

Noot bij Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 16 maart 2006 (NVM e.a. / Zoekallehuizen.nl)

Chr.A. Alberdingk Thijm

Deze zaak gaat in de kern om de vraag of het een internet zoekmachine vrij staat informatie van een website te verzamelen, ook als de eigenaar van die website daar bezwaar tegen maakt. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag bevestigend.

De informatie die door de zoekmachine Zoekallehuizen ("ZAH") wordt verzameld bestaat uit woningomschrijvingen, adresgegevens, koopprijzen en foto's van huizen. De eigenaren van de websites, NVM-makelaars, hadden daartegen bezwaar gemaakt door technische voorzieningen te treffen, door de handelwijze in de gebruiksvoorwaarden van de websites te verbieden en door ZAH te sommeren haar handelwijze te staken.

Internet zoekmachines vervullen een cruciale rol op het internet door de enorme hoeveelheid informatie die het internet rijk is vindbaar te maken. In belangrijke mate wordt de informatie ook *ontsloten* door zoekmachines: als je niet gevonden wordt, dan kan je net zo goed niet bestaan. Het internet zou niet goed kunnen functioneren zonder de aanwezigheid van zoekmachines. Daarom is deze uitspraak niet slechts van belang voor aanbieders van zoekmachines, maar voor het internet als geheel.

Deze zaak vindt haar oorsprong in een andere zaak die betrekking had op de rechtmatigheid van zoekmachines, namelijk de zaak van de NVM tegen De Telegraaf.¹ In die zaak ging het om de vraag of De Telegraaf met het aanbieden van de zoekmachine *El Cheapo* inbreuk maakte op het databankenrecht en de geschriftenbescherming van de NVM. De zoekmachine maakte onder meer gebruik van de databank van de NVM waarin het woningaanbod van alle NVM-makelaars was verzameld en die ontsloten wordt via de website Funda.nl.

Het Hof Den Haag oordeelde dat NVM zich niet kon verzetten tegen het verzamelen van de vindplaatsen van het NVM-woningaanbod op grond van het databankenrecht. De databank van de NVM kwalificeerde volgens het Hof niet als een beschermde databank.

Het Hof kwam tot dat oordeel door de Funda-databank die via internet werd ontsloten voor het algemene publiek te beschouwen als een afgeleide van een databank die slechts toegankelijk was voor NVM-leden. Volgens het Hof had NVM — kortweg — niet aangetoond dat zij substantieel had geïnvesteerd in de afgeleide Funda-databank. Die investering was volgens het Hof noodzakelijk naast de investering in de oorspronkelijke databank die enkel toegankelijk was voor NVM-leden. NVM ging in cassatie en de Hoge Raad oordeelde dat het Hof ten onrechte dit onderscheid had gemaakt.

"Noch de tekst noch de strekking van deze bepaling [artikel 1 onder a Databankenwet, CATH] noopt ertoe de uitgaven buiten beschouwing te laten, die zijn gedaan voor bijvoorbeeld het verzamelen en ordenen van de gegevens, los van de vraag of en wanneer deze op het internet worden geplaatst."

De zaak werd door de Hoge Raad verwezen naar het Hof Amsterdam, maar voordat het Hof zich kon buigen over het geschil werd de zaak geschikt. De kans dat het Hof Amsterdam na het arrest van de Hoge Raad zou oordelen dat sprake was van een beschermde databank lijkt groot, zo ook dat het Hof tot het oordeel zou komen dat De Telegraaf met *El Cheapo* inbreuk maakte op het databankenrecht van NVM.

De NVM-databank werd daarmee voor de aanbieder van een zoekmachine gespecialiseerd in de huizenmarkt een *no go area*. Slimmerds bedachten echter snel een

¹ HR 22 maart 2002, *Computerrecht* 2002/3, p. 161 m.nt. Struik.

oplossing voor dit euvel. NVM krijgt informatie aangeleverd van individuele leden, de makelaars, die inmiddels ook allemaal een website hebben. De informatie die via Funda is te raadplegen, staat dus ook op de websites van de NVM-leden. Is het dan niet net zo makkelijk om de websites van de NVM-leden met een zoekmachine af te struinen? En zo geschiedde. Zoekallehuizen was geboren.

Er is daarmee een belangrijk onderscheid tussen El Cheapo en ZAH. El Cheapo maakte gebruik van de databank van de NVM, terwijl ZAH dat niet doet. El Cheapo wordt in internettermen ook wel een *meta search engine* genoemd. Dat is een zoekmachine die gebruik maakt van de databanken van andere zoekmachines. ZAH is geen meta search engine maar een normale zoekmachine als Google, zij het gespecialiseerd in de huizenmarkt.

ZAH dreigt zo een gevaarlijke concurrent van Funda te worden. Daarmee is voor NVM het belang gegeven om tegen ZAH op te treden. NVM moet dat via een omweg doen, aangezien ZAH niet gebruik maakt van de NVM-databank. Het zijn slechts de vermeende rechten van de individuele makelaars die door ZAH worden geschonden. NVM heeft daarom een tweetal individuele makelaars bereid gevonden als eisers op te treden. Daarnaast treedt NVM als belangenbehartiger van de NVM-makelaars op in de vorm van een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW.

NVM en de NVM-makelaars trekken alle juridische registers open in het geschil met ZAH: inbreuk op het databankenrecht, inbreuk op auteursrecht, inbreuk op geschriftenbescherming, wanprestatie, omzeilen van technische voorzieningen en (ander) onrechtmatig handelen. ZAH op haar beurt stelt zich op het standpunt dat de NVM en de NVM-makelaars in strijd met het mededingingsrecht handelen.

Voor een beroep op het databankenrecht moet vooreerst bepaald worden of sprake is van een beschermde databank. Daarvoor is van belang dat de NVM-makelaars kunnen aantonen dat zij substantieel geïnvesteerd hebben in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de websites. Met betrekking tot het begrip "substantiële investering" haalt de voorzieningenrechter uitgebreid de overwegingen van het Hof van Justitie EG aan in het William Hill-arrest.² In dit arrest heeft het Hof van Justitie — kortweg — bepaald dat een databank alleen beschermd is, indien de daarin gedane substantiële investering niet samenvalt met de investering die is verricht voor de hoofdactiviteit van de eigenaar van de databank.

Volgens de voorzieningenrechter worden de woningbeschrijvingen en de foto's van de huizen verkregen in verband met de hoofdactiviteit van de makelaars: de verkoop van huizen. De afgeleide activiteit bestaat uit het toegankelijk maken van deze informatie via de websites van de makelaars. De voorzieningenrechter geeft een opsomming van de handelingen c.q. investeringen die daarmee gepaard gaan, maar is er niet van overtuigd dat deze substantieel zijn.

"De NVM-makelaars hebben de omvang van deze kosten in het geheel niet onderbouwd met documenten, zodat met betrekking tot deze investering niets is komen vast te staan."

De NVM-makelaars hadden onder meer betoogd — maar niet of onvoldoende onderbouwd — dat de kosten voor het invoeren van de gegevens in de computer en het daarna actueel houden van de omschrijving € 150,- à 250,- per woning kost. Indien deze kosten in het aangekondigde hoger beroep wel aannemelijk worden gemaakt, zou het Hof alsnog tot de slotsom kunnen komen dat sprake is van een beschermde databank. De voorzieningenrechter had ook tot de slotsom kunnen komen dat het via internet

² HvJEG 9 november 2004, NJ 2005, 296 (*British Horseracing Board/William Hill*)

ontsluiten van woningbeschrijvingen en foto's onderdeel is van de hoofdtaak van de makelaars en dus vanzelf tot stand komt. Iedere NVM-makelaar heeft tegenwoordig wel een website waarin zijn woningaanbod is opgenomen. Dat kan nauwelijks nog beschouwd worden als een aparte, afgeleide activiteit.

Indien het bestand aan te koop staande huizen wel beschouwd moet worden als een beschermde databank, is het vervolgens de vraag of ZAH een substantieel deel daarvan opvraagt of hergebruikt. Anders dan in de El Cheapo-zaak bestaat de databank van de NVM-makelaars niet uit hyperlinks of deeplinks en die worden dan ook niet door ZAH overgenomen; die worden juist door ZAH gecreëerd. Voorzover het woningaanbod een beschermde databank is, bestaan de elementen daarvan uit de woningomschrijvingen, de vraagprijs, adresgegevens en foto's van de woningen. Van die woningomschrijvingen wordt slechts een summier gedeelte overgenomen; de foto's worden verkleind overgenomen. Ik kan mij voorstellen dat indien van ieder element slechts een beperkt gedeelte wordt overgenomen geen sprake is van het opvragen of hergebruiken van een substantieel deel van de databank.³

ZAH neemt de foto's van de te koop staande huizen verkleind over als zogenoemde *thumb nails* van de websites van de makelaars. Is hier sprake van auteursrechtinbreuk? Volgens de voorzieningenrechter niet, omdat de auteursrechtelijk beschermde trekken van de foto's verloren gaan door de verkleining. Dit lijkt mij niet juist. De auteursrechtelijk beschermde trekken — de hoek van waaruit de foto is genomen, de afstand tot het huis, de belichting — veranderen natuurlijk niet door de verkleining. Wellicht worden zij minder zichtbaar, maar het gaat wat ver om te spreken van een werk dat niet langer beschermd is. In Duitsland heeft de rechter geoordeeld dat het weergeven van een thumb nail door een zoekmachine strijdig is met het auteursrecht.⁴ De Amerikaanse rechter oordeelde daarentegen dat het maken van een thumb nail toegestaan is als "fair use" van het oorspronkelijke werk.⁵ Hoewel de Nederlandse Auteurswet geen fair use beginsel kent, kan het maken van een thumb nail wel toegestaan zijn op grond van een wettelijke beperking. Er kan sprake zijn van een geoorloofd (beeld)citaat of de catalogus-exceptie van artikel 23 Aw kan analoog worden toegepast.

De voorzieningenrechter gaat er vanuit dat de woningomschrijving, de adresgegevens en de koopprijs van de woningen worden beschermd als niet-oorspronkelijke geschriften. De overname daarvan door ZAH wordt door de voorzieningenrechter echter beschouwd als een geoorloofd citaat. Volgens de voorzieningenrechter is de overname door ZAH zakelijk en functioneel en in de juiste proportie "nu het gaat om het overnemen van enkele regels uit een omvangrijkere woningomschrijving, zodat in dit verband kan worden gesproken van het overnemen van een ondergeschikt onderdeel". Hier worden de begrippen "functioneel" en "ondergeschikt" door de voorzieningenrechter verkeerd toegepast.

Op grond van het Zienderogen Kunst-arrest⁶ van de Hoge Raad dient het citaat ondergeschikt te zijn ten opzichte van de hoofdtekst waarin het citaat is opgenomen. In het geval van ZAH is geen sprake van een hoofdtekst waarin het citaat wordt opgenomen. De voorzieningenrechter geeft dat ook zelf aan: de gegevensverzameling van ZAH is hoofdzakelijk opgebouwd uit citaten. In dat geval is geen sprake meer van een citaat in auteursrechtelijke zin. Bovendien moet een citaat conform het Damave-arrest⁷ van de Hoge Raad "functioneel" zijn, in die zin dat het tot doel moet hebben de

³ Zie echter: Hof Leeuwarden 27 november 2002, LJN: AF1109 (Wegener e.a. / Hunter Select), rov. 15.

⁴ LG Hamburg 5 september 2003, 308 O 449/03 (*Thumbnails*).

⁵ 9th Circuit Court of Appeals 6 februari 2002, NO. 00-55521, 280 F.3d 934 (*Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation*).

⁶ HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268 m.nt. JS.

⁷ HR 26 juni 1992, NJ 1993, 205 m.nt. DWFV.

hoofdttekst te ondersteunen. Nu geen sprake is van een hoofdttekst, kan ook geen sprake zijn van een functioneel citaat in deze zin.

Ook hier had de voorzieningenrechter via een andere weg tot hetzelfde resultaat kunnen komen. Hij had namelijk kunnen oordelen dat de NVM-makelaars zich niet op de geschriftenbescherming kunnen beroepen omdat mogelijk geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling. Er wordt immers slechts een gedeelte van de woningomschrijvingen overgenomen. De rechter zal moeten beoordelen of de wijziging voldoende ingrijpend is, aangezien bij geringe wijzigingen ook nog sprake kan zijn van eenvoudige herhaling.⁸

Onder verwijzing naar onder meer het Paperboy-arrest van de Duitse Bundesgerichtshof⁹, komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat het maken van deeplinks naar de websites van de NVM-makelaars niet resulteert in auteursrechtinbreuk door ZAH. Dat is in overeenstemming met de algemene opvatting in literatuur en jurisprudentie.¹⁰

Al met al, is dus geen sprake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten door ZAH. Kan het gebruik van de informatie op de websites dan de NVM-makelaars dan alsnog onrechtmatig zijn? De makelaars hebben op verschillende manieren kenbaar gemaakt dat zij niet willen dat gebruik wordt gemaakt van de informatie op hun websites. Zij hebben technische voorzieningen aangebracht, zij hebben het verboden in de gebruiksvoorwaarden van de websites en zij hebben ZAH gesommeerd ermee op te houden.

Volgens de Hoge Raad in de zaak XS4ALL vs. Ab.Fab is het gebruik van andermans eigendom in strijd met diens kenbaar gemaakte wil in beginsel onrechtmatig.¹¹ De Hoge Raad oordeelde dat het gebruik door Ab.Fab van de computercapaciteit, de transmissiecapaciteit en het klantenbestand van internetprovider XS4ALL onrechtmatig is. Het kan eenvoudig betoogd worden dat ZAH ook in deze zaak gebruik maakt van de computercapaciteit, de transmissiecapaciteit en het klantenbestand van de NVM-makelaars. Het Ab.Fab-arrest volgend zou dat onrechtmatig zijn. Tot een dergelijk oordeel kwam ook de voorzieningenrechter te Den Haag.¹² Die laatste uitspraak is bekritiseerd door Kabel in zijn noot bij het vonnis in *IER*; het ligt mijns inziens echter meer voor de hand de uitspraak van de Hoge Raad te bekritisieren.¹³ De consequentie van de uitspraak van de Hoge Raad is immers strikt genomen dat het linken naar andermans website en het doorzoeken daarvan met een zoekmachine tegen de wil van de eigenaar beschouwd kan worden als onrechtmatig, ook als daarbij geen sprake is van inbreuk op enig intellectueel eigendomsrecht.

De redenering van de voorzieningenrechter bevalt mij meer: rechten die je niet hebt, kan je ook niet voorbehouden. Dat is kortweg zijn oordeel over het beroep van de NVM-makelaars op de gebruiksvoorwaarden op hun websites. Deze voorwaarden verbieden het gebruik zonder toestemming van de makelaars van de gegevens die op de website zijn opgenomen verbieden. Een dergelijk verbod heeft volgens de voorzieningenrechter echter geen rechtsgevolg indien het niet betrekking heeft op het gebruik van beschermd

⁸ Vgl. HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 116.

⁹ BGH 17 juli 2003, I ZR 259/00 (*Paperboy*) m.nt. Chavannes en Steenbruggen in *JAVI* 2003-6, p. 222-225.

¹⁰ Zie o.a. P.B. Hugenholtz, 'Het internet: het auteursrecht voorbij?', preadvies NJV, in: A.W. Koers e.a., *Recht en internet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, Vzr. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 207 m.nt. Koelman en Rb. Haarlem 12 mei 2004, *AMI* 2004/5, 185 (*Techno Design/Brein*) m.nt. Koelman.

¹¹ HR 12 maart 2004, *RvdW* 2004, 46.

¹² Vzr. Rb. Den Haag 21 juni 2002, *IER* 2004/6, p. 419-420 m.nt. Kabel.

¹³ Chr.A. Alberdingk Thijm, 'XS4ALL wint proces maar verloochent eigen missie', *Het Financieele Dagblad* 3 april 2004.

materiaal. De voorzieningenrechter sluit hierbij aan bij het eerste Leesportefeuille-arrest.¹⁴

Kan er daarnaast nog sprake zijn van het onrechtmatig omzeilen van technische voorzieningen? De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag niet, omdat ZAH inmiddels de aangebrachte beveiliging zou respecteren. Eerder had ZAH bepaalde beveiliging wel omzeild. Blijkbaar vindt de voorzieningenrechter de toezegging ter zitting dat het niet meer zal gebeuren voldoende.

Het is voor de rechtspraak spijtig dat de voorzieningenrechter het onnodig vindt de vraag over de omzeiling van de technische voorzieningen te beantwoorden. Op zichzelf zou eenzelfde redenering denkbaar zijn als met betrekking tot het contractuele voorbehoud: het omzeilen van technische voorzieningen is slechts onrechtmatig als die voorzieningen zijn toegepast ter bescherming van bepaalde rechten. Indien deze voorzieningen niet dienen ter bescherming van databankrechten of auteursrechten, zou de omzeiling niet onrechtmatig zijn. Dat zou ook goed in het wettelijke systeem passen, waarbij het omzeilen slechts verboden is als de voorzieningen zijn aangebracht ter bescherming van een beschermd werk of een beschermde databank.

Met dit al is het niet verbazingwekkend dat de voorzieningenrechter evenmin van oordeel is dat ZAH anderszins onrechtmatig handelt.

Alsof dit alles niet pijnlijk genoeg is voor de NVM en de NVM-makelaars, oordeelt hij ook nog dat NVM-makelaars in strijd met artikel 6 van de Mededingingswet hebben gehandeld door op instigatie van de NVM de voorwaarden voor het gebruik van hun websites te wijzigen.

Gezien het voorgaande, valt er het nodige af te dingen op de uitspraak. Met het resultaat kan echter ingestemd worden. Het heeft er alle schijn van dat NVM met deze zaak een potentiële concurrent heeft willen uitschakelen. Zij doet dat met een beroep op de vermeende auteurs- en databankrechten van haar leden. Het uitschakelen van concurrenten is echter niet een belang dat door die rechten wordt beschermd. Het leerstuk misbruik van recht wordt zelden toegepast door de rechterlijke macht.¹⁵ Hier lijkt mij daar alle aanleiding toe.

* * *

¹⁴ HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95.

¹⁵ A. van Rooijen, 'Liever misbruikt dan misplaatst auteursrecht: Het doelcriterium ingezet tegen oneigenlijk auteursrechtgebruik', *AMI* 2006/2, p. 45-51.