

5 Auteursrecht en internet

*Chr.A. Alberdingk Thijm*¹

5.1 Inleiding

Wat offline geldt, moet ook online gelden. Zo vatte de Nederlandse regering haar benadering van het internet samen in haar nota Wetgeving voor de elektronische snelweg.² Strikt genomen zou deze visie ertoe moeten leiden dat er geen bijzondere internetwetgeving wordt geïntroduceerd. De regels van de analoge wereld ('offline') volstaan immers ook in een digitale wereld ('online'). De gedachte dat online hetzelfde is als offline kan inmiddels als achterhaald worden beschouwd, al was het maar omdat de Europese en daarmee de Nederlandse wetgever bepaald niet hebben geschroomd specifieke internetwetgeving te formuleren.

Ook het auteursrecht is aangepast om rekening te houden met het internet. De Europese richtlijn van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: 'richtlijn Auteursrecht') moet vooral gezien worden als een reactie op de digitale ontwikkelingen.³ Opvallend is dat de term 'internet' nergens in de richtlijn wordt gebruikt. Uit alles blijkt echter dat de 'informatiemaatschappij' waar de naam van de richtlijn aan refereert met name wordt vormgegeven door het internet.

Dat het internet door de Europese en Nederlandse wetgever anders wordt behandeld dan de offline wereld, is mijns inziens terecht. Er zijn naar mijn mening vier aspecten van het internet die het onmogelijk maken vast te blijven houden aan oude auteursrechtelijke dogma's: dematerialisering, decentralisering, deterritorialisering en deregulering. Ik noem dit de vier D's.⁴

Het eerste aspect dat online anders maakt dan offline is de dematerialisering van informatie. Naar Europees en Nederlands recht hoeft informatie niet op een materiële drager – een CD, een boek of een DVD – vastgelegd te zijn om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Iedere menselijke uiting die getuigt van een eigen karakter en een persoonlijk stempel wordt beschermd, ongeacht of deze is vastgelegd. Niettemin wordt de meeste informatie via materiële dragers geëxploiteerd. Muziek is op een CD geperst, een roman op papier en een film op een DVD. Het feit dat de meeste auteursrechtelijk beschermde werken door middel van

1 Christiaan Alberdingk Thijm is advocaat bij SOLV Advocaten te Amsterdam. De auteur was als advocaat betrokken bij een tweetal zaken die in dit hoofdstuk worden besproken: Kazaa/Buma/Stemra en Techno Design/Brein.

2 *Kamerstukken II* 1997-98, 25 442, nrs. 1-2.

3 Richtlijn 2001/29 van 22 mei 2001, *PbEG* L167/10 van 22 juni 2001.

4 Alberdingk Thijm 2004, p. 22 e.v.

een materiële drager worden geëxploiteerd, creëert een zekere schaarste met betrekking tot informatieproducten. Anders dan bij fysieke eigendom doet schaarste zich bij de intellectuele eigendom niet voor: een auteursrechtelijk beschermd werk kan in beginsel oneindig worden gereproduceerd. Door een fysieke drager aan het werk te verbinden, wordt echter alsnog een zekere mate van schaarste met betrekking tot het informatieproduct geïntroduceerd. Hierdoor wordt het makkelijker controle op de exploitatie van het werk uit te oefenen.

Op internet is iedere fysieke drager verdwenen. De fysieke eigendom die het auteursrecht begeleidde en behulpzaam was bij de exploitatie van beschermd materiaal, is niet langer aanwezig. Op internet is een werk met één druk op de knop talloze malen te kopiëren, zonder merkbaar kwaliteitsverlies. Het werk kan tegelijkertijd in Thailand en in de Verenigde Staten zijn. Schaarste bestaat niet op internet. Daarbij komt dat de reproductie die van origine een belangrijk aanknopingspunt vormt voor het auteursrecht (voorheen: kopijrecht) op internet dikwijls een noodzakelijke handeling is voor de distributie van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Als bijvoorbeeld een muziekwerk van een website wordt gedownload, wordt er onderweg nog een groot aantal tijdelijke kopieën gemaakt: modems, routers en browsers maken allemaal een kopie, evenals het RAM-geheugen van de computer van de eindgebruiker. De vraag is dan of dit soort handelingen onder het auteursrechtelijke verbodsrecht moeten vallen.⁵

Met het tweede aspect, decentralisering, doel ik op het gegeven dat informatie op internet steeds vaker decentraal wordt geëxploiteerd, namelijk door de eindgebruiker c.q. consument. Dat heeft te maken met de statuswijziging van de consument. Terwijl de consument in de analoge wereld hoofdzakelijk auteursrechtelijk beschermde werken consumeert – hij leest een boek, kijkt naar een film of luistert naar muziek – is dat in een digitale omgeving veel minder het geval. De consument is van een passieve ontvanger veranderd in een actieve drukker en verspreider van beschermd materiaal. Tot op heden is voor deze actieve rol van de consument geen plaats ingeruimd in het auteursrechtelijke spectrum. Het recht is er altijd vanuit gegaan dat beschermd materiaal op centraal niveau wordt geëxploiteerd: bij de drukker van een boek, de radio- of televisiezender of de bioscoop eigenaar. Dit zijn commerciële, centrale schakels in de distributieketen van beschermd materiaal, die in het openbaar opereren. Hierdoor is handhaving van het auteursrecht relatief eenvoudig. Deze exploitanten zijn immers relatief eenvoudig aanspreekbaar. Nu de exploitatie van beschermd materiaal deels is verplaatst naar de huiskamer van de consument, wordt handhaving minder vanzelfsprekend.

Het gevolg van de decentralisering van handelen is dat online vaker tussenpersonen worden verzocht om een einde te maken aan inbreukmakend handelen van consumenten. Op internet zijn dat *internet service providers*, aanbieders van hyperlinks en zoekmachines. Deze tussenpersonen zijn allemaal in meer of mindere mate betrokken bij het aanbod van auteursrechtelijk beschermd werk door derden. Een belangrijke vraag is dan of deze tussenpersonen zelf ook auteursrechtinbreuk plegen bij het vervullen van hun intermediaire rol.

⁵ Dommering 1994, Richard 1996 en Visser 1997.

Een derde aspect van het internet dat de exploitatie van het auteursrecht compliceert, is de deterritorialisering. Deze is bijna vanzelfsprekend voor het internet; het internet kent geen landsgrenzen. Het auteursrecht is echter naar zijn aard territoriaal. De Nederlandse Auteurswet 1912 ('Aw') is slechts van toepassing op werken die voor het eerst in Nederland zijn uitgegeven en op werken van Nederlandse auteurs die voor het eerst buiten Nederland zijn uitgegeven (artikel 47 Aw). Doordat Nederland is aangesloten bij het internationale auteursrechtenverdrag de Berner Conventie worden Nederlandse auteurs c.q. werken in de meeste buitenlandse landen op dezelfde wijze beschermd als de (werken van de) onderdanen van dat land (het gelijkstellingsbeginsel). Deze bescherming geldt niettemin slechts voor feiten die zich binnen de landsgrenzen van het betreffende land hebben voorgedaan (het territorialiteitsbeginsel).

Als gevolg van het territoriale karakter van het auteursrecht heeft de exploitatie van auteursrechtelijk beschermd materiaal doorgaans ook op territoriaal niveau plaatsgevonden. De rechten om een film te vertonen worden per land verworven. Indien bijvoorbeeld een film op het internet wordt vertoond, betekent dit dat die film in één keer wereldwijd toegankelijk wordt gemaakt. De wijze waarop films en andere informatieproducten worden geëxploiteerd, zal daardoor drastisch veranderen.

Met de vierde D – deregulering – doel ik op het gegeven dat het recht online steeds meer een ondergeschikte rol speelt ten opzichte van andere middelen om gedrag te reguleren. De voorgaande aspecten hebben laten zien dat de uitgangspunten van het klassieke auteursrecht minder geschikt zijn om te worden toegepast op internet. Om die reden doen rechthebbenden een beroep op andere reguleringsmethoden. Met name contracten en techniek zijn in dat verband belangrijk. Regulering door middel van een contract geschiedt door de gebruiker van het beschermde materiaal zich te laten verbinden aan een eindgebruikerslicentie waarin is bepaald op welke wijze het werk mag worden gebruikt. Techniek kan ervoor zorgen dat dergelijke afspraken ook nageleefd worden. Met behulp van *digital rights management* ('DRM') hopen rechthebbenden de toegang tot en het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal te reguleren.

Het mag duidelijk zijn dat deze andere reguleringsmiddelen het auteursrecht deels buitenspel zetten. Contracten en techniek hoeven geen rekening te houden met de belangen van gebruikers van auteursrechtelijk beschermd materiaal, zoals dat binnen het auteursrecht gebeurt. Toepassing van technische bescherming kan ertoe leiden dat een werk voor de eeuwigheid onttrokken blijft van het publieke domein, in plaats van dat het zeventig jaar na de dood van de auteur daar deel van gaat uitmaken.

5.2 Plan van behandeling

Toepassing van het auteursrecht op internet doet vele vragen rijzen. Het is niet mogelijk al die vragen hier te behandelen. Aansluitend bij de bovengenoemde aspecten, die het mijns inziens rechtvaardigen dat het internet anders wordt behandeld dan de offline wereld, heb ik de keuze gemaakt om aandacht te besteden aan de onderwerpen dematerialisering, decentralisering en de vraag of aanbieders van zogenoemde *peer-to-peer-software* (hierna: 'P2P') auteursrechtinbreuk plegen.

De dematerialisering van beschermd materiaal die gestalte krijgt op internet komt tot uiting bij het vraagstuk van de tijdelijke kopie, waarbij met name het zogenoemde *caching* van belang is. Is caching, de tijdelijke opslag van informatie, geoorloofd op het internet?

De decentralisering heeft met name gevolgen voor de mate waarin tussenpersonen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor hun rol bij het toegankelijk maken van informatie van anderen. Daarbij wil ik niet de vraag behandelen in hoeverre deze tussenpersonen (afgeleid) aansprakelijk zijn voor de handelingen van anderen, maar of zij zelfstandig auteursrechtinbreuk plegen. Met betrekking tot internet service providers is reeds uitgemaakt dat deze geen auteursrechtinbreuk plegen door de fysieke faciliteiten aan te bieden die een auteursrechtelijke openbaarmaking mogelijk maken.⁶ Ik zal mij daarom beperken tot de vraag in hoeverre zogenoemde *information location tool providers*, oftewel aanbieders van hyperlinks en zoekmachines, zelfstandig auteursrechtinbreuk kunnen plegen.

Het laatste onderwerp dat ik wil bespreken is de vraag of aanbieders van P2P-software, waarmee gebruikers bestanden kunnen uitwisselen, inbreuk plegen op het auteursrecht. Deze vraag is urgent vanwege alle vier de genoemde aspecten.

Ik zal niet ingaan op alternatieve middelen om auteursrechtelijk beschermd materiaal te beschermen: contracten en techniek. Hoewel het belang van dat onderwerp vanwege de deregulering steeds groter wordt, is deze regulering vooral een gevolg van het falen van het klassieke auteursrecht, niet zozeer van de toepassing daarvan. Het past daarom minder goed in een hoofdstuk over auteursrecht en internet. Bovendien zijn er twee fraaie dissertaties verschenen die beide onderwerpen, regulering door contracten en techniek, uitgebreid bespreken.⁷ In een eerdere uitgave van dit hoofdstuk in de losbladige *Recht & Informatietechnologie* heb ik het vraagstuk van de allocatie van digitale rechten behandeld. Ik heb ervoor gekozen dat gedeelte hier achterwege te laten, omdat het minder goed aansluit bij de andere onderwerpen die ik behandel.

De navolgende paragrafen bestaan steeds uit twee gedeelten: een inleidend deel waarin de betreffende techniek wordt beschreven en een aansluitend deel waarin de techniek wordt beoordeeld vanuit auteursrechtelijk oogpunt.

5.3 Wat is caching?

Caching is de tijdelijke opslag van informatie op het internet die eerder is opgevraagd. De informatie wordt opgeslagen op een locatie in de nabijheid van degene die de informatie opvraagt. Zodra de informatie nog eens wordt opgevraagd, wordt deze vervolgens bezorgd vanuit de cache. De webpagina die op een server in de Verenigde Staten is opgeslagen en vanuit Nederland wordt opgeroepen, kan vervolgens tijdelijk op een nabijgelegen caching server opgeslagen worden.

⁶ Zie overweging 27 van de richtlijn Auteursrecht: 'De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn.'

⁷ Guibault 2002 & Koelman 2003.

Het voordeel van caching van informatie is dat de opgeslagen informatie bij een opvolgend verzoek veel sneller kan worden bezorgd. Bovendien wordt door caching bandbreedte bespaard, omdat de informatie niet helemaal van de plaats van oorsprong hoeft te worden opgehaald. Het gevaar van caching is natuurlijk dat de tijdelijk opgeslagen informatie is verouderd op het moment dat hij weer wordt opgevraagd. Om dat te voorkomen kan in de HTML-code van een webpagina worden aangegeven of bepaalde informatie moet worden opgeslagen in een cache, en hoe lang. Een nieuws-pagina die voortdurend van inhoud verandert, zal bijvoorbeeld helemaal niet in een cache moeten worden opgeslagen.

De tijdelijke kopie kan op verschillende plaatsen en door verschillende partijen worden opgeslagen. De tijdelijke opslag van informatie door internet service providers (ISP's) geschiedt op een *web caching server*, dikwijls een *proxy server*. Een proxy server handelt als intermediair namens eindgebruikers bepaalde verzoeken af. De proxy server bevindt zich in het netwerk op een plaats tussen degene die informatie opvraagt en degene die informatie aanbiedt. De tijdelijke opslag van informatie door *web browsers* als Microsoft's Internet Explorer geschiedt vaak op het niveau van de computer van de eindgebruiker. Er wordt een tijdelijke kopie gemaakt in het RAM-geheugen van de computer van de eindgebruiker en op diens harde schijf. Wie op de 'vorige'-knop in Internet Explorer klikt, krijgt doorgaans een kopie uit het RAM-geheugen. De pagina wordt dan niet weer opnieuw geladen. Op de harde schijf wordt door Internet Explorer een map 'temporary Internet files' aangemaakt, waarin webpagina's en bestanden tijdelijk worden opgeslagen. Via het menu 'Extra / Internet-opties' kan de eindgebruiker aangeven hoeveel geheugen hij daarvoor beschikbaar wil stellen.

5.3.1 *Juridische kwalificatie van caching*

Onmiskenbaar is dat in het geval van caching een reproductie wordt gemaakt, zij het tijdelijk. Indien het gaat om auteursrechtelijk beschermd materiaal doet de vraag zich voor of deze reproductie onder het verveelvoudigingsrecht valt en, zo ja, of deze reproductie is toegestaan op grond van een wettelijke beperking.

Artikel 2 van de richtlijn Auteursrecht verplicht de lidstaten ten behoeve van rechthebbenden te voorzien in 'het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.' Het gaat hier om wat wij naar Nederlands recht het reproductierecht zouden noemen: het één op één kopiëren. Ons verveelvoudigingsbegrip omvat echter ook alle bewerkingen of nabootsingen in gewijzigde vorm, die niet als een nieuw oorspronkelijk werk worden aangemerkt (artikel 13 Aw). Dit gedeelte van het verveelvoudigingsrecht valt niet onder artikel 2 van de richtlijn en blijft dus verder ongeharmoniseerd.

Artikel 2 is ruim geformuleerd: ook de indirecte, tijdelijke en gedeeltelijke verveelvoudigingen zijn aan toestemming van de rechthebbende onderhevig. De Europese wetgever heeft daarmee gekozen voor een *technische* en geen normatieve benadering van het reproductierecht.⁸ In de Nederlandse literatuur wordt daarentegen overwe-

⁸ Arkenbout 2001, p. 127.

gend gepleit voor een *normatieve* benadering, op grond waarvan de exclusieve rechten geïnterpreteerd moeten worden conform de ratio van het auteursrecht.⁹

De mogelijke pijn waartoe toepassing van een technisch bepaald reproductierecht zou kunnen leiden, is in de richtlijn al enigszins verzacht door artikel 5 lid 1, waarmee artikel 2 van de richtlijn onlosmakelijk is verbonden:

ARTIKEL

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

- a. de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
- b. een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.’

Dit artikel beoogt met name (bepaalde vormen van) caching buiten het bereik van de rechthebbende te houden, zo blijkt uit overweging 33 van de richtlijn. Als voorwaarde wordt in overweging 33 nog gesteld dat men de informatie niet wijzigt en niet intervenueert ‘bij het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatig gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie’. Hiermee zal waarschijnlijk de informatie bedoeld worden die een informatieaanbieder kan toevoegen over de duur van het cachen. Als wordt aangegeven dat de informatie twintig dagen in de cache mag worden opgeslagen, mag deze toevoeging niet worden verwijderd of veranderd.

De goede lezer zal in deze formulering artikel 13 van de Europese richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (hierna: ‘richtlijn Elektronische handel’) herkennen.¹⁰ Op grond van dat artikel zijn aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij, waaronder ISP’s, onder bepaalde voorwaarden niet aansprakelijk indien de informatie die zij cachen onrechtmatig is. In auteursrechtelijk perspectief doet de toevoeging in overweging 33 van de richtlijn Auteursrecht wat vreemd aan. Het wijzigen of verwijderen van deze informatie gaat immers niet gepaard met een verveelvoudiging of openbaarmaking. Het wijzigen van informatie kan natuurlijk wel anderszins onrechtmatig zijn, en daarom is dit criterium in het kader van de aansprakelijkheid van aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij wel relevant.

Om te voorkomen dat overweging 33 zou kunnen worden misbruikt om alsnog caching tegen te gaan, hebben de Europese Raad en Commissie gezamenlijk verklaard dat deze formulering niet het proxy caching door een intermediair uitsluit, mits voldaan is aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1. Hoewel hier verwezen wordt

⁹ Hugenholtz 1996, p. 87 en Commissie Auteursrecht 1998, p. 11.

¹⁰ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* L 178.

naar een specifieke vorm van caching, namelijk *proxy* caching, zal naar mijn mening ook andere vormen van caching op grond van artikel 5 lid 1 zijn vrijgesteld, mits aan de genoemde voorwaarden is voldaan. In overweging 33 wordt immers niet naar deze specifieke vorm van caching verwezen; opgemerkt wordt slechts dat de beperking van toepassing kan zijn op caching, 'onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen'. Die formulering impliceert een ruimere toepasbaarheid.

Niet iedere vorm van caching zal aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 voldoen. De begrippen 'tijdelijk', 'essentieel' en 'zelfstandige economische waarde' begrenzen de toepasselijkheid van het artikel. De richtlijn biedt helaas weinig houvast hoe deze open begrippen moeten worden geïnterpreteerd. Volgens de memorie van toelichting bij de Nederlandse wet ter implementatie van de richtlijn wordt met 'essentieel' niet alleen bedoeld op wat in technische sfeer essentieel is.¹¹ Ook wat in economische zin als essentieel kan worden beschouwd, valt binnen de reikwijdte van de beperking. Met andere woorden, ook een economische noodzaak tot het maken van een tijdelijke reproductiehandeling zal onder de genoemde voorwaarde zijn toegestaan. Bij de interpretatie van het begrip 'zelfstandige economische betekenis' kan de zogenaamde driestappentoets van artikel 5 lid 5 dienstig zijn.¹² Uit de driestappentoets kan worden afgeleid dat een bepaalde handeling geen afbreuk mag doen aan de 'normale exploitatie' van werken of ander materiaal. Hierbij moet gedacht worden aan de exploitatie waarvoor de rechthebbende onder normale omstandigheden een vergoeding verwacht te ontvangen,¹³ met andere woorden, in die gevallen waarin de rechthebbende normaal gesproken het werk zelf zou exploiteren.¹⁴ Bij deze afweging kunnen de *aard* van het werk en het *doel* waarvoor het wordt gebruikt, worden betrokken.¹⁵ Ook het mogelijke *nadeel* voor de rechthebbende als gevolg van de handeling kan worden meegewogen.¹⁶ Senftleben omschrijft het in zijn fraaie dissertatie als volgt:

CITAAT

'[A] conflict with a normal exploitation arises when authors are divested of an actual or potential, typical major source of revenue that carries weight within the overall commercialisation of works of the relevant category.'¹⁷

11 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 38.

12 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 38.

13 Ricketson 1987, p. 483: '[C]ommon sense would indicate that the expression 'normal exploitation of a work' refers simply to the ways in which an author might reasonably be expected to exploit his work in the normal course of events. Accordingly, there will be certain kinds of use which do not form part of his normal mode of exploiting his work – that is, uses for which he would not ordinarily expect to receive a fee – even though they fall strictly within the scope of his reproduction right.'

14 WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, presented at Intellectual Property Conference, Stockholm 1967, p. 857.

15 Ricketson 1987, p. 483.

16 Overweging 35 richtlijn Auteursrecht.

17 Senftleben 2004, p. 194.

Onjuist lijkt mij de benadering van Quaadvlieg, die meent dat caching zelfstandige economische betekenis heeft vanwege de tijdwinst die wordt geboekt door toepassing van de techniek.¹⁸ Daarmee wordt het begrip 'zelfstandige economische betekenis' te ver opgerekt. Ieder gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal heeft immers enige (indirecte) economische betekenis.

Dogmatisch interessant is dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen artikel 5 lid 1 van de richtlijn niet in paragraaf 6 van de Auteurswet als specifieke wettelijke beperking te implementeren, maar als inhoudelijke beperking op het verveelvoudigingsrecht in een nieuw artikel 13a Aw. Het is interessant omdat het een principieel andere benadering is dan die van de Europese wetgever. Hiermee wordt de in de Nederlandse literatuur geprefereerde normatieve benadering van de exploitatierechten alsnog via de achterdeur aanvaard, al is het de vraag of de richtlijn daar de ruimte voor biedt.¹⁹

5.4 Wat is een hyperlink?

Hyperlinks kunnen beschouwd worden als de bloedbaan van het internet. Zij transporter ons naar andere vitale onderdelen van het net. Zonder hyperlinks is er geen onderlinge communicatie tussen websites mogelijk en zou iedere site en ieder onderdeel van het internet op zichzelf staan. Hyperlinks zijn de verbindende factor van het net. Het *world wide web* dankt er zelfs zijn naam aan: het is de metafoor van hyperlinks die een wereldwijd web spinnen.

Vanwege het belang van hyperlinks voor het internet (of juister: het world wide web), staat de rechtmatigheid van linken al vanaf de opkomst van het commerciële net in de belangstelling. De mogelijkheid een hyperlink te verbieden, zien sommigen als een regelrechte aantasting van het bestaansrecht van het internet.

Er bestaan verschillende typen hyperlinks. Als men het normaal gesproken over een hyperlink heeft, dan wordt meestal een Uniform Resource Locator of 'URL' bedoeld, die de internetgebruiker vanaf een webpagina verwijst naar een andere webpagina. Zodra de hyperlink wordt aangeklikt wordt de URL, met daarin opgenomen de locatie van de opgevraagde webpagina, gekopieerd naar de web browser (bijvoorbeeld Microsoft's Internet Explorer) van de gebruiker, en wordt de informatie waarnaar de hyperlink verwijst door de browser opgevraagd. Vervolgens wordt de pagina waarnaar is gelinkt, geopend. Men verlaat dus de verwijzende webpagina en bezoekt een nieuwe webpagina met het internetadres dat is opgenomen in de URL. Hetzelfde was bereikt indien het adres van de website handmatig in de browser was getypt.

Het hierboven beschreven type hyperlink valt uiteen in twee categorieën: *surface links* en *deep links*. De surface link is de klassieke en meest simpele variant van hyperlinks: deze verwijst slechts naar de homepage of frontpage van een andere website, bijvoorbeeld <http://www.nrc.nl>, de *frontpage* van de krant NRC Handelsblad. De URL <http://www.nrc.nl/internet/internetcolumn/1019451257927.html> is een deep link. De URL verwijst direct naar een artikel op de site van NRC Handelsblad. Als deze URL

¹⁸ Quaadvlieg 1998, p. 125.

¹⁹ Seignette 2002, p. 8.

wordt aangeklikt passeert men de homepage van NRC en komt men bij een artikel van 22 april 2002 van de journaliste Marie José Klaver, genaamd 'Recht over de grenzen'.

Belangrijk kenmerk van de surface link en de deep link is dat de internetgebruiker bij het raadplegen ervan de oorspronkelijke website verlaat. Naast deze gebruikelijke typen hyperlinks, bestaan er ook hyperlinks waar de hyperlink zich heeft vereenzelvigd met de informatie waarnaar wordt verwezen. Om de informatie te raadplegen hoeft men daarom niet de oorspronkelijke website te verlaten. Dit is het geval bij de *inline link* en de *framed link*.

Met behulp van een inline link kan beeld, tekst of geluid op de eigen website weergegeven worden, terwijl deze feitelijk op een andere weblocatie is opgeslagen. Zo kan bij een recensie van het laatste model iPod van Apple een inline link worden geplaatst naar een foto van de MP3-speler op de officiële Apple-website. Bij de framed link wordt een eigen frame of een venster gecreëerd, waarbinnen informatie van een andere website wordt weergegeven. Kenmerkend van inline links en framed links is dus dat bij de bezoeker de indruk kan ontstaan dat de link onderdeel uitmaken van de bezøkende website, terwijl de informatie in wezen elders op het internet staat opgeslagen.

5.4.1 *Juridische kwalificatie van hyperlinks*

Kan met het aanbieden van een hyperlink inbreuk worden gepleegd op het auteursrecht van een ander? Kan een bepaald type hyperlink worden beschouwd als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking of verveelvoudiging?

Om die vraag te beantwoorden is het van belang het hierboven beschreven technische procédé van hyperlinks niet uit het oog te verliezen. In de literatuur heeft Brunt voorzichtig gesuggereerd dat een hyperlink resulteert in een secundaire openbaarmaking.²⁰ Dit naar analogie van het eerste CAI-Amstelveen-arrest van de Hoge Raad.²¹ In dat arrest heeft de Hoge Raad – kortweg – bepaald dat het voor beantwoording van de vraag of er sprake is van een auteursrechtelijke openbaarmakingshandeling niet relevant is of een 'nieuw publiek' het doorgegeven werk ontvangt. De gelijktijdige doorgifte per kabel vanuit de ether opgevangen films via de centrale antenne inrichting (CAI) Amstelveen moest volgens de Hoge Raad gezien worden als een openbaarmaking, ondanks het feit dat de CAI-abonnees de films ook via de ether konden ontvangen. Van belang is slechts dat de doorgifte geschiedt door een ander organisme. In het kader van hyperlinks zou dat betekenen dat het niet relevant is of de informatie een nieuw publiek bereikt, zolang de informatie door een ander organisme wordt doorgegeven.²² Dat laatste is echter twijfelachtig in het geval van surface links en deep links. Er wordt in die gevallen niets doorgegeven, er wordt slechts doorverwezen. Doorgeven impliceert dat een intermediair een handeling verricht met het werk:

²⁰ Brunt 1997, p. 1-2.

²¹ HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 m.nt. vNH.

²² Anders Struik, die juist uit het gegeven dat een hyperlinkverschaffer een werk beschikbaar stelt voor een *nieuw publiek* afleidt dat er sprake is van een relevante openbaarmakingshandeling. Noot Struik onder HR 22 maart 2002, *Computerrecht* 2002/3, p. 181.

het wordt via de intermediair naar de eindgebruiker doorgeleid. CAI-Amstelveen ving de films op, versterkte het signaal en geleidde het door naar haar abonnees. Van dat alles is in het geval van gewone hyperlinks echter geen sprake. De informatie blijft op de oorspronkelijke weblocatie staan, waar degene die de link activeert ook daadwerkelijk naartoe geleid wordt. Zo bezien is een hyperlink slechts een elektronische voetnoot.²³

In het geval van framing of inline linking is er mogelijk wel sprake van een auteursrechtelijk relevante handeling.²⁴ De hyperlink is dan meer dan een voetnoot of een verwijzing naar informatie die zich elders bevindt. Bij framing en inline linking gaat het om de opname van een zelfstandig auteursrechtelijk beschermd werk binnen een andere context. Dat het auteursrechtelijk beschermde werk in technisch opzicht niet wordt verveelvoudigd – het werk blijft immers op de oorspronkelijke server staan – hoeft er niet aan af te doen dat er sprake kan zijn van een auteursrechtelijk relevante handeling. Het werk wordt immers als onderdeel van een ander werk weergegeven en als zodanig opnieuw geëxploiteerd. De internetgebruiker hoeft de weblocatie waarbinnen de link wordt weergegeven niet te verlaten om het werk te consumeren. Naar analogie van het CAI-Amstelveen-arrest kan de websitehouder, dus degene die de framed of inline link heeft aangebracht, vergeleken worden met de CAI-Amstelveen: hij geeft het auteursrechtelijk beschermde werk door via zijn eigen website. Verdedigbaar is dat er dan sprake is een openbaarmaking door een ‘autre organisme’ in de zin van het arrest.²⁵

Er is vooralsnog weinig Nederlandse jurisprudentie op het gebied van hyperlinks. Hieronder wordt een aantal uitspraken kort besproken.

De Hoge Raad heeft zich tot op heden één keer uitgesproken over de rechtmatigheid van hyperlinks, namelijk in het NVM/De Telegraaf-arrest.²⁶ In deze zaak ging het om de vraag of de door De Telegraaf aangeboden zoekmachine El Cheapo inbreuk maakte op het databankenrecht en de geschriftenbescherming van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM).

In rechtsoverweging 3.7.3 van het arrest gaat de Hoge Raad ervan uit dat inbreuk op de geschriftenbescherming wordt gemaakt door het uit de NVM-databank ophalen van een zoekresultaat dat ‘aan de gebruiker wordt doorgegeven’. Onduidelijk is of de Hoge Raad hier hyperlinks op het oog heeft. Indien dat het geval is, klopt de beschrijving van de technische werkwijze van hyperlinks in ieder geval niet. Met behulp van een hyperlink wordt informatie niet opgehaald of doorgegeven. Het ligt dan ook meer voor de hand dat de Hoge Raad hier niet doelt op hyperlinks, maar op een ander (feitelijk) technisch procédé.²⁷ Dat geldt temeer nu de Hoge Raad in de daaropvolgende rechtsoverweging het woord ‘hyperlink’ wel gebruikt en instemt met het oordeel van het Hof Amsterdam dat hyperlinks – behoudens uitzonderingsgevallen –

²³ Hugenholtz 1998, p. 212.

²⁴ Anders Burk 1998: ‘The practical absurdity of this result is underscored by the fact that the precise contours of a ‘frame’ are largely a function of monitor size and resolution, and can generally be altered by the recipient.”

²⁵ Zo ook Brunt & Schellekens 1996, p. 36.

²⁶ HR 22 maart 2002, *Computerrecht* 2002/3, p. 161 m.nt. Struik.

²⁷ Zo ook Struik in zijn noot onder het arrest in *Computerrecht* 2002/3, p. 181.

zijn toegestaan. Nu heeft de Hoge Raad hiermee niet willen aangeven dat een hyperlink auteursrechtelijk irrelevant is. Het oordeel heeft slechts betrekking op vraag of er sprake was van *onrechtmatig handelen* door De Telegraaf, niet of de handelwijze van De Telegraaf inbreuk maakte op auteursrechten van NVM.

Een bekende auteursrechtelijke zaak over deep linken is de zogenoemde Kranten.com-zaak. De kort gedingrechter van de Rechtbank Rotterdam oordeelde dat het plaatsen van deep links naar artikelen uit PCM-kranten, zoals de Volkskrant en NRC Handelsblad, door de website www.kranten.com niet resulteerde in inbreuk op het auteursrecht van krantenuitgever PCM.²⁸ Laatstgenoemde had betoogd dat het als hyperlink overnemen van auteursrechtelijk beschermde krantenkoppen op de site van Kranten.com in strijd is met haar exclusieve vereenvoudigingsrecht. Dit betoog faalt met name omdat Kranten.com als persorgaan een beroep kan doen op artikel 15 van de Auteurswet, dat onder bepaalde omstandigheden de overname van gehele nieuwsberichten toestaat. Het overnemen van enkel de koppen acht de rechter dan ook zonder meer toegestaan.

Door het succesvolle beroep op artikel 15 Aw is dit vonnis enigszins 'gekleurd'. Uit de uitspraak kan in ieder geval niet worden afgeleid dat hyperlinks het auteursrechtelijke groene licht heeft gekregen. De rechter beantwoordt namelijk niet de vraag of de hyperlinks die Kranten.com maakt gezien moeten worden als een auteursrechtelijk relevante vereenvoudiging. Bovendien blijft de meer voor de hand liggende vraag of het aanbrengen van een hyperlink een (secundaire) openbaarmaking is, überhaupt onbesproken.

In de ZoekMP3-zaak, die in de volgende paragraaf over zoekmachines uitgebreider zal worden besproken, oordeelt de Rechtbank Haarlem dat met het aanbieden van een hyperlink geen auteursrechtelijke openbaarmakingshandeling wordt verricht.²⁹ Het 'doorverwijzen' of 'doorgeleiden' van internetgebruikers naar de locatie van bepaalde informatie resulteert volgens de rechtbank niet in een relevante openbaarmaking. In Duitsland heeft de hoogste rechter zich uitgesproken over de juridische kwalificatie van hyperlinks. In de Paperboy-uitspraak oordeelde het *Bundesgerichtshof* dat het aanbrengen van een hyperlink niet gelijk staat aan een auteursrechtelijke openbaarmakingshandeling, omdat de hyperlink alleen de toegang tot het werk vergemakkelijkt.³⁰

Zoals gezegd kan mijns inziens een framed link of een inline link wel auteursrechtelijk relevant zijn. De hyperlink is dan meer dan een voetnoot of een verwijzing naar informatie die zich elders bevindt. Bij framing en inline linking gaat het om de opname van een zelfstandig auteursrechtelijk beschermd werk binnen een andere context.

In de zogenoemde Batavus-zaak oordeelde de voorzieningenrechter in de Rechtbank Leeuwarden dat gedaagde in reconventie Bikemotion zowel inbreuk maakt op de auteursrechten van Batavus als onrechtmatig jegens Batavus handelt door het framen van de website van Batavus. Hij overweegt daartoe het volgende:

28 Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 207 m.nt. Koelman.

29 Rb. Haarlem 12 mei 2004, AO9318 (*Techno Design/Brein*).

30 BGH 17 juli 2003, I ZR 259/00 (*Paperboy*) met noot Chavannes en Steenbruggen in *JAVI* 2003-6, p. 222-225.

‘[V.] (lees: ‘Bikemotion’, CATH) heeft aangevoerd dat vrijwel elke aanbieder van producten op internet een hyperlink heeft naar de site van de fabriek. Dat is maatschappelijk algemeen aanvaard, aldus [V.]. De rechtbank constateert dat Batavus deze stelling van [V.] erkent. Batavus heeft immers aangevoerd dat hyperlinks het wezenskenmerk van internet zijn en dat algemeen wordt aangenomen dat eenvoudige hyperlinks naar rechtmatig materiaal in beginsel geen auteursrechtelijke verveelvoudiging opleveren. In zoverre bestaat er dus geen verschil van mening tussen partijen. Batavus maakt echter bezwaar tegen het framen door [V.]. In vergelijking tot de ‘papieren-wereld’ komt het er op neer dat [V.] een brochure van Batavus aan het publiek verstrekt, waarbij de naam van de fabrikant (Batavus) is vervangen door een etiket met de handelsnaam van [V.], aldus Batavus. De rechter is met Batavus van oordeel dat deze handelwijze onrechtmatig is en tevens in strijd is met het auteursrecht van Batavus. Op deze manier wordt immers de indruk gewekt dat de informatie van de website van Batavus eigen materiaal van [V.] betreft. De vordering van Batavus zal dus ook op dit punt worden toegewezen zoals in het dictum te melden. Het door [V.] gevorderde gebod om -kort gezegd- het framen toe te staan, zal worden afgewezen.’

Vergelijkingen met de ‘papieren wereld’ zijn altijd gevaarlijk in dit soort gevallen, zo ook hier. In de vergelijking klinken de roemruchte Leesportefeuille-arresten door.³¹ In deze zaken ging het om de vraag of een uitgever van tijdschriften zich er tegen kan verzetten dat door hem verkochte tijdschriften in zogenaamde leesportefeuilles worden opgenomen. In het eerste Leesportefeuille-arrest uit 1952 werd de vordering op het auteursrecht gebaseerd, in 1961 stond de vraag centraal of er sprake was van onrechtmatig handelen. In beide zaken haalde de uitgever bakzeil: leesportefeuilles zijn toegestaan. Volgens de Hoge Raad in 1952 was het auteursrecht van de uitgever *uitgeput*; in 1961 overwoog de Hoge Raad:

‘dat het in het economisch verkeer – waarin doorlopend wordt voortgebouwd op het door anderen tot stand gebrachte – profijt trekken van de aantrekkelijkheid van het produkt van een ander op zich zelf niet in strijd is met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens dien ander betaamt, en ook niet als dit profijt trekken dien ander concurrentie aandoet en hem daardoor nadeel toebrengt.’

Bijkomende omstandigheden kunnen de handelwijze wel onrechtmatig maken. Bijvoorbeeld als onnodige verwarring wordt gesticht bij het publiek. Daar lijkt de voorzieningenrechter in de Batavus-zaak ook (terecht) vanuit te gaan, waar hij overweegt dat door het framen de indruk wordt gewekt ‘dat de informatie van de website van Batavus eigen materiaal’ van Bikemotion betreft. Waarom er daarmee ook sprake is van auteursrechtinbreuk wordt niet duidelijk. Zoals gezegd kan betoogd worden dat het framen van andermans auteursrechtelijk beschermd werk een bewerking en/of openbaarmaking daarvan is.

31 HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95 en HR 23 juni 1961, NJ 1961, 423.

5.5 Wat is een zoekmachine?

Als hyperlinks de bloedbaan van het world wide web zijn, dan zijn zoekmachines de hersenen die ons vertellen waar wij moeten zijn. Voor veel internetgebruikers vormt een zoekmachine het startpunt van hun verblijf op het world wide web. Waar vroeger nog wel eens van hyperlink naar hyperlink gehopt werd om informatie te vinden – browsen of surfen – vormt tegenwoordig de zoekmachine een cruciaal knooppunt in het netwerk, van waaruit informatie wordt ontsloten. Het belang van een hoge notering in de zoekmachine wordt daarom steeds belangrijker.

Een zoekmachine bestaat doorgaans uit vier onderdelen: een webspider, een indexer, een database en een zoeker. De webspider is een programmaatje dat het internet afspeurt op zoek naar vindplaatsinformatie die voldoen aan de kenmerken die door de programmeur zijn opgegeven. Een webspider kan bijvoorbeeld op zoek gaan naar bestanden met een .jpeg-extensie. Dat zullen dan foto's en plaatjes zijn. Gedurende het zoekproces maakt de webspider een tijdelijke kopie van webpagina's en objecten om deze te interpreteren. Als de webspider uitgezocht is, heeft hij als het goed is een grote hoeveelheid hyperlinks verzameld. Deze links worden aan de hand van bepaalde criteria geïnterpreteerd door de indexer en in de database opgeslagen. De database vormt zo een enorme verzameling hyperlinks. Wie niet wil dat naar zijn webpagina wordt verwezen door een zoekmachine moet een speciale *metatag* aan de HTML-code van de webpagina toevoegen.³²

De indexer die de hyperlinks interpreteert en ervoor zorgdraagt dat de links volgens een bepaalde rangorde worden ontsloten, vormt een belangrijk onderdeel van de zoekmachine. Het succes van de zoekmachine is immers afhankelijk van de juistheid van de interpretatie. Zoekmachines kunnen verschillende methodes hanteren om het belang van bepaalde informatie te interpreteren. Zij kunnen bijvoorbeeld bekijken hoe vaak een bepaald woord op een website voorkomt. Als honderd keer het woord 'advocaten' op een website voorkomt, zal het wel een website over advocaten zijn. De populaire zoekmachine Google interpreteert informatie mede aan de hand van het aantal verwijzingen dat naar bepaalde informatie wordt gemaakt, de zogenaamde PageRank-formule. Hoe meer verwijzingen, hoe hoger de rangorde van de informatie. Wat het algoritme is van de PageRank-formule is één van de bestbewaarde geheimen van het internet en de onderscheidende kracht van Google.

Google onderscheidt zich ook op een andere manier van andere zoekmachines. Het is de enige grote zoekmachine die informatie ook in een cache opslaat. Google maakt een schermafdruck van iedere ontdekte pagina en plaatst deze in een cache. Het doel van de Google-cache is echter wezenlijk anders dan de cache van internet providers die hierboven is beschreven. Terwijl caching doorgaans geschiedt met het doel om bandbreedte te besparen en webpagina's sneller toegankelijk te maken, is de Google-cache bedoeld om de webpagina te tonen als de 'originele pagina niet bereikbaar is'.³³

³² Een eenvoudig voorbeeld luidt als volgt: <META NAME="ROBOTS" CONTENT="NOINDEX">.

³³ Zie het hoofdstuk Cached links via www.google.nl/intl/nl/features.html, bezocht op 14 november 2004.

Het is als eigenaar van een webpagina mogelijk Google te laten weten dat je niet in de cache opgeslagen wilt worden.³⁴

5.5.1 *Juridische kwalificatie van zoekmachines*

Hierboven heb ik beoordeeld in hoeverre hyperlinks op zichzelf strijdig kunnen zijn met de rechten van anderen. Ik heb vastgesteld dat daar bij gewone hyperlinks slechts in uitzonderingsgevallen sprake van zal zijn. Framed links en inline links kunnen in strijd met het auteursrecht of anderszins onrechtmatig zijn. Hoe zit dat met een zoekmachine? Kan de handelwijze van een zoekmachine strijdig zijn met het auteursrecht? Bij de beoordeling van deze vraag kan een onderscheid gemaakt worden in drie verschillende handelingen van een zoekmachine: de tijdelijke opslag van informatie door de webspider, het (doen) ontsluiten van verwijzingen uit de database en het cachen van webpagina's. Zoals gezegd wordt deze handeling bij mijn weten op dit moment louter door Google verricht.

De tijdelijke opslag van informatie door de webspider komt overeen met elektronisch bladeren oftewel *browsen*. Zodra de webpagina is beoordeeld, wordt deze vernietigd. De webpagina wordt dus zeer tijdelijk opgeslagen. Deze tijdelijke opslag zal naar Nederlands recht niet beschouwd worden als een auteursrechtelijk relevante vervelvoudiging, mits verder aan de voorwaarden van artikel 13a Aw is voldaan. In overweging 33 van de richtlijn auteursrecht wordt nadrukkelijk opgemerkt dat de beperking waar artikel 13a Aw op is gebaseerd mede bedoeld is voor 'handelingen die elektronisch bladeren (browsing)' mogelijk maken. Opgemerkt zij dat het databankenrecht geen beperking ten behoeve van de tijdelijke opslag van (substantiële) delen van een databank kent. Dat betekent dat de handeling van de webspider onder omstandigheden wel in strijd kan zijn met dat intellectuele eigendomsrecht.³⁵

Kan het ontsluiten van hyperlinks die zijn opgeslagen in de databank van de zoekmachine beschouwd worden als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking? Ook hier zal weer het type hyperlink van belang zijn. Over het algemeen zal het ontsluiten van surface links en deeplinks zijn toegestaan. Dat geldt ook indien de zoekmachine slechts hyperlinks ontsluit die verwijzen naar MP3-bestanden. Dit is in ieder geval de voorlopige uitkomst van een zaak die door de exploitant van de zoekmachine ZoekMP3 is aangespannen tegen de organisatie die in Nederland piraterij bestrijdt, Stichting Brein.

Stichting Brein had de exploitant van de zoekmachine, Techno Design, herhaaldelijk gesommeerd de MP3-zoekmachine niet langer aan te bieden. Volgens Brein pleegde Techno Design auteursrechtinbreuk door hyperlinks naar onder meer inbreukmakende muziekbestanden aan te bieden. In de tweede plaats stelde Brein zich op het standpunt dat Techno Design in strijd handelde met de zorgvuldigheid die in het

³⁴ Namelijk door de metatag NOARCHIVE te gebruiken.

³⁵ De Europese Commissie heeft deze discrepantie inmiddels gesignaleerd en overweegt een beperking voor tijdelijke reproducties in het databankenrecht te introduceren. Zie Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Brussel 19 juli 2004, SEC(2004)995, p. 7-8.

maatschappelijk verkeer tegenover Brein in acht dient te worden genomen door de zoekmachine ZoekMP3 aan te bieden. Techno Design is vervolgens een bodemprocedure bij de Rechtbank Haarlem begonnen met – kortweg – het verzoek aan de rechtbank zich over deze rechtsvragen uit te laten.

Volgens de rechtbank is er geen sprake van auteursrechtelijk relevant handelen door Techno Design.

CITAAT

‘De enige relevante handeling die Techno Design verricht, is dat zij aan gebruikers van zoekmp3.nl de URL’s aanwijst en opgeeft waar zich mp3-bestanden bevinden. Gebruikers van zoekmp3.nl worden derhalve enkel doorverwezen/doorgeleid naar sites waar die bestanden zijn te vinden. Het zijn vervolgens de gebruikers van zoekmp3.nl die met gebruikmaking van de gevonden link over het mp3-bestand kunnen beschikken voor het afspelen en/of het downloaden.’

De rechtbank oordeelde dat Techno Design onder omstandigheden wél onrechtmatig zou kunnen handelen, namelijk indien zij ervan in kennis wordt gesteld dat een in haar database opgenomen hyperlink verwijst naar een inbreukmakend MP3-bestand en zij deze vervolgens niet verwijdt.

CITAAT

‘Van Techno Design mag een zekere mate van zorg worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van verdere inbreuken. Mede gelet op de omstandigheid dat Techno Design bedrijfsmatig handelt en de mogelijkheid heeft bepaalde links uit haar databestand te verwijderen, moet worden geoordeeld dat indien Techno Design ervan in kennis wordt gesteld dat een in haar database opgenomen link verwijst naar een inbreukmakend of anderszins onrechtmatig mp3-bestand, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, Techno Design zelf onrechtmatig handelt indien zij alsdan niet ingrijpt. Van Techno Design mag dan worden verwacht dat zij bijvoorbeeld de links naar de inbreukmakende documenten uit haar databestand verwijdt en tevens dat zij aan de rechthebbenden op diens verzoek de informatie verschaft die zij heeft over het bestand waarnaar wordt verwezen.’

Techno Design hoeft van de rechtbank niet zelf pro-actief te controleren of de hyperlinks in haar database onrechtmatig zijn. De overwegingen van de rechtbank vertonen sterke overeenkomsten met die van de Rechtbank Den Haag in de zogenoemde Scientology-zaak³⁶ en met de aansprakelijkheid van internet service providers uit hoofde van de richtlijn Elektronische handel en artikel 6:196c BW.

Indien de zoekmachine inline links ontsluit in plaats van surface links en deep links kan er naar mijn mening wel sprake zijn van auteursrechtinbreuk. Inline links worden bijvoorbeeld bij de afbeeldingenzoeker van zoekmachine Google getoond, alsook

³⁶ Rechtbank Den Haag 9 juni 1999, AMI 1999/7, p. 110 m.nt. Koelman (*Scientology/XS4ALL en Spaink*).

bij de nieuwszoeker van Google.³⁷ De link wordt dan als een verkleind plaatje gebruikt. Het verkleinde beeld wordt ook wel een *thumbnail* genoemd.

Het kopiëren en verkleinen van het oorspronkelijke beeld en het openbaar maken van de thumbnail kan in strijd zijn met de rechten van de auteur. Zo heeft de Duitse rechter eind 2003 geoordeeld dat Google met zijn nieuwszoeker auteursrechtinbreuk maakte.³⁸ De Duitse rechter vond dat het kopiëren van de foto en het publiek toegankelijk maken daarvan via de zoekmachine in strijd was met de auteursrechten van de rechthebbende op de foto.³⁹

Het laatste aspect van zoekmachines dat ik hier wil bespreken, is caching door zoekmachines. Zoals gezegd is Google bij mijn weten de enige zoekmachine die een tijdelijke kopie maakt van webpagina's. De kopie wordt opgeslagen op de servers van Google. Bij de zoekresultaten geeft Google naast de gewone hyperlink naar de opgevraagde webpagina ook een link *in cache* naar de tijdelijk opgeslagen webpagina. Anders dan bij een gewone hyperlink verwijst de *in cache* link dus niet naar informatie die door een ander is opgeslagen, maar door Google zelf. Wanneer de webpagina vanuit de cache wordt opgevraagd, verschijnt deze onder een disclaimer van Google: 'Google heeft geen banden met de auteurs van deze pagina en is niet verantwoordelijk voor de inhoud ervan'.

De vraag is of deze disclaimer Google voldoende vrijwaart van auteursrechtinbreuk. Valt de Google-cache onder de vrijstelling van artikel 13a Aw. Zoals hierboven in de paragraaf over caching is opgemerkt, geldt dit artikel niet voor alle vormen van caching. Het doel van de bepaling is slechts om kopieën die louter een technisch en functioneel doel hebben buiten het bereik van het auteursrecht te houden. De tijdelijke opslag moet onder meer een 'essentieel' onderdeel vormen van een technisch procédé en geen 'zelfstandige economische waarde' bezitten.

Het gegeven dat andere zoekmachines geen cache-functie hebben, geeft al aan dat de Google-cache niet essentieel is voor het functioneren van de zoekmachine. Het doel van de Google-cache is bovendien niet de doorgifte in een netwerk mogelijk te maken; het doel is om de webpagina te tonen als de originele pagina niet bereikbaar is. Althans, dat is wat Google zelf als doel omschrijft. Daarmee heeft Google een groot voordeel boven andere zoekmachines, die deze mogelijkheid niet bieden. Een dergelijk voordeel behoort mijns inziens wel tot de 'economische waarde' van het auteursrecht. De Google-cache voldoet derhalve niet aan de criteria van artikel 13 Aw. Dat de websitehouder kan voorkomen dat de webpagina is de Google-cache wordt opgenomen, doet daar mijns inziens niet aan af. Het auteursrecht is een verbodsrecht, geen recht van bezwaar.

³⁷ Zie <http://news.google.com>.

³⁸ LG Hamburg 5 september 2003, 308 O 449/03 (*Thumbnails*).

³⁹ Dat het auteursrecht per land flink kan verschillen, blijkt wel uit het feit dat de Amerikaanse rechter in een vergelijkbaar geval heeft geoordeeld dat het maken van een thumbnail geoorloofd is. De gespecialiseerde zoekmachine Ditto.com maakte eveneens thumbnails van de afbeeldingen die met behulp van de zoekmachine konden worden gevonden. De Amerikaanse rechter oordeelde dat dat was toegestaan, omdat er sprake zou zijn van een 'fair use' van het originele beeldmateriaal. 9th Circuit Court of Appeals 6 februari 2002, NO. 00-55521, 280 F.3d 934 (*Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation*).

Naast inbreuk op het verveelvoudigingsrecht maakt Google mogelijk ook inbreuk op het openbaarmakingsrecht. Google maakt de webpagina's immers publiek toegankelijk vanaf zijn eigen servers. Dat dit via een hyperlink gebeurt, doet niet terzake. Kenmerkend aan een gewone hyperlink is immers dat de informatie waarnaar wordt verwezen juist niet via de hyperlink toegankelijk wordt gemaakt; de hyperlink verwijst slechts door. De informatie blijft op de oorspronkelijke weblocatie staan, waar degene die de link activeert ook daadwerkelijk naartoe geleid wordt. De hyperlink van Google verwijst echter naar de servers van Google waar de informatie is opgeslagen. Via de hyperlink maakt Google dus openbaar.

5.6 Wat is peer-to-peer software?

P2P-programma's werken grofweg als volgt. Men downloadt het computerprogramma vanaf een internet website en installeert het op de computer. Vervolgens kan men met behulp van het programma bestanden aan andere gebruikers van het programma *aanbieden*. Ook kan men de bestanden die andere gebruikers van het programma aanbieden van hun computers *downloaden*. De bestandsuitwisseling vindt plaats direct van de ene computer naar de andere computer, dat wil zeggen, peer-to-peer.

De bestanden die opgeslagen zijn op de individuele computers van de gebruikers moeten door andere gebruikers kunnen worden gevonden door middel van internetzoektechnologie. Deze zoektechnologie maakt gebruik van geïndexeerde lijsten met hyperlinks naar de betreffende bestanden. De wijze waarop P2P-programma's die zoektechnologie hebben geïmplementeerd in hun software verschilt bij de verschillende P2P-programma's. De eerste generatie P2P-programma's, in het bijzonder Napster, maakte gebruik van centrale internetservern waarop de verwijzingen naar de bestanden in het netwerk worden opgeslagen. De servers verzorgen zo de zoekfunctionaliteit aan de gebruikers van het programma. Dat betekent dat er voor de werking van het programma altijd de tussenkomst van een centraal knooppunt vereist is, namelijk de servers die je in staat stellen bestanden te zoeken. De huidige generatie P2P-programma's is daarentegen volledig decentraal; er is geen centraal knooppunt. De zoekfunctionaliteit wordt binnen het netwerk door andere gebruikers aangeboden. Er zijn dus geen centrale servers meer nodig. Dat betekent dat de bestandsuitwisseling plaatsvindt zonder tussenkomst van derden. Hieronder zal blijken dat dit technische onderscheid juridisch van groot belang kan zijn.

Met behulp van sommige P2P-programma's kan je alleen een bepaald bestandsformaat uitwisselen, zoals MP3-bestanden. MP3 is een techniek om audiobestanden te comprimeren zodat de omvang van de bestanden verkleind wordt. Daardoor is het eenvoudiger ze uit te wisselen. MP3 is een bestandsformaat dat veel voor muziek wordt gebruikt. Andere programma's bieden, naast de mogelijkheid om MP3-bestanden uit te wisselen, de mogelijkheid om uiteenlopende typen bestanden te ruilen, zoals film-, tekst- en softwarebestanden. Dit technische onderscheid kan juridisch van belang zijn.

Interessant aan P2P is niet zozeer de mogelijkheid om bestanden uit te wisselen; dat is al mogelijk, bijvoorbeeld via e-mail. Het vernieuwende aspect van P2P schuilt in

het decentrale niveau waarop de bestandsuitwisseling plaatsvindt. Tot op heden vindt het informatieaanbod via internet 'top-down' plaats. Wie informatie wil aanbieden, zal een website moeten inrichten, die publiek toegankelijk wordt gemaakt vanaf een internet server. Binnen de internethiërarchie zijn internet servers – doorgaans gehost door internet service providers – op een niveau hoger gepositioneerd. Dit wordt ook wel het *client-server-model* genoemd.

P2P doorbreekt het client-server-model. P2P maakt van iedere computer een mini-server die door de consument zelf gehost wordt. Met andere woorden, in een P2P-netwerk is iedere computer gelijktijdig een client en een server. P2P leidt zo tot een *decentralisering* van het internet, waarbij wordt geprofiteerd van de opslagmogelijkheden en bandbreedte van de computers van consumenten/eindgebruikers. Doordat de informatie decentraal is opgeslagen op de individuele computers en niet op centrale servers, is informatie in een P2P-netwerk minder kwetsbaar voor storingen. Dát is het innovatieve aspect van P2P. In zekere zin is P2P het internet, zoals het bedoeld is: een netwerk van computers die direct met elkaar in verbinding staan.

5.6.1 Juridische kwalificatie

Bij de juridische kwalificatie van P2P-programma's moet een onderscheid worden gemaakt tussen de gebruikers van de programma's en degenen die de programma's via internet aanbieden. De gebruiker kan twee handelingen verrichten die auteursrechtelijke relevantie hebben: hij kan derden de gelegenheid bieden bestanden vanaf de harde schijf van zijn computer te downloaden en hij kan zelf bestanden *downloaden*. Het downloaden van bestanden van de computers van andere gebruikers resulteert in een verveelvoudiging in de zin van artikel 13 Auteurswet 1912 (hierna: 'Auteurswet' of 'Aw'). Deze verveelvoudiging zal echter in de meeste gevallen zijn toegestaan op grond van de beperking voor privé-kopiëren, artikel 16b jo. 16c Aw.⁴⁰ Ingevolge artikel 45n Aw is deze beperking niet van toepassing op computerprogramma's. Dat er mogelijk een privé-kopie van een 'illegaal exemplaar' gemaakt wordt, doet aan de rechtmatigheid van de kopie geen afbreuk. Dit is nadrukkelijk bevestigd door de minister van Justitie in antwoord op vragen van de CDA-fractie:

CITAAT

'De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KazaA en vergelijkbare peer-to-peer-diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van [de] auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt.'⁴¹

⁴⁰ Visser 2001, p. 132. Anders: Seignette 2001, p. 32.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2001 & 2002, 28 482, nr. 5, p. 32.

Het ter beschikking stellen van op de computer van de gebruiker aanwezige bestanden is hoogst waarschijnlijk aan te merken als een auteursrechtelijke openbaarmaking.⁴²

Maar hoe zit het met de aanbieder van het P2P-programma? Maakt deze ook openbaar? Seignette meent dat Napster als spin in het web zich daar wel schuldig aan maakte. Zij vergelijkt de positie van Napster met de positie van het kabelbedrijf KTA in het Kabelpiraten-arrest.⁴³ In die zaak gaf KTA de auteursrechtelijk beschermde werken echter daadwerkelijk door, terwijl Napster niet als doorgeefluik fungeerde. Napster verwees gebruikers van haar programma slechts naar de locatie van MP3-bestanden op de computers van andere Napster-gebruikers.

Ook in de Amerikaanse Napster-zaak werd door de Californische rechter niet aangenomen dat Napster zelf auteursrechtelijk beschermde werken openbaar maakte.⁴⁴ Het hof heeft onder de specifieke omstandigheden van de zaak geoordeeld dat Napster aansprakelijk was voor de auteursrechtinbreuken van haar gebruikers.

De verdediging van Napster was grotendeels opgehangen aan het beroemde Sony Betamax-arrest van het Amerikaanse *Supreme Court*.⁴⁵ In dit baanbrekende arrest uit 1984 oordeelde het Supreme Court dat het aanbieden van de Betamax-videorecorder door Sony niet onrechtmatig was tegenover de filmindustrie. Het Supreme Court formuleerde de rechtsvraag in deze zaak als volgt.

CITAAT

‘[T]he sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses. The question is thus whether the Betamax is capable of commercially significant noninfringing uses.’

Is het mogelijk de videorecorder in substantiële mate te gebruiken voor legitieme doeleinden? Het antwoord op die vraag was bevestigend: de videorecorder kan ook voor legitieme doeleinden gebruikt worden. Het vertonen van vakantiefilms in huiselijke kring bijvoorbeeld.

Vormde het precedent van de Betamax-zaak de redding van Napster? Nee, de vergelijking met de videorecorder ging in het geval van Napster slechts ten dele op. Nadat Sony zijn videorecorders op de markt had gebracht, had het geen enkele bemoeienis met of wetenschap van het gebruik van de verkochte producten. Napster daarentegen controleerde als een spin in het web de uitwisseling van bestanden. Als je Napster elimineerde, bracht je ook het systeem tot een einde. Het Amerikaanse *Ninth Circuit Court*, dat de Napster-zaak in tweede instantie beoordeelde, overwoog daarover het volgende.

42 Hugenholtz 2000.

43 HR 14 januari 1983, NJ 1984, 696.

44 Ninth Circuit Court of Appeals 12 februari 2001, 239 F3d 1004 (*A&M Records v. Napster*).

45 United States Supreme Court, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 (*Sony Corp. v. Universal City Studios*)

CITAAT

‘Napster’s actual, specific knowledge of direct infringement renders Sony’s holding of limited assistance to Napster. We are compelled to make a clear distinction between the architecture of the Napster system and Napster’s conduct in relation to the operational capacity of the system’

Het was dan ook niet zozeer het systeem dat door de rechter werd veroordeeld, maar de *handelwijze* van Napster. Die handelwijze bestond eruit dat zij vindplaatsen doorgaf aan de gebruikers van het systeem, en daarmee doorging nadat zij in kennis was gesteld van de onrechtmatigheid daarvan:

CITAAT

‘Napster had the right and ability to police its system and failed to exercise that right to prevent the exchange of copyrighted material.’

Napster werd veroordeeld om iedere keer als de muziekindustrie haar op de hoogte stelde van het ongeoorloofd aanbieden van een muzieknummer de vindplaats daarvan te blokkeren. Als gevolg daarvan stierf Napster een langzame dood.

In het geval van Napster was het P2P-netwerk zo ontworpen dat het voor Napster mogelijk was de uitwisseling van bestanden te voorkomen. Napster kan zo worden vergeleken met een internet service provider die informatie van zijn abonnees heeft opgeslagen op zijn internet servers. Hij fungeert als ‘host’ van deze informatie. Omdat de internet provider in staat is een eventuele inbreuk op het auteursrecht (of andere rechten) van zijn abonnee te beëindigen, zal de internet provider onrechtmatig handelen indien hij daadwerkelijke kennis heeft van de inbreukmakende handeling en vervolgens de inbreuk niet beëindigt door de inbreukmakende werken te verwijderen of de toegang tot de website te blokkeren. Dit volgt uit artikel 14 van de richtlijn Elektronische handel, dat is omgezet in artikel 6:196c BW. In overweging 59 van de richtlijn Auteursrecht wordt nog eens nadrukkelijk gewezen op de mogelijkheid van tussenpersonen om inbreukmakende handelingen van derden te beëindigen:

CITAAT

‘In het bijzonder in de digitale omgeving, zullen derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruik maken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen. Onverminderd de eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt. (...)’

Wat is echter rechtens indien de aanbieder van het P2P-programma niet in staat is inbreukmakende handelingen van de gebruikers van de software te beëindigen? Zoals gezegd zijn de tweede en derde generatie P2P-programma’s anders ontworpen dan Napster. Deze programma’s werken volledig decentraal, zonder tussenkomst van de

aanbieder van het programma, zodat het niet mogelijk is het uitwisselen van bestanden te beëindigen.

Het criterium dat het Amerikaanse Supreme Court heeft toegepast in de Betamax-zaak kan dan uitkomst bieden.

In het KaZaA-arrest van het Hof Amsterdam lijkt dit criterium navolging te hebben gevonden.⁴⁶ Het Hof oordeelde dat KaZaA door haar P2P-programma aan te bieden niet onrechtmatig handelde jegens Buma/Stemra, onder meer omdat het computer-programma van KaZaA niet 'uitsluitend wordt gebezigd voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken'. Zoals gezegd, kunnen de gebruikers van KaZaA uiteenlopende bestanden uitwisselen, niet enkel muziekbestanden. Daarmee biedt het programma een logische aanvulling op het internet, dat in de kern ook een bestandsuitwisselingsprogramma is.

Het arrest van het Hof is in cassatie in stand gebleven.⁴⁷ Het dilemma waarmee rechters en wetgevers geconfronteerd kunnen worden door de introductie van nieuwe technologieën, die niet alleen geschikt zijn voor legitiem gebruik, maar waarmee tevens auteursrechtinbreuken kunnen worden gepleegd, wordt fraai uiteengezet door advocaat-generaal Verkade in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad:

CITAAT

'Ook al kunnen nieuwe technische ontwikkelingen (tijdelijk) ten koste gaan van bepaalde beroepsgroepen of bedrijfstakken, de wetgever en de rechter schrikken er – m.i. terecht – voor terug om dáárom die nieuwe (op zichzelf meestal toegejuichte) technische vernieuwingen te verbieden of af te remmen. Op het gevaar af dat alle vergelijkingen natuurlijk als 'mank' kunnen worden aangevochten, zeg ik toch nog maar eens dat het spoor natuurlijk ten koste ging van de trekschuit. Maar ook dit: de *phonografie* (Edison c.s.) en de *radio* gingen ten koste van de kleine individuele uitvoerende zangers en musici. Het waren de componisten (verenigd in Buma/Stemra), en de *ster*-uitvoerders op fonogrammen, en de fonografische industrie, die van die technische ontwikkelingen (enorm) geprofiteerd hebben. Dat is hen graag gegund, al pink ik een traan weg over het daardoor veroorzaakte noodlot voor de kleine straat- en café-muzikanten. Geen wetgever of rechter die zich om deze laatsten bekommerde.'

Inmiddels heeft ook de Amerikaanse rechter in twee instanties in de zogenaamde Grokster-zaak bepaald dat aanbieders van P2P-software die dezelfde technische functionaliteit bezitten als KaZaA, niet aansprakelijk zijn voor de vermeende auteursrechtsschendingen van de gebruikers van het programma.⁴⁸ In zijn vonnis van 25 april 2003 maakt rechter Wilson van het District Court van Californië een duidelijk onderscheid tussen de werking van Napster en de zogenaamde tweede generatie P2P-syste-

⁴⁶ Hof Amsterdam 28 maart 2002, *Mediaforum* 2002/5, nr. 19 m.nt. Koelman (*KaZaA/Buma/Stemra*).

⁴⁷ HR 23 december 2003, *AMI* 2004-1, p. 9-25 m.nt. PBH (*KaZaA/Buma/Stemra*).

⁴⁸ United States District Court Central District of California, 25 april 2003, te raadplegen op de website van de EFF: http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/030425_order_on_motions.pdf (*MGM et al./Grokster et al.*).

men, waarbij de aanbieder van de software geen controle heeft of invloed kan uitoefenen op het uitwisselen van de bestanden. Zoals gezegd, was Napster daar wel toe in staat. De rechter merkt hierover het volgende op.

CITAAT

‘Napster possessed the ability to monitor and control its network and routinely exercised its ability to exclude particular users from it. (...) Such is not the case here. Defendants provide software that communicates across networks that are entirely outside Defendants control. (...) If either Defendant closed their doors and deactivated all computers within their control, users of their product could continue sharing files with little or no interruption.’

Dit oordeel is in hoger beroep bij het Ninth Circuit Court of Appeal in stand gebleven.⁴⁹Het Hof overweegt het volgende.

CITAAT

‘The nature of the relationship between Grokster and StreamCast [de ‘Defendants’, CATH] and their users is significantly different from the nature of the relationship between a swap meet operator and its participants, or prior versions of Napster and its users, since Grokster and StreamCast are more truly decentralized, peer-to-peer file-sharing networks.’

De eisers in de hierboven aangehaalde Grokster-zaak hebben de kwestie inmiddels aanhangig gemaakt bij het Amerikaanse Supreme Court. Op het moment van schrijven is nog niet duidelijk of het Supreme Court de zaak in behandeling zal nemen.

5.7 Conclusie

Het auteursrecht heeft zijn bestaan te danken aan een technische vinding: de drukpers. Dankzij de drukpers was het plotseling mogelijk om op grote schaal boeken te reproduceren. Het auteursrecht moest dat voorkomen. Aanvankelijk werd het recht om nadruk te verbieden ook niet aan de auteur verleend, maar aan de drukker, het zogenaamde drukkersprivilege. Toen het auteursrecht zijn intrede deed, kwam de auteur meer op de voorgrond te staan. Niettemin vormde de drukker en de handelingen die deze verrichtte een natuurlijk aanknopingspunt voor de wetgever. De drukker was de bron van al dan niet legale kopieën van boeken. Bovendien waren het commerciële partijen die in het openbaar handelden, waardoor hun handelwijze relatief eenvoudig te controleren viel.

Het internet, na de drukpers wellicht de vinding die onze mogelijkheden tot kennisoverdracht het meest heeft vergroot, heeft de auteursrechtelijke uitgangspunten enorm veranderd. Er is niet langer slechts sprake van in het openbaar handelende, commerciële exploitanten van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Auteursrechtelijk beschermde werken worden tegenwoordig massaal door consumenten geëxploi-

⁴⁹ United States Court of Appeals Ninth Circuit, 19 augustus 2004, te raadplegen op de website van de EFF: (*MGM et al./Grokster et al.*).

teerd, namelijk door deze via het internet aan te bieden. In de inleiding tot dit hoofdstuk heb ik dit aangeduid als 'decentralisering'. Samen met de drie andere D's – dematerialisering, deterritorialisering en deregulering – heeft dit gegeven de exploitatie van het auteursrecht voorgoed veranderd. De techniek geeft wederom aanleiding tot een andere benadering van het auteursrecht.

In dit hoofdstuk heb ik een aantal aspecten van die techniek behandeld, en beoordeeld in hoeverre het recht is uitgerust om daarop te reageren. In het geval van caching hebben we gezien dat de wetgever daar expliciet ruim baan voor heeft willen geven. De (Europese) wetgever heeft nadrukkelijk een auteursrechtelijke uitzondering geformuleerd voor caching. Dat is (nog) niet het geval ten aanzien van het aanbieden van hyperlinks en zoekmachines. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid daarvan lijkt de Nederlandse rechter vooralsnog aan te sluiten bij de beperking van de aansprakelijkheid die ook voor internet service providers geldt in het geval van de opslag van informatie ('hosting'). Aanbieders van hyperlinks en zoekmachines hebben auteursrechtelijk niet al teveel te vrezen, al bevindt Google zich met zijn cache wel in de gevarenzone. Aanbieders van peer-to-peer software zijn nog steeds betrokken bij een aantal juridische procedures. De software zal nog wel enige jaren controversieel blijven, waarschijnlijk totdat de muziekindustrie de software ook gaat gebruiken als een distributiemiddel voor gelicentieerde muziek.

In dit hoofdstuk heb ik een aantal onderwerpen behandeld die goed aansluiten bij de eigenschappen die het internet anders maken dan de fysieke, analoge wereld. Daarmee heb ik niet de illusie gehad een uitputtende behandeling van alle auteursrechtelijke vragen te bieden. Het internet zal ook in de toekomst nog voor de nodige nieuwe vragen en dilemma's zorgen. Wordt dus vervolgd.

