet onderbouwde opstelling van cijfers'. 's Hof's oordeel dat in casu geen substantiële investering aannemelijk is gemaakt, zelfstandig kan dragen (nr. 4.26) en dat NVM derhalve eigenlijk geen belang (nr. 4.28) heeft bij haar klachten over de andere grondslagen.

NVM heeft geluk dat de Hoge Raad hier kennelijk geen gewicht aan toekent en zich gretig op de spin-off-kwestie stort.

Het oordeel van het Haagse Hof dat de NVM-databank op Internet niet beschermd zou zijn omdat daarvoor onvoldoende is geïnvesteerd voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet lijkt mij, mét de Hoge Raad en de andere vele critici van 's Hof's arrest, inderdaad niet juist.

Als NVM zou bewijzen dat zij in haar databank, die aanvankelijk voor intern gebruik bestemd was, substantieel heeft geïnvesteerd, – hetgeen zij volgens het Hof en de AG overigens nog niet heeft gedaan, maar waar zij naar mijn inschatting mogelijk wel toe in staat zou kunnen zijn – , dán geldt dat evenzeer voor diezelfde databank, wanneer die wordt aangewend voor een toepassing op internet. Het door het Haagse Hof ten deze gemaakte onderscheid is gekunsteld en onjuist.

Mét de AG (zie nr. 4.40) ben ik echter van mening dat dit niets met spin-off te maken heeft. De spin-off-theorie, als ontvouwd door de Nederlandse wetgever (de Minister van Justitie op aangeven van de PvdA-fractie; zie Parl. Gesch. Dw, p. 58-59), houdt in, zoals het Haagse Hof op zichzelf terecht aangeeft, dat 'een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofd- of een andere activiteit van de producent'.

Uit de voorbeelden die door de wetgever worden gegeven blijkt duidelijk dat die andere (hoofd-)activiteit iets anders is dan het totstandbrengen van een databank. Het gaat om het toekennen van Michelin-sterren, het ontdekken van sterrenstelsels en (mogelijk) om het programmeren van een televisiezenders. Ook de voorstanders van de spin-off theorie (afgezien van het Haagse Hof) stellen zich bij mijn weten nooit op het standpunt dat een databank niet beschermd is als in het totstandbrengen ervan wél substantieel geïnvesteerd is, maar de databank later op een andere wijze is geëxploiteerd dan aanvankelijk gebeurde. Dat laatste is in het onderhavige geval aan de orde: er was substantieel in een databank geïnvesteerd, die eerst intern werd gebruikt en later extern op internet.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof m.i. op dit punt dus met goede reden (in r.o. 3.4.1). Eveneens terecht overweegt de Hoge Raad 'Ook het (...) 'spin-off'-argument mist in dit verband betekenis, aangezien noch de Richtlijn noch de tekst van art. 1, onder a, Databankwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen' (cursivering DV). In dit verband mist het spin-off argument inderdaad betekenis, omdat in dit geval helemaal geen sprake is van een spin-off situatie.

De Hoge Raad overweegt, m.i. terecht, niet dat 'spin-off'-argument per definitie ondeugdelijk is en in een ander verband geen opgeld zou kunnen doen. Cohen Jehoram stelt zich in zijn noot onder het *Almelose bodemvonnis* in *KPN/Denda* (AMI 2001, p. 70) op het standpunt dat het spin-off-argument 'niet steunt op enigerlei

bepaling van deze richtlijn zelf'. Het is de vraag of dat juist is. Als een databank niet meer is dan een spin-off van een bepaalde activiteit (die er niet op gericht was een databank te creëren) dan getuigt de 'verkrijging' van die databank m.i. per definitie niet van een substantiële investering. Als dan vervolgens niet bewezen kan worden dat 'de controle of de presentatie van de inhoud' wél getuigen van een substantiële investering, is er m.i. niet voldaan aan de vereisten van art. 7 lid 1 Databankrichtlijn¹ en is er derhalve geen sprake van een beschermde databank.

Als 'echte' spin-off is m.i. bijvoorbeeld de einduitslag van een schaatswedstrijd te beschouwen. Het lijstje met wie op welke plaats en met welke tijd is geëindigd is wel een databank, maar daar is m.i. niet substantieel in geïnvesteerd, althans de financiële en organisatorische investering van het gehele schaatsevenement kan niet als substantiële investering aan deze eindstand-databank worden toegerekend. (Een grote verzameling einduitslagen van verschillende wedstrijden of een grote verzameling rondetijden zal vanwege een investering in het verzamelen van die gegevens eerder voor bescherming in aanmerking komen.)

Als gezegd is een spin-off situatie in casu echter niet aan de orde (zie de Conclusie nr. 4.40) en de AG en Hoge Raad hebben beide terecht geoordeeld dat er in dit geval geen aanleiding is om hierover prejudiciële vragen te stellen. Mogelijk is er wél aanleiding voor prejudiciële vragen over spin-off in de cassatie van het kort geding over de programmeergegevens, *De Telegraaf/NOS e.a.* (Hof Den Haag 30 januari 2002, AMI 2001, p. 73 m.nt. Cohen Jehoram).

Tot zover het databankrechtelijk oordeel van de Hoge Raad. Het kan geen kwaad nog eens te benadrukken dat de enige vraag die hiermee (vermoedelijk) is beantwoord, de vraag is of de databank van NVM beschermd is (antwoord vermoedelijk: ja). De Hoge Raad heeft het 's Hof's oordeel te dien aanzien immers in niet mis te verstane bewoordingen vernietigd.

De vraag of de activiteit van De Telegraaf ook inbreuk maakt op het databankenrecht van NVM is echter nog helemaal niet beantwoord. Het Haagse Hof kwam aan die vraag niet toe omdat het de databank van NVM niet beschermd achtte. De Hoge Raad vernietigt die beslissing en verwijst de zaak naar het Amsterdamse Hof (en kiest er terecht niet voor het vonnis van de President te bekrachtigen). De m.i. principiële vraag of het aanbieden van een (gespecialiseerde) zoekmachine bij andersmans openbaar toegankelijke internetdatabank is toegestaan, moet dus nog door de feitenrechter worden beoordeeld, alvorens deze mogelijk weer bij de Hoge Raad terug komt.

Auteursrecht op woningomschrijvingen (en rechthoekige blokjes)

Het Haagse Hof had geoordeeld dat de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's én de vormgeving van de NVM website geen eigen origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad (zie r.o. 3.5) zonder nadere onderbouwing niet begrijpelijk. 'Ook in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft is het Hof derhalve tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht.'

Ook ik vind het oordeel van het Haagse Hof moeilijk te begrijpen, maar het oordeel van de Hoge Raad verrast mij enigszins in het licht van zijn recente uitspraak in het *Vijfspellen*-arrest.² In die zaak klaagde een cassatiemiddel 'dat zonder nadere motivering niet is te begrijpen waarin de oorspronkelijkheid kan bestaan van het uiterlijk van 54 gelijkvormige blokjes'. De Hoge Raad oordeel-

1 'De Lid-Staten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwan-

titatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.'

2 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602 m. nt. DWTv, AMI 2001, p. 111 m. nt. Hugenholtz, IER 2001, p. 227 m. nt. Speyart

de toen: 'Uit [het arrest] blijkt dat 's Hofs [...] oordeel berust op waarneming door het Hof van de ter Griffie van het Hof gedeponeerde uitvoering van Jenga. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die het spel waarneemt kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding'.

Op dezelfde wijze had de Hoge Raad in deze zaak m.i. dan ook kunnen oordelen: 'Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's én de vormgeving van de NVM website waarneemt kan zien dat deze onvoldoende oorspronkelijk zijn om auteursrechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding.'

Ik kan goed leven met een nadere motiveringsplicht, ook als de verplichte eok & ps (eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel)-riedel er in zit. Maar waarom bij woningomschrijvingen wél en bij rechthoekige blokjes niet? Of is het zo dat bij het aannemen van auteursrechtelijke bescherming minder behoefte te worden gemotiveerd dan bij het afwijzen ervan? Dat kan niet waar zijn.

Is NVM rechthebbende?

Het Haagse Hof was voorts van oordeel 'dat niet aannemelijk is geworden dat NVM of MDC de maker van die beschrijvingen is'. De Hoge Raad honoreert de motiveringsklacht hierover: 'NVM heeft zich in dit geding beroepen op haar auteursrechten op onder meer de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen. In het bijzonder gelet op art. 4 en 8 Auteurswet 1912 is evenwel zonder nadere motivering niet begrijpelijk op grond waarvan de vaststelling van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is, tot zijn slotsom leidt dat van inbreuk op de auteursrechten van NVM geen sprake kan zijn'.

Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij op zichzelf niet onjuist, maar wel erg kort, zo niet onbegrijpelijk geformuleerd: in casu heeft de NVM onbetwist gesteld maker te zijn en bewijs overgelegd waaruit blijkt dat haar naam (op de door art. 4 en art. 8 Aw omschreven wijze) op de website is vermeld. Hoewel de feitelijke makers van de omschrijvingen ongetwijfeld de individuele makelaars zijn, had het Hof, in het licht de hiervoor genoemde onbetwiste stellingen en feiten, inderdaad niet tot de vaststelling mogen komen 'dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is'. Hoe het Hof op grond van dit, m.i. vermoedelijk onjuiste oordeel, vervolgens tot de slotsom is gekomen 'dat van inbreuk op de auteursrechten van NVM geen sprake kan zijn' vind ik echter op zichzelf niet onbegrijpelijk. Als de NVM de maker niet is, is zij ook niet rechthebbende (tenzij er sprake is van overdracht, maar dat is niet aan de orde) en kan er dus inderdaad geen sprake zijn van inbreuk op haar auteursrecht.

Wat de Hoge Raad vermoedelijk bedoeld heeft te zeggen is dat, gelet op art. 4 en art. 8 Aw en uit de onbetwiste stellingen van de NVM voortvloeit dat NVM, bij wijze van het bewijsvermoeden van art. 4 Aw resp. de juridische fictie van art. 8 Aw als maker moet worden aangemerkt, ook als zij niet de feitelijke maker van de bewuste beschrijvingen, foto's en website-opmaak is. Het gevaar van de erg korte omschrijving van de Hoge Raad is dat de indruk zou kunnen ontstaan dat een eiser die zich op het auteursrecht

beroept überhaupt niet zou hoeven stellen en zonodig bewijzen dat hij de rechthebbende is. Dat moet uiteraard wel, en dat was in casu door de NVM ook gebeurd en het was bovendien niet betwist. 'Aldus beschouwd kan worden betoogd dat het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door zelfstandig te onderzoeken of NVM wel als maker kan worden aangemerkt. Hierover wordt evenwel niet geklaagd', aldus AG Spier in nr. 4.57.

Geschriftenbescherming

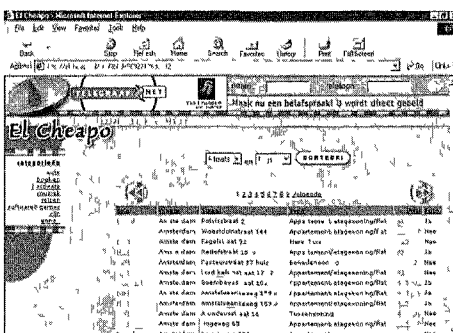
Het Hof heeft de vraag of De Telegraaf inbreuk maakt op de aan NVM toekomende geschriftenbescherming ontkennend beantwoord op de grond dat het aannemelijk heeft geacht dat 'hier geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling'. Aldus heeft het Hof volgens de Hoge Raad de juiste maatstaf gehanteerd.

Met betrekking tot het eerste zoekresultaat dat op de website van De Telegraaf wordt verkregen (de lijst die woningen uit de NVM-database en uit andere verzamelingen bevat), heeft het Hof overwogen dat dit blijkens de processtukken zodanig verschilt van de betrokken pagina van NVM dat van ontlening door eenvoudige herhaling niet kan worden gesproken. 'Dit oordeel dat berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken, is niet onbegrijpelijk en behoeft, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, geen nadere motivering', aldus de Hoge Raad.

Waarom is dit nu weer wél een 'niet onbegrijpelijk' feitelijk oordeel? In technische zin is er naar mijn stellige overtuiging wél sprake van eenvoudige herhaling door ontlening: het computerprogramma van De Telegraaf kopieert de relevante gegevens rechtstreeks uit de databank van de NVM. Dat lijkt mij zowel eenvoudig herhalen als ontlenen. Is het feit dat de zoekresultaten er op de website van De Telegraaf anders uitzien voldoende om niet van geschriftenbescherming te spreken? Wat mij betreft graag, want de geschriftenbescherming mag van mij liever vandaag dan morgen worden afgeschaft. Maar in het licht van het feit dat de geschriftenbescherming zowel voor programmeergegevens als telefoonnummers nog steeds als vangnetbescherming voor databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd wordt gebruikt, heb ik wat moeite om het oordeel van het Hof en de Hoge Raad te begrijpen. Voor de goede orde: persoonlijk ben ik van mening dat toepassing van de geschriftenbescherming op allerlei vormen van hergebruik van digitale informatie tot ongewenste resultaten leidt.

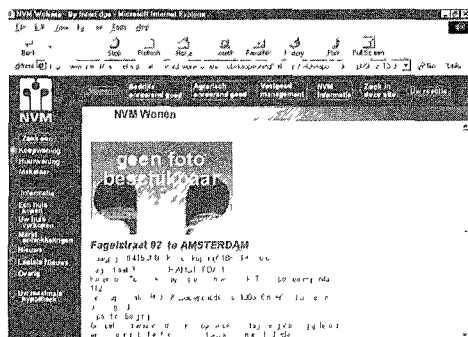
Het is en blijft absurd dat 'onpersoonlijke' databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd onder omstandigheden meer bescherming genieten dan databanken waarin wél substantieel is geïnvesteerd.

Onjuist is zonder twijfel de overweging van het Haagse Hof aan het slot van zijn r.o. 7: 'Uit hetgeen hierboven (...) is overwogen volgt dat de database van NVM valt aan te merken als een gegevensverzameling als bedoeld in artikel 10 lid 3 van de Auteurswet 1912. Aan de database komt derhalve de geschriftenbescherming van de Auteurswet 1912 toe.' (cursivering DV) Volgens AG Spier kan hieruit 'geen andere conclusie worden getrokken dan dat het



Eerste zoekresultaat website De Telegraaf

Tweede zoek-
resultaat website
De Telegraaf



Hof bij geschriftenbescherming het oog heeft op art. 10 lid 3 Aw' (r.o. 4.71). De AG is daarom (ten onrechte) van mening dat de cassatieklachten tegen overwegingen 8 en 9 van het Hof die gaan over geschriftenbescherming, reeds afspringen op het feit dat ze gebaseerd zijn op art. 10 lid 1 (zie r.o. 4.72).

De spraakverwarring is hiermee compleet. Het Haagse Hof zit fout met de stelling dat art. 10 lid 3 betrekking heeft op geschriftenbescherming en de AG gaat daar ten onrechte in mee. De geschriftenbescherming is gebaseerd op art. 10 lid 1 sub 1, laatste deel: 'en alle andere geschriften'. De NVM baseert haar cassatieklachten tegen overwegingen 8 en 9 van het Hof dus terecht op art. 10 lid 1 (en niet op art. 10 lid 3), maar had er verstandig aan gedaan om ook de laatste alinea van overweging 7 van het Hof aan te pakken met een rechtsklacht.

Voor alle duidelijkheid: art. 10 lid 3 heeft betrekking op verzamelen met een eigen persoonlijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker (of beter, in de formulering van art. 3 lid 1 Databankrichtlijn 'die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen'). En dat heeft niets met geschriftenbescherming te maken.

De hyperlink?

Ten aanzien van het zogenoemde 'tweede zoekresultaat' lijkt ook sprake van de nodige spraakverwarring, die de partijen mogelijk aan zichzelf te wijten hebben, maar die in ieder geval leidt tot een onduidelijk oordeel van de Hoge Raad.

Met 'het tweede zoekresultaat' bedoelt de Hoge Raad blijkens de aanhef van overweging 3.7.3, het resultaat 'dat wordt verkregen door een specifieke woning aan te klikken' en 'bestaat uit de [uitgebreide nadere] beschrijving van de woning die uit de NVM-database [...] wordt opgehaald en aan de gebruiker wordt doorgegeven'. Het gaat dus om het aanklikken van een hyperlink (van het type *deeplink*), zoals de Hoge Raad bij de weergave van de feiten in r.o. 3.1 (vi) aangeeft. In hoeverre er bij de bewuste vorm van hyperlinks nu méér of anders wordt 'gekopieerd' door De Telegraaf dan bij hyperlinks gebruikelijk is, blijkt niet uit de feitenvaststelling van Hof, AG en Hoge Raad. In r.o. 3.1 (vii) wordt gesproken over 'door de server van El Cheapo, onder meer uit het bestand van NVM, gekopieerde gegevens [die] daar nog beschikbaar [blijven] zolang de bezoeker daarvan gebruik maakt en nog een aantal minuten daarna'. Om welke gegevens en handelingen dit nu precies gaat en welke kwalificatie Hof en Hoge Raad hieraan toekennen blijft duister.

Het is mij dan ook niet duidelijk wat het Haagse Hof voor ogen stond toen het overwoog: 'Aangaande het tweede zoekresultaat heeft De Telegraaf [...] aangevoerd dat daarvoor een software-programma is ontwikkeld en dat dat zoekresultaat de vrucht is van "plak- en lijnwerk". Gelet hierop acht het hof aannemelijk dat hier geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling'. Het tweede zoekresultaat lijkt mij niets meer en niets minder dan een hyperlink en dat heeft niets met 'plak- en lijnwerk' te maken. Dat er op die grond geen sprake zou zijn van 'ontlening door eenvoudige

herhaling' is dus inderdaad onbegrijpelijk, zoals het cassatiemiddel ook aanvoert en de Hoge Raad bevestigt.

De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat in de hierboven gegeven omschrijving van het tweede zoekresultaat 'ligt besloten dat het aan de gebruiker doorgegeven resultaat volledig identiek is aan de beschrijving die in de NVM-database is opgenomen. In een dergelijk geval is sprake van ontlening door eenvoudige herhaling'.

Wat betekent dit nu en is dit juist? Mijns inziens kan beter gezegd worden dat in geval van een hyperlink (als deze) het aan de gebruiker doorgegeven resultaat de in de NVM-database opgenomen beschrijving is. De pagina die door het activeren van de hyperlink zichtbaar wordt is niet 'identiek aan' de originele webpagina van NVM, het is die pagina zelf. El Cheapo 'geeft' die pagina niet 'door'. El Cheapo maakt een hyperlink. Als de gebruiker daarop klikt gaat zijn computer die pagina op de NVM-site ophalen, daarbij (technisch) bijgestaan door zijn ISP en allerlei andere technische tussenpersonen.

Daarom is het m.i. zeer de vraag of er sprake is van 'ontlening door eenvoudige herhaling' zoals de Hoge Raad hier zegt. 'Ontlening door eenvoudige herhaling' is een geschriftenbeschermingsrechtelijke term die m.i. een verveelvoudigings- en/of openbaarmakingshandeling impliceert of in ieder geval suggereert. En daarmee komen we bij de belangrijke vraag of het aanbrengen/aanbieden van een hyperlink als zodanig een auteursrechtelijk relevante handeling (openbaarmaking en/of verveelvoudiging) is.

De Hoge Raad omschrijft de bewuste hyperlink in r.o. 3.7.3 als 'de beschrijving van de woning die uit de NVM-database [...] wordt opgehaald en aan de gebruiker wordt doorgegeven.' (cursivering DV) Deze omschrijving zou de indruk kunnen wekken dat dit gebeurt door De Telegraaf die als het ware een kopie aflevert bij de gebruiker. Bij de weergave van de feiten spreekt de Hoge Raad (in r.o. 3.1 (vi)) echter van een pagina die bij aanklikken van een hyperlink verschijnt.

Het is mij nog niet duidelijk of de Hoge Raad met de stelling 'ijn een dergelijk geval is sprake van ontlening door eenvoudige herhaling' nu bedoelt te zeggen dat het aanbrengen van een hyperlink is aan te merken als een handeling waarmee inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht op de pagina waarnaar wordt gelinkt. M.i. weerlegt de Hoge Raad het nog veel onduidelijker oordeel van het Haagse Hof onvoldoende duidelijk.

Volgens mij (en vele anderen) moet een hyperlink (incl. deeplink) op zichzelf niet als een auteursrechtelijk relevant gegeven worden gezien. Maar misschien gaat het hier wel niet om een gewone hyperlink (deeplink). Het feit dat doorklikken vanaf de pagina met de omschrijving aanvankelijk niet mogelijk was, doet mij vermoeden dat het misschien wel niet zo'n onschuldige hyperlink was. Mét de AG moet ik dus concluderen '[t]allose voor de zaak wezenlijke feitelijke kwesties – bijvoorbeeld de precieze werkwijze van El Cheapo – zijn aldus onvoldoende uitgekristalliseerd'.

Al met al zijn er een paar misslagen van het Haagse Hof vernietigd, maar is er m.i. nog geen enkele principiële beslissing genomen. Niet over wat een substantiele investering is, niet over de spin-off theorie, niet over de vraag of het aanbieden van een zoekmachine bij andermans databank 'hergebruik' oplevert en niet (duidelijk) over de status van een hyperlink.