

Scrapen: het verzamelen van *on-line* publiekelijk beschikbare gegevens

Ywein Van den Brande, advocaat, De Bandt Keustermans & Van den Brande

Onder scraping wordt het verzamelen voor eigen doeleinden verstaan van gegevens die publiekelijk beschikbaar zijn op het internet. Dit kopiëren van gegevens zorgt vaak voor spanningen tussen diegene die de informatie on-line heeft geplaatst en de kopieerder. Deze bijdrage bespreekt scraping vanuit auteursrechtelijk oogpunt.

On entend par scraping la collecte à des fins personnelles de données qui sont accessibles au public sur internet. Cette reproduction de données donne souvent lieu à des tensions entre celui qui a mis l'information en ligne et celui qui la copie. La présente contribution se penche sur le scraping sous l'angle du droit d'auteur.

Deze bijdrage richt zich op het samenstellen van een eigen databank door het verzamelen (ook wel *scrapen* of *harvesten* genaamd) van publiekelijk beschikbare informatie uit verschillende bronnen op het internet en niet op het geautomatiseerd opvragen van één *on-line* databank. In het eerste geval wordt de informatie op geautomatiseerde wijze gekopieerd vanuit vaak duizenden individuele websites. Dat *scrapen* immense proporties kan aannemen, wordt bewezen door Google dat voor haar zoekmotor zowat het gehele internet heeft gekopieerd. Deze kopies kunnen worden teruggevonden in de Google *cache* functie⁽¹⁾.

De vraag stelt zich hoe dit *scrapen* zich verhoudt tot het auteursrecht. Deze bijdrage is daartoe een eerste poging in het licht van het Belgische auteursrecht, met af en toe een zijspiongetje naar het Nederlandse auteursrecht⁽²⁾. Deze bijdrage gaat niet in op het aspect « databankbescherming » van *scraping*. Ook andere mogelijke beperkingen voor overname zoals merkenrechten, handelspraktijken en dergelijke meer worden niet behandeld.

I. Het geautomatiseerd overnemen van letterlijke mededelingen van één of meerdere websites

Vooreerst wordt het geval bekeken waar een databank op automatische wijze wordt samengesteld met informatie die *verbatim* is gekopieerd van op het internet publiekelijk beschikbare informatie. Hier kan worden gedacht aan de boven aangehaalde zoekmotor van Google (en zeker de *cache* functie) of de nieuwswebsite Google Nieuws waarop Google nieuwsbronnen verzamelt die overgenomen zijn van andere websites met nieuwsberichten. Deze overgenomen nieuwsbronnen bestaan uit de titel van het krantenartikel met *link* naar het volledige artikel op de oorspronkelijke website, de naam van de uitgever van de website waarnaar wordt verwezen, de eerste regels van het artikel, eventueel een kleine begeleidende foto en de *link* naar andere websites die berichten over hetzelfde onderwerp. Dit alles wordt door Google automatisch gegenereerd. De vooraf-

(1) De reden dat Google snel en efficiënt zoekresultaten kan geven uit vrijwel het hele internet is omdat Google vrijwel het hele internet heeft gekopieerd. Dit zijn de zogenaamde Google *cache*-kopieën, die men in de Google zoekresultaten kan vinden onder de link *in cache*. Voor een grondige beschrijving van deze dienst, zie: G. VANDENDRIESSCHE, « Internet-zoekmotoren en *on-line*-kranten: “The page cannot be found”? », *TBH* 2007, p. 394.

(2) In het buitenland is dit onderwerp ook reeds ter sprake gekomen, zie bijv. Verenigde Staten: *Blake A. Field t. Google Inc.*, 12 januari 2006, United States District Court of Nevada, *Computerrecht* 2006, p. 135; Duitsland: OLG Jéna, 27 februari 2008, Az.: 2 U 319/07 (beroep van LG Erfurt, 15 maart 2007, Az.: 3 O 1108/05); Frankrijk: T.G.I. Paris, 20 mei 2008, *R.D.T. I.* 2008, p. 501.

gaandelijke toestemming van de auteur wordt in principe door Google niet gevraagd⁽³⁾.

Men kan er niet omheen dat het letterlijk overnemen van auteursrechtelijk-originele mededelingen van websites, een auteursrechtelijke inbreuk vormt. De teksten, mededelingen, afbeeldingen en dergelijke meer in elektronische vorm op een *website* komen evenzeer voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking als hun evenknie op papier⁽⁴⁾.

Net zoals bij geschriften hoeft het hierbij niet te gaan om een gehele of letterlijke reproductie. Ook titels van artikels, de eerste lijnen van artikels en korte uittreksels ervan kunnen auteursrechtelijk beschermd zijn⁽⁵⁾. De lengte van de partiële reproductie is hierbij van geen belang⁽⁶⁾. Ook partiële reproductie van de informatie op een *website* kan dus enkel mits toestemming van de auteur indien originele elementen worden overgenomen. Dit principe werd recent nog bevestigd in de boven aangehaalde zaak *Google t. Copiepresse*.

Een interessante vraag is of het vervormd of in mindere kwaliteit weergeven van een originele foto of afbeelding is toegestaan. Hierbij kan worden gedacht aan de zogenaamde miniatures (*thumbnails*) die vaak op websites worden vertoond. Het vertonen van miniatures zonder toestemming van de auteur kan moeilijk worden verdedigd⁽⁷⁾, nu de originele elementen van de foto, meestal in weliswaar verkleinde doch verder identieke vorm, worden weergegeven⁽⁸⁾. Of de kopie al dan niet het origineel

kan vervangen of overbodig maakt, is geen relevant criterium volgens het Hof van Cassatie⁽⁹⁾. Bovendien lijkt het maken van miniatures te botsen met de morele rechten van de auteur, en meer bepaald met het recht op de integriteit van het werk⁽¹⁰⁾. Toch werd er in de Nederlandse zaak *Zoekallehuizen.nl* geoordeeld dat de eventuele oorspronkelijke trekken in de foto's van de huizen die door *Zoekallehuizen.nl* in miniatuur werden overgenomen door de verkleining geheel verloren zijn gegaan, en dat de miniatures daardoor geen inbreuk plegen op de auteursrechten op de overgenomen foto's. Zoals H. Struik in zijn noot bij deze uitspraak stelt is de maatstaf op zichzelf misschien wel juist, maar voelt het oordeel dat bij de verkleining nu juist aspecten van de oorspronkelijke foto als de hoek en afstand tot het object « geheel verloren gaan » niet zo logisch aan⁽¹¹⁾. Bovendien wordt er hierbij abstractie gemaakt van het feit dat – om het miniatuur te kunnen aanmaken – veelal een tijdelijke reproductie zal worden gemaakt van het originele werk. Dit aspect wordt in het tweede deel van deze bijdrage hieronder besproken.

Wanneer men een eigen gegevensverzameling wenst samen te stellen door *verbatim* informatie die *on-line* publiekelijk beschikbaar is te verzamelen, zal men zich dienen te beperken tot het overnemen van niet-originele elementen. Hierbij kan worden gedacht aan banale elementen zoals zuivere feiten, cijfermateriaal en andere informatie waaruit

(3) Dit was alleszins het geval in de zaak *Copiepresse t. Google* (Voorz. Rb. Brussel, 13 februari 2007, *A&M* 2007, 107). Copiepresse is de beheersvennootschap die de Belgische uitgevers van Franstalige pers groepeerd. Zij startte een procedure tot staking wegens inbreuken door Google op de auteursrechten die rusten op de nieuwsberichten op de *websites* van haar leden. Copiepresse ageerde tegen twee diensten van Google: (1) het *on-line* beschikbaar maken van integrale artikels van de leden van Copiepresse via het *cache* systeem van de zoekmotor van Google en (2) de opname van *on-line* nieuwsberichten van de leden van Copiepresse in de Google Nieuws website. Voor meer informatie betreffende de feitelijke achtergrond en rechtsleer betreffende deze zaak, zie ondermeer J.-P. TRIAILLE, « La question des copies "cache" et la responsabilité des intermédiaires - Copiepresse c. Google, Field v. Google », in X, *Google et les nouveaux services en ligne - Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, eds., Larcier, Brussel, 2008, p. 254; G. VANDENDRIESSCHE, « Internet-zoekmotoren en *on-line* kranten: "The page cannot be found" », *TBH* 2007, p. 394 en D. VOORHOOF, « Slecht nieuw voor Google News [Indexatie van nieuwsberichten uit bestaande nieuwsbronnen op Internet] », *A&M* 2007, 120.

(4) D. VOORHOOF, « Letterkundige werken - Wetenschappelijke werken - Fotokopie - Leenrecht », *Belgisch auteursrecht - Van oud naar nieuw*, F. GOTZEN, ed., Brussel, Bruylant, 1996, p. 161; Zie ook Cass. 25 september 2003, *A&M* 2004, 29.

(5) Sommige rechtsleer stelt daarentegen dat titels conform de gebruiken vrij moeten kunnen worden overgenomen in indexen, bibliografieën, databanken en dergelijke meer, zie in deze zin J.-P. TRIAILLE, noot bij Brussel, 13 februari 2007, *R.D.T. I.* 2007, p. 254.

(6) Cass. 25 september 2003, *A&M* 2004, 29.

(7) C.-A. ALBERDINGK THIJM, noot bij Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 16 maart 2006, *AMI* 2006, p. 98.

(8) Het vergroten of verkleinen van werken is een idee dat op zichzelf geen auteursrechtelijke bescherming verdient (F. BRISON, « *Architecture: de Assepoester van het auteursrecht* », *R.W.* 1991-1992, p. 314).

(9) Cass. 25 september 2003, *A&M* 2004, 29; *R.A.B.G.* 2004, p. 205, met noot F. BRISON.

(10) Op basis van zijn recht op de integriteit, kan de auteur zich verzetten tegen iedere wijziging van zijn werk en in het bijzonder tegen iedere misvorming of verminking ervan (F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, p. 156). Miniatures geven het oorspronkelijke werk in mindere kwaliteit weer en vaak ook partieel vervormd, zodat het niet onmogelijk is dat een auteur een miniatuur ervaart als schending op zijn recht op de integriteit van zijn werk.

(11) H. STRUIK, noot bij Voorz. Rb. Arnhem 16 maart 2006, *Computerrecht* 2006, p. 166.

de persoonlijkheid van de auteur niet blijkt. Dergelijke informatie komt immers niet in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming⁽¹²⁾. De overname ervan wordt niet auteursrechtelijk beperkt. Hierbij dient er op te worden gewezen dat bepaalde informatie die op zich niet auteursrechtelijk wordt beschermd toch op een originele wijze kan zijn voorgesteld. Zo is het mogelijk dat een grafiek met zuiver feitenmateriaal zoals weersinformatie toch op een originele wijze wordt gepresenteerd, zodat *verbatim* overname toch een auteursrechtelijke inbreuk uitmaakt.

De afweging van wat origineel is en wat niet (wat kan worden overgenomen en wat niet), is evenwel niet altijd eenvoudig te maken en dient geval per geval te worden bekeken. Hoewel niet alle titels, eerste lijnen of stukken van een artikel auteursrechtelijke bescherming zullen genieten, kan men er niet zomaar van uitgaan dat deze nooit auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten⁽¹³⁾. Geautomatiseerd kopiëren van zelfs beperkte letterlijke mededelingen op websites in een eigen gegevensverzameling is dan ook risicovol⁽¹⁴⁾.

De vraag stelt zich of men zich bij het overnemen van inhoud (of delen ervan) kan beroepen op het citaatrecht. Deze vraag zal in vele gevallen negatief moeten worden beantwoord. Men kan zich immers slechts op het citaatrecht beroepen indien cumulatief⁽¹⁵⁾ aan de wettelijke voorwaarden is voldaan⁽¹⁶⁾:

- het werk moet op geoorloofde wijze openbaar zijn gemaakt;
- de aanhaling moet geschieden in het kader van één van volgende doeleinden: kritiek, polemiekt,

recensie, onderwijs of wetenschappelijke werkzaamheden;

– de aanhaling dient in overeenstemming te zijn met de eerlijke beroepsgebruiken in de sector;

– de bron en de naam van de auteur dienen te worden vermeld (behalve indien dit onmogelijk zou zijn).

Het citaatrecht is een uitzondering op het auteursrecht en dient restrictief te worden geïnterpreteerd⁽¹⁷⁾. In de boven aangehaalde Google zaak oordeelde de rechter dat Google Nieuws zich beperkte tot het recenseren en klasseren van artikels, en dit op automatische wijze. Aldus deed Google volgens de voorzitter geen enkele analyse of vergelijking van de artikels en leverde Google geen enkele kritiek of commentaar. Google voldeed dan ook niet aan de wettelijke voorwaarden. *Scraping* projecten die zich op een gelijkaardige wijze beperken tot het verzamelen en structureren van informatie rond een welbepaald thema, zijn in het zelfde bedje ziek en zullen evenmin aan de wettelijke voorwaarden voldoen⁽¹⁸⁾.

Samenvattend kan men stellen dat het geautomatiseerd kopiëren van zelfs beperkte *verbatim* gegevens van een website voor het samenstellen van een eigen databank auteursrechtelijk gezien slechts mogelijk zal zijn indien men zich er van vergewist dat er geen originele elementen worden gekopieerd. Dit kan bijvoorbeeld door de kopienamen te beperken tot zuivere cijfers of gegevens. De vraag of een werk auteursrechtelijke bescherming geniet is evenwel een juridisch-subjectieve overweging die zich slechts moeilijk laat automatiseren. Toch kan men

(12) F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, p. 13.

(13) Voorz. Rb. Brussel, 13 februari 2007, *A&M* 2007, 107; H.v.J. EG, 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq t. Danske Dagblades Forening*, § 47. Dat korte werken als titels en slogans auteursrechtelijke bescherming genieten is niet steeds evident, zie ondermeer F. BRISON en A. COPPIETERS, « *De oorspronkelijkheidsvereiste om een auteursrechtelijke bescherming te genieten* », *A&M* 2002, p. 417 en voetnoot 5.

(14) Er zullen natuurlijk steeds sectoren zijn waar de gegevens quasi steeds op banale wijze worden gepresenteerd en waarvoor het risico laag is.

(15) F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, p. 104.

(16) Art. 21 § 1 A.W.: « *Het citeren uit een werk dat op geoorloofde wijze openbaar is gemaakt, ten behoeve van kritiek, polemiekt, recensie, onderwijs, of in het kader van wetenschappelijke werkzaamheden, maakt geen inbreuk op het auteursrecht, voor zover zulks geschiedt overeenkomstig de eerlijke beroepsgebruiken en het beoogde doel zulks wettigt. Het citeren bedoeld in het vorige lid moet de bron en de naam van de auteur vermelden, tenzij dit niet mogelijk blijkt* ».

(17) S. DUSSOLIER, Y. POULLET en M. BUYDENS, « *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique* », *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXIV, n° 4, 2000, pp. 10 en 14.

(18) De Belgische rechtspraak wijkt hier af van de Nederlandse, waar op basis van het citaatrecht een beperkte vorm van overname lijkt te zijn toegestaan. De voorzieningenrechter van de Rechtbank van Alkmaar ging zelfs zo ver om te bepalen dat de overgenomen en gepubliceerde gegevens niet meer mogen omvatten dan (i) een tekst met maximaal 155 tekens, (ii) daarnaast de adresgegevens en (iii) de vraagprijs van het object, alsmede een bij een en ander te plaatsen foto met een formaat van ten hoogste 194 x 145 pixels (Voorz. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, Hof Amsterdam 13 december 2007, beiden beschikbaar via www.rechtspraak.nl). Een dergelijk ruime interpretatie van het citaatrecht is evenwel ook in Nederland niet zonder kritiek (zie o.a. C.-A. ALBERDINGK THIJM, noot bij Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 16 maart 2006, *AMI* 2006, p. 98. Dit vonnis werd bevestigd door het Gerechtshof van Arnhem 4 juli 2006, beschikbaar via www.rechtspraak.nl). Zie ook H. STRUIK, noot bij Voorz. Rb. Arnhem 16 maart 2006, *Computerrecht* 2006, p. 173.

niet uitsluiten dat er sectoren zijn, waarbij zulks wel degelijk mogelijk zal zijn.

II. Het geautomatiseerd overnemen van de boodschap achter de mededelingen op één of meerdere websites

Voor het samenstellen van een eigen databank of gegevensverzameling heeft men niet steeds de *verbatim* weergave nodig, doch volstaat vaak de achterliggende betekenis ervan. Via automatische verwerking wordt het immers meer en meer mogelijk om de betekenis van mededelingen te achterhalen om deze vervolgens op een eigen manier weer te geven⁽¹⁹⁾. Het is dus vaak mogelijk om de betekenis uit publiekelijk beschikbare informatie te filteren en om deze vervolgens op een geheel eigen wijze weer te geven op de eigen website. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar het samenstellen van een eigen databank op basis van de gegevens vervat in de websites van de verschillende vastgoedmakelaars, wat volgens de Nederlandse rechter was toegelaten⁽²⁰⁾.

Op het eerste zicht lijkt deze werkwijze valabel. Auteursrechten beschermen immers de vorm. De gedachten, ideeën of concepten achter de vorm genieten geen auteursrechtelijke bescherming⁽²¹⁾. Er is dan ook in beginsel – auteursrechtelijk – geen

bezwaar tegen het overnemen van de betekenis of inhoud van publiekelijk beschikbare mededelingen op een website⁽²²⁾. Toch schuilt er een addertje onder het gras wanneer de overname op geautomatiseerde wijze gebeurt. Om de automatische verwerking technisch door te kunnen voeren en de inhoudelijke betekenis uit de mededelingen te filteren, zal de overnemer de gegevens immers minstens tijdelijk in zijn automatische systeem moeten invoeren. De *scraper* dient dus een kopie te maken van het oorspronkelijke werk. Zoals in de inleiding reeds aangehaald maakte Google inmiddels een *cache*-kopie van vrijwel het gehele internet.

Specifiek voor de automatische verwerking ervan dient er dus een kopie te worden gemaakt van de werken waarvan de *scraper* de betekenis wenst te achterhalen. Dit tijdelijke opslaan van werken voor de technische verwerking ervan vormt evenwel een reproductiehandeling die valt onder art. 2 A.W.⁽²³⁾. Indien bij een dergelijke reproductiehandeling originele elementen worden gekopieerd, is de toestemming van de auteur vereist⁽²⁴⁾. Het is dan ook van belang na te gaan welke elementen concreet door de *scraper* worden ingelezen om te worden verwerkt. Wanneer er originele elementen worden verwerkt, wordt de verwerking auteursrechtelijk beperkt.

De vraag stelt zich of de overnemer die op automatische wijze de betekenis uit een werk wil filteren beroep kan doen op art. 21 § 3⁽²⁵⁾ A.W., de uitzondering voor de tijdelijke technische reproductie, zoals in Nederland het geval lijkt te zijn⁽²⁶⁾. Dit art. 21

(19) Het ontstaan van dergelijke geautomatiseerde mogelijkheden om auteursrechten te omzeilen, is één van de beweegredenen voor het ontstaan van het databankenrecht (overweging 38 van de Databankrichtlijn).

(20) Voorz. Rb. Arnhem 16 maart 2006, *Mediaforum* 2006, p. 114, *Computerrecht* 2006, p. 166; Hof Arnhem 4 juli 2006, *Mediaforum* 2007, p. 21, *Computerrecht* 2007, p. 34.

(21) J.-P. TRIAILLE, « La protection des idées », *J.T.* 1994, p. 798: « Il est classique de rappeler que “ le droit d’auteur ne protège que la forme et non les idées ”, ou qu’il vise l’expression et non l’information en tant que telle. Les commentateurs belges ne s’écarteront pas de ce principe traditionnel; et la jurisprudence le confirme ».

(22) Er dient op te worden gewezen dat de boodschap achter de mededelingen op een dergelijke wijze dient te worden weergegeven dat geen originele elementen van het oorspronkelijke werk worden overgenomen. De overnemer dient ervoor te waken dat zijn weergave van de boodschap geen bewerking is van het oorspronkelijke werk. Het overnemen van oorspronkelijke elementen of het bewerken van een werk, kan immers slechts mits toestemming van de auteur (art. 1, A.W.).

(23) Art. 1 A.W. en art. 2 Richtlijn Auteursrecht (Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van

bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij) spreken van « *tijdelijke of duurzame* » reproductie; zie ook J.-P. TRIAILLE, « La question des copies “ cache ” et la responsabilité des intermédiaires - Copiepresse c. Google, Field v. Google », in X, *Google et les nouveaux services en ligne - Impact sur l’économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE eds, Larcier, Brussel, 2008, p. 254.

(24) F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, p. 71.

(25) Ingevoerd in de Auteurswet bij art. 3 van de Wet van 22 mei 2005: « § 3. De auteur kan zich niet verzetten tegen tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande of bijkomstige aard die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel: – de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon; of

– een rechtmatig gebruik; van een beschermd werk, waarbij die handelingen geen zelfstandige economische waarde bezitten ».

(26) Het Nederlandse Gerechtshof te Arnhem oordeelde dat het ophalen van de volledige webpagina’s met het doel daaraan gegevens te ontleen, geen verveelvoudiging oplevert omdat het door art. 13a van de Nederlandse Auteurswet (het equivalent van art. 21 § 3 van

§ 3 is een bijna letterlijke omzetting van art. 5.1 van de Richtlijn Auteursrecht. De uitzondering voor de tijdelijke technische reproductie is er gekomen om tegemoet te treden aan de technische noodzakelijkheden voor het uitwisselen van informatie via netwerkcommunicatie, en is gekoppeld aan een aantal strikte voorwaarden. Naast tijdelijk te zijn dient de desbetreffende reproductiehandeling om van de uitzondering te kunnen genieten van voorbijgaande of incidentele aard zijn; een integraal en essentieel onderdeel te vormen van een technisch procédé; waarbij dit technisch procédé als enig doel heeft de doorgifte in een netwerk of een rechtmatig gebruik; en geen zelfstandige economische waarde te bezitten⁽²⁷⁾. De *scraper* zal moeten aantonen dat aan deze voorwaarden cumulatief is voldaan⁽²⁸⁾.

Het blijft dus uitkijken naar gerechtelijke uitspraken die invulling geven aan deze begrippen⁽²⁹⁾. Toch kan men zich nu reeds de vraag stellen of de (tijdelijke) reproductiehandeling welke noodzakelijk is voor het geautomatiseerd filteren van de betekenis/inhoud uit een werk, zal voldoen aan deze voorwaarden.

Allereerst dient de tijdelijke reproductiehandeling van voorbijgaande of incidentele aard te zijn. Waar deze voorwaarden in het oorspronkelijke ontwerp van de richtlijn van cumulatieve aard waren, zijn deze in de uiteindelijke richtlijn van alternatieve aard⁽³⁰⁾. De reproductiehandeling dient dus of van voorbijgaande aard of van incidentele aard te zijn. Een dergelijke handeling zal slechts als «van voorbijgaande aard» worden beschouwd wanneer de levensduur ervan is beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technische procédé en wordt gewist zodra de functie ervan om dit procédé mogelijk te maken is vervuld⁽³¹⁾.

De reproductiehandeling welke noodzakelijk is om de betekenis uit een werk te filteren kan dus

in principe van voorbijgaande aard zijn, voor zover de gemaakte kopie onmiddellijk na gebruik wordt gewist. *Scraping*-projecten en zoekmotoren die de kopie permanent bijhouden uit gemak of als dienstverlening aan hun gebruikers (denk maar aan de Google *cache*-kopie) zullen wellicht niet aan deze voorwaarde voldoen⁽³²⁾.

Verder dient de reproductiehandeling een integraal en essentieel onderdeel te vormen van een technisch procédé, waarbij dit procédé geautomatiseerd moet zijn zodat de reproductiehandeling automatisch, zonder menselijke interventie, wordt gewist zodra de functie ervan om dit procédé mogelijk te maken is vervuld⁽³³⁾. Aan deze voorwaarde kan een *scraper* principieel voldoen, nu het filteren van de betekenis uit *on-line* beschikbare bronnen om deze op eigen wijze weer te geven veelal via een geautomatiseerd proces geschiedt. Indien de informatie volledig manueel zou worden verwerkt – hetgeen evident arbeidsintensief is – wordt er overigens geen kopie gemaakt, zodat de verwerking rechtmatig gebeurt.

De volgende voorwaarde stelt dat het technische procédé als enige doel de doorgifte in een netwerk of een rechtmatig gebruik dient te hebben. De cruciale vraag is hier of *scraping* activiteiten aan één van deze voorwaarden voldoen. Kan de *scraper* aantonen dat zijn dienst als enige doel de doorgifte in een netwerk heeft of een rechtmatig gebruik beoogt?

Met het technische procédé dat als enige doel de doorgifte in een netwerk beoogt, wordt gedoeld op de vluchtige reproducties die inherent zijn aan de werking van een elektronisch netwerk. Dit wordt verduidelijkt (of net minder duidelijk⁽³⁴⁾) door overweging 33 van de richtlijn welke stelt: «Voorzover zij aan deze voorwaarden voldoen, moet deze beperking ook gelden voor handelingen die elektronisch bladeren (browsing) en caching mogelijk maken, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen, op

de Belgische Auteurswet) aan dat begrip wordt onttrokken. Helaas motiveerde het Gerechtshof haar beslissing niet.

(Gerechtshof Arnhem, 4 juli 2006, beschikbaar via www.rechtspraak.nl); toch wordt deze stelling in de Nederlandse rechtsleer genuanceerd (D.J.G. VISSER, «Doorzoekalldata-banken.nl - Enkele opmerkingen over zoekmachines, opencontent-databanken, auteursrecht en databankenrecht», in *Dommering-bundel*, N. VAN EIJK en B. HUGENHOLTZ eds, Otto Cramwinckel, Amsterdam, 2008, p. 364).

(27) H.v.J. EG, 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq t. Danske Dagblades Forening*, § 54; M.-C. JANSSENS, «Richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (een feuilleton met veel afleveringen...)», *A&M* 2001, 15.

(28) De bewijslast rust bij de internet service providers, *Parl. St.* Kamer 2003-2004, nr. 51-1137/010,4.

(29) M.-C. JANSSENS, «Uitzonderingen op de vermogensrechten van de auteur», in *Huldeboek Jan Corbet - De*

Belgische Auteurswet - Artikelsgewijze commentaar, F. BRISON en H. VANHEES eds, Larcier, Gent, 2006, p. 115.

(30) Verslag van de commissie, 9512/00, p. 5.

(31) H.v.J. EG, 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq t. Danske Dagblades Forening*, § 64.

(32) De voorzitter sprak zich in de *Google t. Copiepresse*-zaak niet uit over de wettigheid van deze *cache*-kopies. De voorzitter stelt expliciet onder hoofdstuk 8 van zijn vonnis: «Que par ailleurs, en ce qui concerne le *caching*, ce qui est mis en cause ce n'est pas le stockage temporaire de la page en cache, stockage nécessaire à l'indexation de cette page, mais son accessibilité».

(33) H.v.J. EG, 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq t. Danske Dagblades Forening*, § 64.

(34) T. VERBIEST en I. DE BRUYN, «De technische tijdelijke kopie geconfronteerd met het reproductierecht - Auteursrecht in de digitale omgeving», *A&M* 2002, 318.

voorwaarde dat de tussenpersoon de informatie niet modificeert 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». Hoewel *caching* hier uitdrukkelijk wordt vermeld, geschiedt deze *caching* duidelijk binnen het kader van netwerk communicatie. Een *scraper* die de bedoeling heeft om de informatie geautomatiseerd te modificeren en op eigen wijze weer te geven, zal niet onder deze uitzondering vallen.

De andere mogelijkheid zou zijn dat de tijdelijke reproductie met het oog op het achterhalen van de boodschap een rechtmatig gebruik vormt in hoofde van de *scraper*. Rechtmatig gebruik wordt in overweging 33 van de richtlijn als volgt gedefinieerd: «*Het gebruik wordt als geoorloofd beschouwd indien het door de rechtbehebende is toegestaan of niet bij wet is beperkt*». De vraag stelt zich of de eigenaar van een website door de publicatie van informatie op zijn website, automatisch zijn toestemming geeft om deze informatie over te nemen. Deze vraag dient negatief te worden beantwoord⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾. Uit art. 3 A.W. volgt immers dat de eigenaar van de website geenszins de plicht heeft om voorwaarden of *scripts* op te nemen op zijn website die overname van informatie verbieden of de plicht heeft om via technische ingrepen overname van informatie onmogelijk te maken⁽³⁷⁾: de toestemming van de auteur dient vooraf en schriftelijk te worden bekomen en dient restrictief te worden geïnterpreteerd.

Het gebruik is evenwel ook rechtmatig indien de reproductiehandelingen niet bij wet zijn beperkt. Zoals boven reeds uiteengezet, heeft het auteursrecht niet tot doel om gedachten, ideeën of concepten te beschermen, maar beperkt de bescherming zich tot de concrete vorm van het werk⁽³⁸⁾. Wanneer een *scra-*

per informatie van een website kopieert in zijn systemen om deze via een technisch procédé te verwerken tot een eigen nieuwe weergave die geen van de originele kenmerken van het oorspronkelijke werk overneemt, dan gebruikt hij de reproductiehandelingen voor een doel dat niet door de Auteurswet wordt beperkt. Er dient dan ook te worden aangenomen dat deze handeling een rechtmatig gebruik vormt, in de zin van art. 21 § 3 A.W..

Als laatste voorwaarde stelt artikel 21, § 3 dat de reproductiehandeling op zich geen zelfstandige economische waarde mag bezitten. Wat men juist dient te verstaan onder «geen zelfstandige economische waarde» is voornamelijk onduidelijk⁽³⁹⁾. De redenering dat iedere vorm van *caching* een zelfstandige economische waarde zou hebben, lijkt niet te kunnen worden gevolgd. Een dergelijk ruime interpretatie van het begrip zelfstandige economische waarde zou er toe leiden dat geen enkele technische handeling onder de uitzondering kan vallen en dat lijkt niet de bedoeling van de richtlijn. Overweging 33⁽⁴⁰⁾ stelt immers dat onder meer elektronisch bladeren (*browsing*) en *caching*, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen mogelijk zijn. Het principe lijkt dan ook te zijn dat *browsing* en *caching* – al dan niet binnen een doorgiftesysteem – aan het criterium van «geen zelfstandige economische waarde» kunnen voldoen. De rechter zal casuïstisch moeten afwegen of een voorliggend geval zich in die mate differentieert dat de reproductiehandeling toch een zelfstandige economische waarde verkrijgt.

Er dient hierbij voor ogen te worden gehouden dat het begrip onafhankelijke economische waarde niet op de transmissie van het werk slaat, doch wel op het gebruik dat van de tijdelijke kopie wordt

(35) Zie in deze zin de Duitse beslissing in beroep (OLG léna, 27 februari 2008, Az. : 2 U 319/07) als besproken in A. STROWEL, «Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ?», in X, *Google et les nouveaux services en ligne - Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE eds, Larcier, Brussel, 2008, p. 40. In dit arrest werd geoordeeld dat het enkele feit van het *on-line* plaatsen van foto's Google geen toestemming gaf om deze te reproduceren (ook niet in de vorm van miniatuur of *thumbnail*). Het argument dat de beheerder van de website door middel van technische middelen de automatische opname in de Google bestanden kan blokkeren, werd niet weerhouden.

(36) In de Amerikaanse zaak *Field v. Google* werd de Google *cache* functie evenwel niet strijdig bevonden met het auteursrecht. De rechter baseerde zich hiervoor op de *license* en *fair use* doctrines. De rechter vond het argument dat de eiser met de welbekende NO-ARCHIVE metatag

de *caching* had kunnen voorkomen, wel relevant (*Blake A. Field v. Google Inc.*, 12 januari 2006, United States District Court of Nevada, *Computerrecht* 2006, p. 135).

(37) D. VOORHOOF, «Slecht nieuws voor Google News», noot bij Voorz. Brussel, 13 februari 2007, *A&M* 2007, 120.

(38) Zie voetnoot 21.

(39) M.-C. JANSSENS, «Uitzonderingen op de vermogensrechten van de auteur», in *Huldeboek Jan Corbet - De Belgische Auteurswet - Artikelsgewijze commentaar*, F. BRISON en H. VANHEES eds, Larcier, Gent, 2006, p. 115.

(40) «Voorzover zij aan deze voorwaarden voldoen, moet deze beperking ook gelden voor handelingen die elektronisch bladeren (*browsing*) en *caching* mogelijk maken, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen, op voorwaarde dat de tussenpersoon de informatie niet modificeert 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» (nadruk toegevoegd).

gemaakt⁽⁴¹⁾. Als voorbeeld van tijdelijke reproducties die derwijze worden gebruikt dat hun gebruik een zelfstandige economische waarde krijgt, kan men verwijzen naar de Google *cache*-kopies. Waar deze kopies initieel louter werden gemaakt voor de werking van de zoekmotor, stelt Google deze nu ter beschikking als bijkomende dienst aan haar gebruikers. Dergelijk meer verregaand gebruik lijkt de *cache*-kopies een zelfstandige economische waarde te geven⁽⁴²⁾.

In de praktijk zal een rechter die over de toepasselijkheid van de uitzondering van de tijdelijke technische kopie dient te oordelen behoorlijk wat interpretatie vrijheid hebben. De boven uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn Auteursrecht kan immers slechts worden toegepast « *mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad* »⁽⁴³⁾. De vragen of er geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de werken en of de wettige belangen van de rechthebbende niet worden geschaad, zijn evident rekbare feitelijke afwegingen, die van geval tot geval dienen te worden beoordeeld.

Professor Visser stelt over de uitzondering van de tijdelijke technische kopie: « *Aansluiting zoeken bij deze beperking is echter niet eenvoudig, want zo tijdelijk is die kopie meestal niet en de stelling dat die kopie geen zelfstandige economische waarde bezit lijkt betwistbaar. Toch is het misschien het beste wat we hebben en leidt het tot het juiste resultaat* »⁽⁴⁴⁾. De stelling van professor Visser dient mijn inziens te worden bijgetreden. Het geautomatiseerd samenstellen van een eigen gegevensverzameling door het overnemen van de boodschap achter publiekelijk beschikbare mededelingen op één of meerdere websites is vanuit auteursrechtelijk standpunt mogelijk, doch slechts zonder

overname van originele elementen en strikt binnen het kader van deze wettelijke uitzondering.

III. De grijze zone

Uit bovenstaande analyse blijkt duidelijk dat het verzamelen van op het internet publiekelijk beschikbare informatie in een eigen databank mogelijk is, mits men binnen het auteursrechtelijk geautoriseerde kader blijft. Dit brengt belangrijke beperkingen met zich mee, maar wie zich hier niet aan houdt, stelt zich bloot aan de rechtmatige vorderingen van de auteur.

Men kan evenwel niet anders dan vaststellen dat niet iedereen op het internet zich aan deze richtlijnen blijkt te houden, met als koploper het al meerdere malen in deze bijdrage vermelde Google. Ter verdediging van Google wordt aangehaald dat globale zoekmotoren als Google onmisbaar zijn voor het internet en dat het verbieden van dergelijke zoekmotoren maatschappelijk ongewenst, zelfs onaanvaardbaar zou zijn. Zoekmotoren als Google zijn immers onmisbaar voor de gebruiker, die wordt geholpen bij zijn speurtocht op het internet⁽⁴⁵⁾. In het Amerikaanse rechtssysteem is er ruimte voor dergelijke overwegingen via de theorie van *fair use*, waarmee steeds meer nieuwe technologieën worden gelegaliseerd in geval van conflict met exclusieve rechten⁽⁴⁶⁾.

Het Belgische auteursrecht kent een dergelijke *fair use* doctrine niet. Toch kan men niet anders dan vaststellen dat Google, hoewel Google de Belgische auteurswet wellicht niet steeds respecteert, toch ook in België actief kan zijn. Het mechanisme dat dit verklaart⁽⁴⁷⁾ is de economische leer van de lucratieve fout. Lucratieve fouten zijn fouten « *waarbij de dader, niettegenstaande de schadevergoeding die bij in voorkomend*

(41) Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (COM(97) 628 final), nr. 3.7.1.1.: « *The test is whether the temporary reproduction has no "independent economic significance": it should perhaps be made clear that the independent economic significance in question is independent economic significance to the use of the work in question, not to its transmission* ».

(42) Men kan bijv. ook denken aan het geval waar de provider de *cache* kopie bewaart met als doel de versneling van de transmissie voor zijn cliënten. In deze zin, J. CORBET, « De ontwerp-richtlijn van 10 december 1997 over het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij », *Informatierecht/AMI* 1998, p. 95.

(43) Art. 5 lid 5 Richtlijn Auteursrecht.

(44) D.J. G. VISSER, « Doorzoekalldatabanken.nl - Enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content-databanken, auteursrecht en databankenrecht », in *Dommering-bundel*, N. VAN EIJK en B. HUGENHOLTZ eds, Otto Cramwinckel, Amsterdam, 2008, p. 364.

(45) D.J.G. VISSER, « Doorzoekalldatabanken.nl - Enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content-databanken, auteursrecht en databankenrecht », in *Dommering-bundel*, N. VAN EIJK en B. HUGENHOLTZ eds, Otto Cramwinckel, Amsterdam, 2008, p. 363.

(46) J. GINSBURG, noot bij T.G.I. Paris 20 mei 2008, *R.D.T. I.* 2008, p. 501.

(47) In tegenstelling tot de *fair use* doctrine maakt de leer van de lucratieve fout de gestelde gedragingen niet rechtmatig. De leer van de lucratieve fout beperkt zich tot het verklaren waarom bepaalde gedragingen, die in bepaalde gevallen zelfs een misdrijf kunnen uitmaken, toch in het economische verkeer worden gesteld.

geval zal moeten betalen aan het slachtoffer, weet dat er voor hem een voldoende "marge" overblijft, zodat hij geen reden heeft om de fout niet te begaan. De fout levert m.a.w. zelfs na afbrek van het bedrag van de schadevergoeding winst of een financieel voordeel op voor de dader»⁽⁴⁸⁾.

Diensten die net zoals Google een substantiële meerwaarde leveren aan zowel de gebruikers als de auteurs (als Google je niet vindt, besta je niet op het internet), lopen relatief gezien slechts een beperkt risico dat auteurs tegen de schending van hun rechten optreden: eigenlijk keurt het merendeel van de auteurs de opname van hun werken in Google goed. Wanneer men dus kleine beetjes informatie verzamelt van vele *on-line* bronnen om deze samen te brengen in één gegevensverzameling, creëert deze veel waarde voor de internetgebruiker die substantieel wordt geholpen in zijn zoektocht naar de juiste informatie op het internet. De auteurs van de overgenomen informatie zullen dergelijke projecten bovendien veelal zien als een toegevoegde waarde, nu een groter publiek toegang krijgt tot hun werk. Projecten die daarentegen veel informatie halen bij één of slechts een beperkt aantal *on-line* bronnen, creëren minder waarde voor de internetgebruiker (deze hoeft slechts een beperkt aantal bronnen te raadplegen om dezelfde informatie te verkrijgen) en zullen meer wrevel opwekken bij de rechthebbende van de overgenomen informatie gezien de overgenomen informatie substantieel is. Als gevolg hiervan lopen de laatste projecten meer risico om door acties van de rechthebbenden te worden gestopt. Bij de laatste soort projecten zal de «marge» al snel te klein worden opdat de fout nog lucratief kan zijn⁽⁴⁹⁾.

Het is niet wenselijk dat een inbreukpleger voordeel kan halen uit een door hem gepleegde auteursrechtelijke inbreuk. Onder het huidige Belgische rechtssysteem is er evenwel een duidelijke keuze die zulks feitelijk mogelijk maakt. Schade veroorzaakt door een inbreuk op auteursrechten wordt immers niet anders vergoed dan onder het gemeenrechtelijke regime van art. 1382 B.W.⁽⁵⁰⁾. Dit houdt in dat de benadeelde recht heeft op *restitutio in integrum* (integrale schadevergoeding) doch ook niet meer dan dat. Zulks werd recent nog bevestigd door het Hof van Cassatie⁽⁵¹⁾. Het gevolg hiervan is dat geen schadevergoeding kan worden toegekend die tot doel heeft om de inbreukpleger eventuele voordelen te ontnemen, net zo min als de schadevergoeding het doel kan hebben om de inbreukpleger te bestraffen of de inbreukpleger die zou speculeren op de passiviteit van de rechthebbende zijn daden te ontraden⁽⁵²⁾.

Hoewel dit systeem van integrale schadevergoeding in bepaalde gevallen tot resultaten kan leiden die de wenkbrouwen laten fronsen, zijn er geen objectieve redenen waarom inbreuken op intellectuele rechten anders zouden worden vergoed dan inbreuken onder het gemeenrechtelijke regime. Ook op andere domeinen in het maatschappelijke leven stelt zich immers dezelfde problematiek. Uiteindelijk wordt het slachtoffer vergoed en kan de strafwet worden ingeroepen om excessen te beteugelen en het bekomen voordeel in het niets te doen wegzinken. Het standpunt van het Hof van Cassatie kan dan ook worden bijgetreden.

(48) B. WEYTS, «Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht - *The winner takes it all*», R.W. 2005-2006, p. 1641.

(49) Voor een interessante bespreking van het economische model achter «gratis» diensten als deze van Google, zie A. STROWEL, «Google et les nouveaux services en ligne: quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle?», in X, *Google et les nouveaux services en ligne - Impact sur*

l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle, A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE eds, Larcier, Brussel, 2008, p. 16.

(50) F. GOTZEN, «Auteurs- en modellenrecht 1990-2004», *T.P.R.* 2004, p. 1514.

(51) Cass. 13 mei 2009, *A&M* 2009, 384.

(52) J. KEUSTERMANS en T. DE MAERE, «Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: "double damage"?, *A&M* 2009, 388.