

The German news publishers' ancillary right

Copyright, related rights and the news
in the EU: Assessing potential new laws

Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU)
Amsterdam, 14.4.2016

Achtes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Vom 7. Mai 2013



Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2579) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht werden nach der Angabe zu § 87e folgende Angaben eingefügt:

„Abschnitt 7

Schutz des Presseverlegers

§ 87f Presseverleger

§ 87g Übertragbarkeit, Dauer und Schranken des Rechts

§ 87h Beteiligungsanspruch des Urhebers“.

2. Nach § 87e wird folgender Abschnitt 7 eingefügt:

„Abschnitt 7

Schutz des Presseverlegers

§ 87f

Presseverleger

(1) Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte. Ist das Presseerzeugnis in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller.

(2) Ein Presseerzeugnis ist die redaktionell-technische Festlegung journalistischer Beiträge im Rahmen einer unter einem Titel auf beliebigen Trägern periodisch veröffentlichten Sammlung, die bei Wür-

digung der Gesamtumstände als überwiegend verlagstypisch anzusehen ist und die nicht überwiegend der Eigenwerbung dient. Journalistische Beiträge sind insbesondere Artikel und Abbildungen, die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen.

§ 87g

Übertragbarkeit,
Dauer und Schranken des Rechts

(1) Das Recht des Presseverlegers nach § 87f Absatz 1 Satz 1 ist übertragbar. Die §§ 31 und 33 gelten entsprechend.

(2) Das Recht erlischt ein Jahr nach der Veröffentlichung des Presseerzeugnisses.

(3) Das Recht des Presseverlegers kann nicht zum Nachteil des Urhebers oder eines Leistungsberechtigten geltend gemacht werden, dessen Werk oder nach diesem Gesetz geschützter Schutzgegenstand im Presseerzeugnis enthalten ist.

(4) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon, soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten erfolgt, die Inhalte entsprechend aufbereiten. Im Übrigen gelten die Vorschriften des Teils 1 Abschnitt 6 entsprechend.

§ 87h

Beteiligungsanspruch des Urhebers

Der Urheber ist an einer Vergütung angemessen zu beteiligen.“

Artikel 2

Dieses Gesetz tritt am 1. August 2013 in Kraft.

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 7. Mai 2013

Der Bundespräsident
Joachim Gauck

Die Bundeskanzlerin
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin der Justiz
S. Leutheusser-Schnarrenberger

Issues

- 1. What's protected?**
- 2. What's the scope of protection?**
- 3. What are the law's consequences?**

Issue #1: Object of Protection

Press product (*Sec. 87f(2) CA*)

1. journalistic contribution
2. editorial and technical fixation
3. context of a collection published periodically under a single title
4. on any media
5. collection, based on an assessment of the overall circumstances,
 - is predominantly typical for *the publishing business and*
 - its overwhelming majority does not serve self-advertising purposes

Press Product: Journalistic Contributions (jc)

- jc may be protected by copyright or another related right
 - ➔ press publisher right is completely independent from IP rights in jc
 - ➔ *but see*: no assertion to the detriment of the author or the holder of a related right (Sec. 87g(3) CA)
 - ➔ *but see*: author's entitlement in revenue sharing (Sec. 87h, CA)
- Legal „definition“ of jc in Sec. 87f(2)(2) CA
 - ➔ „in particular, articles and illustrations“: any media type (text, pictures, audio, video, etc.)
 - ➔ „to provide information, form opinions or entertain“: any kind of information
 - ▶ limited to „journalistic“ formats of presenting information?

Press Product: Editorial & Technical Fixation

- **technical: analogous to producers of phonograms**
 - ➔ „fixation“ means the embodiment of jc, from which they can be perceived, reproduced or communicated through any device
 - ➔ limited to the first fixation
 - ➔ *What about identical electronic copies of the printed paper?*
- **editorial: minimum requirement with regard to content selection or arrangement**
- **core object of protection**
 - ➔ press publishers' commercial, organizational and technical activity (analogous to phonogram producer)

Issue #2: Scope of Protection

Exclusive Right

The producer of a press product (press publisher) shall have the exclusive right to make the press product or parts thereof available to the public for commercial purposes, unless this pertains to individual words or the smallest of text excerpts.

— *Sec. 87(f)(1) CA*

Making Available Right Only

- **Exclusive right(s) granted to the press publisher**
 - ➔ making available right (Sec. 19a CA;
in the sense of Art. 3(2) InfoSoc-Directive, Art. 12 WPPT)
 - ➔ no reproduction right
 - ➔ no distribution right
 - ➔ no communication to the public right (in the sense of Art. 3(1) InfoSoc-Directive)
 - ➔ no equitable remuneration for communication to the public
(in the sense of Art. 8(2) Rental & Lending Rights Directive)

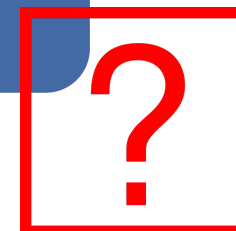
(Ltd.) Making Available Right Only

The producer of a press product (press publisher) shall have the exclusive right to make the press product or parts thereof available to the public for commercial purposes, insofar as this is done by commercial providers of search engines or commercial providers of services which process the content accordingly, unless this pertains to individual words or the smallest of text excerpts.

— *Sec. 87(f)(1) CA*

— *Sec. 87(g)(4)(1) CA*

„Services Which Process the Content Accordingly“



Begründung

erforderlich ist. Erforderlich ist ein Schutz nur vor systematischen Zugriffen auf die verlegerische Leistung durch die gewerblichen Anbieter von Suchmaschinen und gewerbliche Anbieter von solchen Diensten im Netz, die Inhalte entsprechend einer Suchmaschine aufbereiten. Denn deren Geschäftsmodell ist in besonderer Weise darauf ausgerichtet, für die eigene Wertschöpfung auch auf die verlegerische Leistung zuzugreifen. Erfasst sind also unabhängig von ihrer technischen Ausgestaltung auch entsprechende Dienste, die nicht das gesamte Internet durchsuchen, sondern lediglich einzelne, ausgewählte Bereiche hiervon, also auch so genannte News-Aggregatoren, soweit sie nach Art einer Suchmaschine ihre Treffer generieren oder ihre Ergebnisse darstellen. Demgegenüber werden Dienste nicht erfasst, die die verlegerische Leistung auf andere Weise nutzen, z. B. indem sie dem Internetnutzer aufgrund eigener Wertung eine Auswahl von Presseerzeugnissen anzeigen. Auch Suchfunktionen innerhalb des eigenen Datenbestandes werden vom Leistungsschutzrecht nicht betroffen. Es gilt auch nicht für andere Nutzer, wie z. B. Unternehmen der sonstigen gewerblichen Wirtschaft, Verbände, Rechtsanwaltskanzleien, Blogger oder private bzw. ehrenamtliche Nutzer. Die vorgeschlagene Regelung bedeutet damit keine Änderung der Nutzungsmöglichkeiten anderer Nutzer und für Verbraucher. Ihre Rechte und Interessen werden durch das vorgeschlagene Leistungsschutzrecht für Presseverleger nicht berührt.

What About Hyperlinking?

- Surface & deep-links

- ➔ BGH - *Paperboy* [2003]: not an act of communication
- ➔ CJEU - *Svensson* [2013]: a clickable link does not lead to the works being communicated to a new public
 - ▶ Uniform application of Sec. 19a CA within & beyond the scope of the InfoSoc-Directive?

- Framing/embedding

- ➔ BGH - *The Reality* [2013, 2016]
 - ▶ „The mere linking of a work kept available on another’s website with one’s own website by means of framing, according to [Sec. 19a], does not constitute making available to the public because only the proprietor of the other website decides whether the work kept there shall be kept available to the public.“
- ➔ CJEU - *Svensson* [2013], *Best Water* [2014]: not communicating the work to new public

Are Snippets „Individual Words or the Smallest of Text Excerpts“?

- Demarcation is highly contested

- ➔ analogous to minimum level of copyright protection?
- ➔ relationship b/w length of excerpt and length of journalistic contribution?
- ➔ absolute numbers: 3/5-8/11 words?
- ➔ functional approach:
 - ▶ displaying content that is necessary to provide the search engines public function
 - ▶ user must have access to sufficient information to make a choice whether or not to follow the link
 - ▶ user's access to the press product shall not be substituted

What About Thumbnails?

- BGH - Thumbnails I [2010]: Opt-Out Model

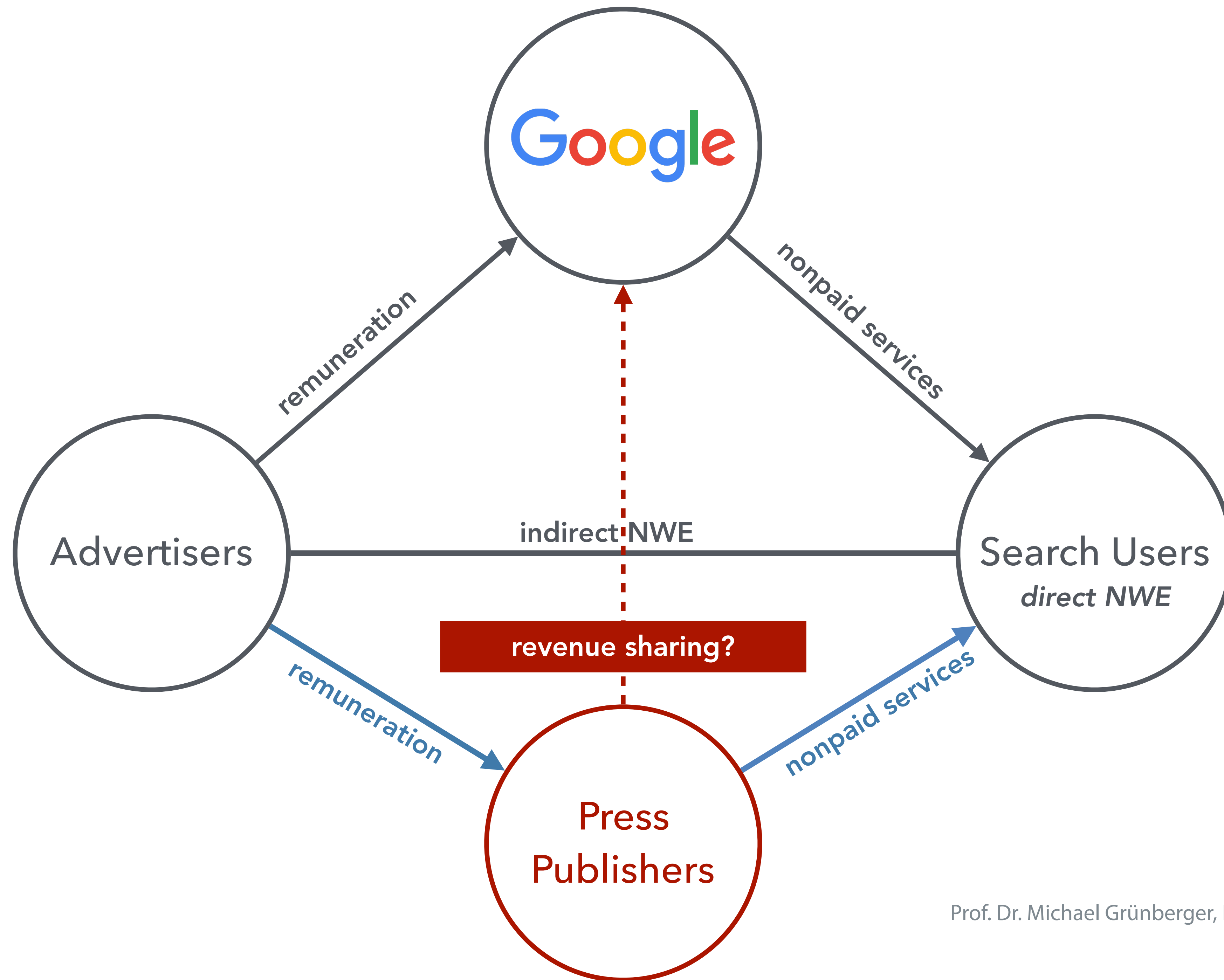
➔ *A rightholder, who makes texts and pictures freely available without using technologies to prevent indexing the page and displaying the pictures in the search results, must reckon with the commonly accepted forms of exploitations on the internet and, thus, has generally given her implied consent regarding such uses.*

➔ Does Sec. 87f(1)(1) **override** or **narrow** or **leave** this holding **untouched**?

- What about applying Sec. 19a after *Svensson*?

➔ *„The public targeted by the initial communication consisted of all potential visitors to the site concerned, since, given that access to the works on that site was not subject to any restrictive measures, all Internet users could therefore have free access to them.“*

Issue #3: Consequences



Publishers' Actions and Google's Reactions

- Google requires opt-in #1 for listing content on Google News
- Publishers take over and transfer rights to VG Media (collecting society)
- VG Media submits royalty rates (6 % of total revenue) and applies for settlement proposal issued by DPMA
- Google requires opt-in #2 in writing for snippets & thumbnails on any Google service
- Publishers instruct VG Media to give that consent
- VG Media and publishers file a competition complaint against Google with the BKartA
- Publishers file a civil law suit against Google's presumed abuse of a dominant position

VERFÜGUNG GEMÄß § 32c GWB
FÜR DIE
VERÖFFENTLICHUNG BESTIMMT

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Google Inc., Mountain View, CA/USA

– Beteiligte –

Verfahrensbevollmächtigte:

RAe Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
RA'in Romina Polley
RA Thomas Graf
Theodor-Heuss-Ring 9
50668 Köln

2. VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und
Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH, Berlin

– Beigeladene zu 1 –

3. Axel Springer SE, Berlin

– Beigeladene zu 2 –

4. Burda Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Offenburg

– Beigeladene zu 3 –

5. FUNKE MEDIENGRUPPE GmbH & Co. KGaA, Essen

– Beigeladene zu 4 –

6. Aschendorff Medien GmbH & Co. KG, Münster

– Beigeladene zu 5 –

7. Presse-Druck und Verlags-GmbH, Augsburg

– Beigeladene zu 6 –

8. Verlagsgesellschaft Madsack GmbH & Co. KG, Hannover

– Beigeladene zu 7 –

• Federal Competition Authority [2015]

- The exclusive right is but an instrument enabling press publishers to monetize their content on the marketplace.
- The law does not guarantee this ventures success.
- Competition law does not compel a service-platform to change its otherwise legal business model.
- Google's opt-in requests are justified. They are necessary to minimize its liability risk caused by the law's considerable uncertainty.



• Regional Court, Berlin (2016)

- Google did not abuse its dominant market position.
- The services provided (search engine) create a win-win situation for Google, the general public and the press publishers.
- This equilibrium would be harmed, if Google were forced to pay for displaying snippets and thumbnails in its search results.

The Ancillary Right - A Regulatory Failure

- The exclusive right promised way more than it could ever deliver.
- Eventually, it re-created - regarding Google - the factual situation we had before the law's enactment.
- However, the transaction costs are skyrocketing.
- The ancillary right is responsible for a possible competitive disadvantage of other search engines (BKartA).
- Copyright Law needs technology and media sensitive access rules.

Thank You!

m.gruenberger@uni-bayreuth.de



**UNIVERSITÄT
BAYREUTH**