

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar.

Bestuur VMC: Prof. mr. J.J.C. Kabel (voorzitter), Dr. N.A.N.M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J.J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. J.F. Haeck, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H.M.C. Zeinstra.
www.communicatierecht.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de VMC uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2006-4, p. 90-91; bij jurisprudentie: Mediaforum 2006-4 nr. 11)

ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R.D. Chavannes, Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins, Mr. G.J. Kemper (voorzitter), Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Mr. A.T. Ottow, Prof. mr. H.J. de Ru, en Mr. C.J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C.J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@ivir.nl

Opmaak

OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER te Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

Leden VMC: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 74,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 37,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december.

Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden bij voorkeur per e-mail (ledenadministratie@communicatierecht.nl) of door een faxbericht te zenden naar 094-222 5801.

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2006 Vereniging voor Media- en Communicatierecht


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Achttiende jaargang
nummer 4
april 2006**

Inhoud

- 89** **Opinie**
Overbevissing dreigt door virtuele sleepnetten
Anton Ekker
- 90** **Artikel**
Studiecommissie ontmaskert De Grootste Leugen
Willem Korthals Altes
- 93** **Mediavisie**
Vrijheid van meningsuiting en strafrecht in het derde millennium
Aernout Nieuwenhuis
- 101** **Documentatie**
Rechtspraak
Binnenland
Agenda
Verschenen
- Jurisprudentie**
- 111** *Nr 11* Hof Amsterdam 2 maart 2006, Cai Zeist en Casema/Gemeente Zeist
- 114** *Nr 12* V.zr. Rb. Arnhem 16 maart 2006, NVM-Makelaars/ZAH m.nt. T.F.W. Overdijk

De toegangscode voor www.mediaforum.nl is deze maand:

gebruikersnaam: espresso
wachtwoord: cappuccino

Op termijn zal de maandelijkse code worden gewijzigd in een individuele toegangscode.

op de website van ZAH zelfs niet eens wordt genoemd, en vervolgens ter zitting wel met een zeer uitgebreide pleitnota te komen, handelen de NVM-makelaars op dit punt in strijd met de beginselen van een goede procesorde. De voorzieningenrechter zal dit punt daarom niet onderzoeken.

Al hetgeen hiervoor is overwogen leidt tot de conclusie dat de verdring van de NVM-makelaars dient te worden afgewezen. De overige weren kunnen daarmee onbesproken blijven. De NVM-makelaars zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van ZAH worden begroot op:

- vast recht € 248,00
- salaris advocaat € 816,00
- Totaal € 1064,00

De beslissing

De voorzieningenrechter:

- weigert de voorziening;
- veroordeelt de NVM-makelaars in de proceskosten, aan de zijde van ZAH tot op heden begroot op € 1064,00;

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J. de Vries en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. M. van Gameren op 16 maart 2006.

Noot

Tjeerd Overdijk

Mr T.F.W. Overdijk is advocaat te Amsterdam (Steinhauser Hoogenraad)

Vrij baan voor de deeplink

NVM exploiteert Funda, een vrij bekende databank voor het aanbod van woningen van (uitsluitend) NVM-makelaars. Zoekalhuizen.nl (ZAH) noemt zich een zoekmachine voor koopwoningen. Met behulp van ZAH kan het aanbod van koopwoningen op websites van allerlei makelaars (ook niet-NVM leden) en andere bronnen (zoals digitale woonkranten) in beeld worden gebracht. Via zgn. 'deeplinks' wordt de gebruiker van de zoekmachine naar de diverse bronnen geleid. Ter voorkoming van problemen met Funda is Funda door ZAH als bron uitgesloten. Desondanks wordt ZAH aangesproken door de NVM.

Formeel gesproken is dit geschil niet een conflict tussen Funda en ZAH. De gegevens die ZAH publiceert komen niet van Funda, maar van de websites van de aangesloten makelaars. NVM treedt in deze zaak dus in de eerste plaats op als belangenbehartiger van haar leden, niet als exploitant van Funda. Materieel trekt Funda natuurlijk onmiskenbaar aan de touwtjes.

De makelaars stellen dat ze het niet op prijs stellen dat de gegevens van hun koopwoningen kunnen worden gevonden met behulp van ZAH. Ze zeggen ook bezwaar te hebben tegen de deeplinks. Dat is op het eerste gezicht verwonderlijk: een verkopende makelaar heeft er immers belang bij dat zijn koopwoning op zoveel mogelijk plaatsen onder de ogen van potentiële kopers komt. Voor het welslagen van de verkoopopdracht van de makelaar zal het weinig tot geen verschil maken of de aspirant-koper de informatie over de woning via Funda of via ZAH heeft gekregen, zeker niet als de zoekster via een deeplink direct naar de goede pagina op de eigen website van de makelaar wordt geloodst.¹ Wij moeten echter geloven dat NVM-makelaars, althans de eisende makelaars, anders in elkaar zitten. De NVM is dan ook al sinds het najaar van 2005 bezig om met behulp van technische maatregelen op allerlei manieren te verhinderen dat ZAH bij haar zoekresultaten het woningaanbod van NVM-makelaars kan laten zien. Omdat de technische hordes kennelijk geen of onvoldoende soelaas boden, is de NVM alsnog met twee van haar leden naar de kort geding rechter gestapt.

De eisers hebben zo'n beetje alle denkbare intellectuele eigendomsrechten in stelling gebracht: auteursrecht, geschriftenbescherming, databankenrecht en de nieuwe bescherming tegen omzeiling van technische maatregelen. Daarnaast is ook nog een rol weggelegd voor het contractenrecht en de oneerlijke mededinging. Daarmee biedt deze zaak alle ingrediënten voor juridisch interessante kwesties. Uit het vonnis valt op te maken dat ZAH behendig langs alle juridische klippen is gezeild, her en der welwillend geholpen door de voorzieningenrechter. Daardoor komt en aantal potentieel zeer interessante kwesties niet of slechts mondjesmaat aan bod.

Aan het databankenrecht komt de voorzieningenrechter helaas niet werkelijk toe. De makelaars waren natuurlijk goed bekend met de belangrijke arresten van het Hof van Justitie EG in de zaken *British Horseracing Board* en *Fixtures*.² In die zaken heeft het HvJEG beslist dat een databankrecht alleen wordt verkregen als er substantieel is geïnvesteerd in het verkrijgen en in een databank opnemen van bestaande 'elementen'. Investeren in het creëren van die 'elementen' mogen niet meetellen. De overwegingen van de voorzieningenrechter op dit punt wekken de indruk dat de makelaars op dit punt bij het leveren van de benodigde informatie over kosten en investeringen onvoldoende duidelijk onderscheid hebben gemaakt tussen de kosten voor het creëren van de informatie over de woningen en de kosten voor opneming van die informatie in een databank. Het is jammer dat de eisers die gestelde kosten van € 150 à 250 per woning niet hebben kunnen onderbouwen, want voor de rechtsvorming was het interessant geweest om te vernemen of de rechter dat wel of niet voldoende substantieel zou hebben gevonden. Voorts was in dat geval interessant geweest of de rechter zou hebben aangenomen of ZAH

1 Op Funda krijgt de bezoeker overigens geen deeplinks en wordt alles in het Funda-formaat gepresenteerd.

2 Zie voor de vindplaatsen overweging 4.4 van het vonnis.

inbreuk maakte op het databankenrecht. Bij zoekmachines geeft dat aanleiding tot interessante vragen: vermoedelijk zal niet worden aangenomen dat het gebruik van de zoekmachine leidt tot het opvragen of hergebruiken van substantiële delen van de databanken waar ZAH haar informatie uit haalt. Interessant is echter of zou moeten worden geoordeeld dat het gebruik van de zoekmachine leidt tot het herhaald en systematisch opvragen van niet-substantiële delen van de databank van een makelaar en of hiervan moet worden gezegd dat dit in strijd is met de normale exploitatie van een databank en/of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de belangen van de producent van de databank (art. 2.1 onder b Dw). Verder zou in dit verband interessant zijn wat het belang is van het zoekmachine-aspect. In feite vraagt de zoekmachine (c.q. de exploitant van de zoekmachine) niet zelf de informatie op, maar de gebruiker van de zoekmachine, die met zijn zoekopdracht bepaalt wat en bij wie er wordt opgevraagd.

Van de auteursrechtelijke aanspraken is vooral de beoordeling van de deeplink interessant.

Over de toelaatbaarheid van de deeplink zijn er nog niet veel beslissingen van Nederlandse rechters.³ In de zaak *kranten.com* kwam de rechter niet toe aan de auteurs- of databankrechtelijke toelaatbaarheid van de deeplink, omdat geen inbreuk op dergelijke rechten werd aangenomen. Het ‘aanleggen’ (zelf zou ik liever spreken over ‘aanbieden’) van een deeplink werd in die zaak evenmin onrechtmatig geoordeeld, omdat de deeplinks niet schadelijk waren voor de krantenuitgevers. In de zaak *zoekmp3* werd – bij mijn weten voor het eerst – geoordeeld dat de deeplink geen secundaire openbaarmaking opleverde, o.a. omdat Techno niet meer deed dan het beschikbaar stellen van fysieke faciliteiten om openbaarmaking mogelijk te maken. Het is niet duidelijk waarom de rechter niet (ook) heeft aangesloten bij deze uitspraak, maar uitgebreid is gaan buurten bij onze oosterburen. Vermoedelijk heeft hij dit gedaan omdat de *Paperboy*-uitspraak van het Bundesgerichtshof zo helder en treffend is over de deeplink. Overigens geldt niet in zijn algemeenheid dat ‘auteursrecht vooral verdrags- en Europees recht is’, zoals de rechter overweegt. Onder de intellectuele eigendomsrechten is het auteursrecht nu juist het minst geharmoniseerd en het is niet voor niets dat Richtlijn 2001/29/EG slechts ‘bepaalde aspecten’ van het auteursrecht harmoniseert. Maar één van die aspecten is inderdaad het openbaarmakingsbegrip (‘recht van mededeling aan het publiek’) en om die reden is de *Paperboy*-beslissing ook relevant voor de deeplinks in deze zaak.

Een andere belangrijke grondslag van de vorderingen van de makelaars was de omzeiling van technische beschermingsmaatregelen. Ook hier geeft het vonnis ongetwijfeld menige lezer het gevoel van een gemiste kans. Dit was potentieel een bijzonder interessant aspect aan de zaak, maar het blijft liggen omdat de NVM-makelaars er inmiddels in waren geslaagd een doeltreffende beschermingsmaat-

regel te treffen waarvan ZAH had aangegeven dat die inmiddels door hen ‘wordt gerespecteerd’. Daardoor lopen wij antwoorden mis op belangwekkende vragen als:

- is een maatregel waarmee wordt beoogd te verhinderen dat een derde een niet-inbreukmakende handeling verricht (i.e. het aanbieden van een deeplink) een technische beschermingsmaatregel als bedoeld in art. 29a Aw c.q. een technische voorziening als bedoeld in art. 1 onder f Dw? Wat makkelijker gesteld: als we in de lijn van de *Paperboy*-uitspraak en dit vonnis aanvaarden dat zoekmachines en deeplinks er nu eenmaal bij horen op internet, verdient een maatregel die deeplinken tegengaat dan wel de wettelijke bescherming voor technische beschermingsmaatregelen?
- is een maatregel die bestaat in het verhinderen van een deeplink een ‘doeltreffende’ maatregel? Daarvoor is nodig dat die maatregel een vorm van toegangscontrole is. De andere vormen van technische beschermingsmaatregelen lijken mij in het geval van het verhinderen van deeplinks niet aan de orde. Toegangscontrole is naar mijn idee een maatregel waarmee op basis van identiteit of IP-nummer o.i.d. een onderscheid kan worden gemaakt tussen gebruikers die wel en gebruikers die geen toegang moeten krijgen. Het is de vraag of het simpelweg onmogelijk maken van iedere toegang kan worden gezien als de in de wet bedoelde toegangscontrole. Wellicht zou weer anders moeten worden geoordeeld als alleen deeplinks via ZAH worden geweerd, maar andere deeplinks niet.
- Wat is het verband met de informatievrijheid? Als een websitehouder die bezwaar heeft tegen deeplinks en die een technische maatregel tegen deeplinks heeft getroffen zich zou kunnen verzetten tegen de omzeiling van die maatregel, is er dan nog plaats voor een afweging als bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM (of deze consequentie van de bescherming tegen omzeiling nog wel proportioneel te achten is in de huidige democratische informatiemaatschappij)?

De mededingingsrechtelijke argumentatie lijkt me wat kort door de bocht. Men kan de NVM bezwaarlijk concurrentiebeperkend handelen verwijten vanwege het feit dat ze haar leden aanbeveelt een copyright-vermelding op hun website te plaatsen en adviseert hoe zij hun informatie kunnen beschermen. Iets anders is dat de gezamenlijke actie om deeplinks te verhinderen misschien kwalificeert als een ontoelaatbare boycot, maar bij gebrek aan feitelijke informatie hieromtrent laat ik het bij een losse suggestie.

Dit overwegend goed gemotiveerde vonnis – hoewel nog slechts een kort geding in eerste instantie – kan van behoorlijk principiële betekenis zijn voor de beoordeling van de deeplink. Na deze uitspraak en de eerdere uitspraken over de zaken *zoekmp3* en het Duitse *Paperboy* zullen websitehouders die problemen hebben met deeplinks van goeden huize moeten komen om er nog iets tegen te ondernemen.

³ Naast de in het vonnis vermelde beslissing van Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, LJN AA6828 (*kranten.com*) kan nog worden verwezen naar Rb Haarlem 12 mei 2004, LJN AO9328 (*Techno/BREIN – zoekmp3*).