

Zaaknr: 17/01048
Zitting: 16 maart 2018

mr. B.J. Drijber
Conclusie inzake:

Pearson Benelux B.V.,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. K. Aantjes

tegen

1. **Bär Software B.V.**,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. T. Cohen Jehoram

2. [REDACTED],
niet verschenen

Op grond van de Databankenwet is de inhoud van databanken beschermd als daarin substantieel is geïnvesteerd. In deze zaak is in geschil welke kosten meegenomen kunnen worden om te bepalen of aan het vereiste van ‘substantiële investering’ is voldaan.

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹
- 1.2 Pearson Benelux B.V. (hierna: **Pearson**) is uitgever van ongeveer 200 psychologische tests. De tests van Pearson worden onder meer gebruikt voor psychodiagnostisch onderzoek in het kader van diagnosestelling bij (psychische) stoornissen en ziektebeelden, intelligentie-beoordelingen en medische adviezen.
- 1.3 Een test van Pearson bestaat onder meer uit een vragenlijst, testmateriaal, een scoreformulier en een handleiding, met behulp waarvan de gebruiker (aan de hand van normen en scoringsregels) een test kan ‘scoren’. De door een testpersoon gegeven antwoorden worden vergeleken met de resultaten van een normgroep, die in de meeste gevallen staan weergegeven in de normtabellen in de handleiding. Die antwoorden kunnen vervolgens ingedeeld worden op een (sub)schaal. Sommige tests van Pearson kunnen, naast handmatig, ook via het digitale scoringsprogramma van Pearson, ‘P20’, worden gescoord.

¹ Vgl. rov. 2 en rov. 3.1 van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 22 november 2016.

- 1.4 Bär Software B.V. (hierna: **Bär Software**) is een ontwikkelaar van software. Zij exploiteert onder meer het Roermond's Score Programma (hierna: **RSP**). De heer H.M. Bär (hierna: **Bär**) is oprichter en via Bär Beheer B.V. enig aandeelhouder. Ik zal Bär Software en Bär hierna gezamenlijk aanduiden als **Bär c.s.**
- 1.5 Met het RSP kunnen tests van Pearson en van andere testuitgevers worden 'gescoord', op basis waarvan een conceptrapport ('de RSP-rapportage') wordt opgemaakt. Het RSP bevat normgegevens van 172 verschillende tests, waaronder 51 tests van Pearson. Bär Software heeft hiervoor normgegevens en scoringsregels uit de door Pearson gepubliceerde handleidingen overgenomen en deze gebruikt voor de RSP-rapportage. Bär Software exploiteert het RSP commercieel. Zij biedt zelf geen tests aan.
- 1.6 Pearson heeft Bär Software op 8 juni en 15 juli 2009 gesommeerd om ieder gebruik en verdere verhandeling van (delen van) de tests van Pearson, waaronder de normgegevens en normtabellen van deze tests, te staken en gestaakt te houden wegens door haar gestelde inbreuken op auteurs- en databankrechten van Pearson.²

2. Procesverloop

- 2.1 Bij dagvaarding van 28 januari 2011 heeft Pearson een verklaring voor recht en een verbod ter zake van de (beweerdelijk) door Bär c.s. verrichte inbreukmakende handelingen gevorderd en diverse daarmee verband houdende (neven)vorderingen ingesteld.³ De inbreuken zouden met name betrekking hebben op door Pearson ontwikkelde, en bij de verschillende tests behorende, normtabellen.⁴ Bär c.s. hebben verweer gevoerd en tevens in voorwaardelijke reconventie gevorderd dat Pearson wordt verplicht om met betrekking tot inbreukmakende onderdelen van het RSP op redelijke, in goede justitie te bepalen voorwaarden een licentie te verstrekken om de exploitatie van het betreffende onderdeel binnen RSP mogelijk te maken.
- 2.2 Na een comparitie van partijen, die niet tot een schikking heeft geleid, heeft de rechtbank Amsterdam (hierna: **de rechtbank**) bij tussenvonnis van 30 november 2011⁵ zowel het beroep van Pearson op auteursrechtelijke bescherming als op het

² Het belang van Pearson lijkt te zijn dat zij inkomsten misloopt omdat Bär Software haar geen vergoeding betaalt voor het gebruik van de overgenomen informatie.

³ Vgl. de door het hof gegeven samenvatting van de vordering van Pearson in rov. 3.2 van het bestreden arrest. Zie voor een volledige weergave van de vordering rov. 3.1 van het tussenvonnis van 30 november 2011, in samenhang met de wijziging van eis als opgenomen in rov. 2.1 en 2.2 van het vonnis van 5 juni 2013 van de rechtbank Amsterdam.

⁴ In rov. 2.5 van het tussenvonnis van 30 november 2011 van de rechtbank staan twee voorbeelden van een normtabel weergegeven. Een daarvan staat ook in de schriftelijke toelichting van Bär Software onder 7.

⁵ ECLI:NL:RBAMS:2011:CA4035.

databankenrecht afgewezen. In cassatie is uitsluitend het databankenrecht nog aan de orde.⁶ Ik geef hieronder daarom alleen de overwegingen weer op grond waarvan de rechtbank heeft geoordeeld dat de normtabellen met normgegevens van Pearson niet zijn aan te merken als een databank in de zin van de Databankenwet (rov. 5.12).⁷ Eerst formuleert de rechtbank de juridische uitgangspunten:

“5.3. De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 1 lid 1 sub a Dw de definitie van een databank in de zin van deze wet is: ‘een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering’.

5.4. Tussen partijen is niet (meer) in geschil dat - zoals Pearson heeft gesteld en Bär c.s. onder verwijzing naar de door haar overgelegde opinie van prof. mr. Hugenholtz niet langer heeft betwist - de normtabellen een doorzoekbare verzameling van gegevens zijn, die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen toegankelijk zijn. In geschil is evenwel of is voldaan aan het vereiste dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

5.5. Voor beoordeling van de vraag of sprake is van een substantiële investering in de zin van de Dw, moet onderscheid worden gemaakt tussen investeringen die zijn gedaan om de gegevens die in de databanken zijn opgenomen te creëren en de investeringen die zijn gedaan om bestaande gegevens te verkrijgen en in de databank op te nemen. Alleen de investeringen die zijn gedaan om bestaande gegevens te verkrijgen en in de databank op te nemen, vallen volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG, thans Hof van Justitie van de Europese Unie) onder het begrip investeringen in de zin van de Databankenrichtlijnen en - daarmee - onder het begrip investeringen in de zin van de Dw (HvJEG 9 november 2004, zaak C-338/02, C444/02 en C-203/02, Fixtures Marketing/Organismos Prognostikon en Svenska Spel en The British Horseracing Board/William Hill). Ook het begrip ‘investering in de presentatie van de inhoud van een gegevensverzameling’ moet beperkt worden uitgelegd. Niet alle kosten voor de presentatie vallen daaronder, maar alleen die kosten die worden gemaakt om de databank de gegevens te kunnen laten verwerken. Indien de in de databanken opgenomen gegevens tevens dienen voor een andere (hoofd)activiteit van de producent van de databank, de zogenaamde ‘spin-off-gegevens’, kunnen deze wel voor bescherming in aanmerking komen, mits de investeringen voor het creëren van de betreffende gegevens niet worden meegenomen (HR 22 maart 2002, NJ 2003/149, El Cheapo).”

Centraal staat dus de vraag of Pearson substantieel heeft geïnvesteerd in de verkrijging van de normtabellen. De rechtbank onderzoekt vervolgens of Pearson dienaangaande voldoende heeft gesteld:

⁶ Zie cassatiedagvaarding onder 7.

⁷ De opinies van Prof. P.B. Hugenholtz voor Bär c.s. (van 21 juli 2011, overgelegd bij akte van 6 september 2011, en van 2 mei 2012, overgelegd bij antwoordakte van 16 mei 2012) en de opinie van Prof. J.H. Spoor voor Pearson (van 25 juni 2012, productie 78 Pearson) gaan voornamelijk in op de door Pearson gestelde auteursrechtelijke bescherming en slechts beperkt op de databankrechtelijke discussie.

“5.6. De stelplicht dat sprake is van een substantiële investering in de zin van de Dw rust op Pearson. Pearson heeft in dit verband aangevoerd dat zij als uitgever van psychologische tests de ontwikkeling en productie van haar tests, handleidingen en normgegevens organiseert en financiert. De normgegevens, zoals deze zijn gerangschikt in de normtabellen, zijn het resultaat van uitgebreid psychologisch en statistisch onderzoek. Voor het verzamelen van de normgegevens en de samenstelling van de normtabellen, stelt zij de volgende investeringen te moeten leveren:

- Eerst moeten testgegevens worden vergaard door middel van eigen onderzoek of door deze aan te kopen van universiteiten. Pearson stelt dat hiermee bedragen van tussen de € 35.000,- en € 400.000,- per test zijn gemoeid. Deze investering betreft alleen nog maar de verkrijging van ruwe data (testresultaten). Daarbij komen nog de investeringen die Pearson doet in de controle en bewerking van deze data en presentatie van de normgegevens in de normtabellen;
 - Zo moeten kosten gemaakt worden voor het opstellen van een gestructureerd databestand waarin de gegevens kunnen worden ingevoerd, het invoeren van de gegevens in dat databestand door een datatypiste en de controle hiervan. Datatypisten worden extern ingehuurd tegen een uurtarief van € 25,- tot € 30,-;
 - Pearson huurt statistici of psychometristen in voor de controle en bewerking van de data. Hun uurtarieven liggen tussen de € 50,- en € 95,- per uur. Bij de controle en het opschonen van de gegevens is vaak ook nog een ‘sampling coördinator’ betrokken;
 - De psychometrist is tevens degene die de data analyseert en op basis daarvan de normtabellen opstelt;
 - Pearson heeft verder aanzienlijke kosten voor het verzorgen van de uitgave van de normtabellen in druk, te weten een bedrag van tussen de € 1.000,- en € 3.000,- voor de redactie, € 3.000,- voor de vormgeving en € 3.000,- voor het drukken. Daarbij komen nog betalingen aan de auteurs van de tests, die betrokken zijn geweest bij de wijze waarop de normtabellen worden gepresenteerd (de interne redactie), een en ander nog afgezien van de interne redactiekosten. Verder wordt er ook tijd besteed aan de opname van de normgegevens in het eigen scoringsprogramma P20 en de controle hiervan. Deze kosten moeten eveneens worden meegerekend. Deze kosten worden niet apart geadministreerd, maar hieraan wordt per test ongeveer twee weken fulltime gewerkt;
 - Pearson financiert en organiseert overeenkomsten met de auteur(s) om de exclusieve rechten voor de betreffende normtabellen te verkrijgen.
- In de fase na de verkrijging van de ruwe data wordt grotendeels intern aan de test gewerkt, zodat de hieraan bestede uren volgens Pearson moeilijk te kwantificeren zijn. Aan één test wordt ongeveer 2,5 jaar (gemiddeld één dag per week) gewerkt door een ‘sampling coördinator’, een ‘psychometricus’ en een ‘product developer’.

(...).

Voor zover nodig biedt Pearson aan nader bewijs over te leggen van haar investeringen.

5.7. Bär c.s. betwist dat Pearson substantiële investeringen in de zin van de Dw doet voor het verzamelen, de controle en de presentatie van de normgegevens. Volgens Bär c.s. worden de grootste investeringen bij het maken van psychologische tests gedaan in verband met het maken van de tests zelf, namelijk in het samenstellen en valideren van de vragensets. De normgegevens worden hierna tot stand gebracht door statistische berekeningen op de (gevalideerde) ruwe scores (data) toe te passen. Deze investeringen moeten alle gezien worden als investeringen in het tot stand brengen van de normgegevens en niet als investeringen om deze te verzamelen. Pearson maakt volgens Bär c.s. op geen enkele wijze aannemelijk dat er andere kosten zijn gemaakt, laat staan substantiële, dan kosten met betrekking tot de totstandbrenging van niet bestaande data.”

Een en ander leidt de rechtbank tot de volgende beoordeling:

“5.8. De rechtbank overweegt dat Pearson erkent dat de ruwe data, zoals deze door haar zijn aangekocht, niet in dezelfde vorm in de databanken worden geplaatst, aangezien de data eerst statistisch worden bewerkt en ook niet allemaal terugkomen in de tabellen. Gelet op hetgeen hiervoor onder 5.5 is overwogen over het begrip ‘investering’ in de zin van de Dw, vallen uitsluitend de investeringen die zijn gedaan om bestaande gegevens in de databanken te plaatsen hieronder en niet de investeringen die betrekking hebben op de totstandbrenging van de in de databank geplaatste gegevens. Dit brengt met zich dat de investeringen die zijn gedaan in de aankoop van de ruwe data, de investeringen in het invoeren en de controle van de ruwe data, alsmede de investeringen in de bewerking van de ruwe data tot de (uiteindelijke) normgegevens niet kunnen worden meegenomen bij de beoordeling of sprake is van een substantiële investering in de zin van de Dw.

5.9. Pearson heeft ter comparitie desgevraagd (nader) toegelicht dat haar investeringen in de fase na de totstandkoming van de normgegevens bestaan uit de invoering van de normgegevens in een databestand door een typiste, gevolgd door een controle door deze typiste, een controle door een tweede datatypiste, een controle door een psychometricus, de samenstelling van de normtabellen door de psychometricus en de bewerking (en presentatie) van de tabellen door de auteur van de handleiding. Zij heeft naar het oordeel van de rechtbank evenwel onvoldoende gesteld dat met deze stappen in de fase na de totstandkoming van de normgegevens nog zodanig substantiële investeringen gemoeid zijn, dat deze door het Databankenrecht worden beschermd. Onduidelijk is immers gebleven hoeveel uren voor een test in totaal aan voornoemde werkzaamheden in deze fase worden besteed en wat de (interne) kosten hiervoor zijn. (...)

5.10. De door Pearson ten slotte nog genoemde kosten voor het drukken van de handleidingen met de normtabellen (€ 3.000,-) en de tijdsbesteding voor de opname van de normgegevens uit de tabellen in P20 (volgens Pearson twee weken fulltime werk per test), zijn naar het oordeel van de rechtbank - in verhouding tot de kosten van de ontwikkeling van een test in zijn geheel - niet als substantieel aan te merken, nog daargelaten dat uit de toelichting van Pearson niet duidelijk wordt of de door haar genoemde kosten voor het drukwerk geheel kunnen worden toegerekend aan de presentatie van de normtabellen zelf, of dat zij mede betrekking hebben [op] het drukken van de overige onderdelen van de handleiding.

5.11. Conclusie van het voorgaande is dat Pearson haar stelling dat sprake is van een substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de normgegevens in de normtabellen, in het licht van het verweer van Bär c.s., onvoldoende heeft onderbouwd, nu zij (in ieder geval met betrekking tot de tests waarvan zij een kostenoverzicht heeft overgelegd) tenminste had moeten aangeven welke op deze overzichten genoemde werkzaamheden precies betrekking hebben op de fase na de verwerking van de ruwe data tot de normgegevens en hoeveel uren en kosten hieraan in totaal verbonden zijn. Aan bewijslevering - daaronder begrepen het aanbod van Pearson nadere stukken met betrekking tot haar investeringen over te leggen - wordt bij deze stand van zaken niet meer toegekomen.”

- 2.3 Daarmee gaf de rechtbank een eindoordeel over het beroep op het databankenrecht. In dit tussenvonnissen heeft de rechtbank daarnaast aan Pearson twee bewijsopdrachten gegeven met betrekking tot de door Pearson gestelde auteursrechtelijke bescherming van de normtabellen. Die bewijsopdrachten doen in cassatie niet ter zake.

- 2.4 Bij eindvonnis van 5 juni 2013⁸ - aangevuld bij vonnis van 3 juli 2013, welk aanvullend vonnis bij vonnis van 17 juli 2013 op het punt van de kostenveroordeling is verbeterd - heeft de rechtbank in conventie het gevorderde afgewezen en Pearson veroordeeld in de kosten. Kort gezegd oordeelde de rechtbank dat aan de overgenomen gegevens noch op grond van de Auteurswet, noch op grond van de Databankenwet bescherming toekomt en dat er evenmin sprake is van (bijkomende) omstandigheden die maken dat het gebruik van de gegevens door Bär c.s. als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Aan een bespreking van de voorwaardelijke vordering in reconventie kwam de rechtbank niet toe, nu de voorwaarde waaronder die vordering was ingesteld niet was vervuld.⁹
- 2.5 Pearson is bij het gerechtshof Amsterdam (hierna: **het hof**) in hoger beroep gekomen van genoemde vonnissen.
- 2.6 Bij arrest van 22 november 2016¹⁰ heeft het hof de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd en het in hoger beroep meer of anders dan in eerste aanleg gevorderde afgewezen. Het hof beantwoordt de vraag of op de in het RSP geïncorporeerde onderdelen van de tests van Pearson auteursrecht rust ontkenkend (rov. 3.5.1-3.5.6). In dat kader overweegt het hof dat het bij de normtabellen in feite gaat *“om een verzameling van (objectieve) onderzoeksresultaten, meer specifiek feitelijke informatie over testgedrag van normgroepen, dat in tabellen is weergegeven.”* (rov. 3.5.4). Het hof oordeelt verder dat Bär c.s. zich jegens Pearson niet schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie of onrechtmatig handelen door onderdelen van haar tests over te nemen (rov. 3.7.1-3.7.4).
- 2.7 Over het databankenrecht formuleert het hof de volgende uitgangspunten:

“Databankenrecht

3.6.1. Hiervoor is onder 3.5.4 reeds overwogen dat de in de handleiding van de tests van Pearson opgenomen tabellen met normgegevens niet kwalificeren als eigen intellectuele schepping van de auteur daarvan (in de zin van het in de Auteurswet geïmplementeerde artikel 2 lid 1 van de Databankenrichtlijn). Aan de orde is vervolgens of Bär c.s. door het gebruik in het RSP van de normtabellen met normgegevens afkomstig uit handleidingen van de tests van Pearson inbreuk maakt op een (sui generis) databankenrecht van Pearson op grond van de Databankenwet.

⁸ ECLI:NL:RBAMS:2013:CA4036.

⁹ Vooruitlopend op een eventuele beoordeling van de vordering in voorwaardelijke reconventie, had de rechtbank in het tussenvonnis van 30 november 2011 overwogen dat deze vordering moet worden afgewezen omdat - kort gezegd - onvoldoende is gesteld om aan te kunnen nemen dat sprake is van een machtspositie van Pearson op een wezenlijk deel van de interne markt zodat reeds om die reden niet is voldaan aan de criteria op grond waarvan aangenomen zou kunnen worden dat Pearson, in strijd met art. 102 VWEU, misbruik maakt van een machtspositie door te weigeren haar een licentie te verstrekken (rov. 6.5).

¹⁰ ECLI:NL:GHAMS:2016:5061.

Dat de normtabellen een verzameling van gegevens vormen die systematisch of methodisch geordend zijn en waartoe afzonderlijk met elektronische middelen toegang kan worden verkregen is - zoals de rechtbank reeds in het bestreden tussenvonnis heeft overwogen - tussen partijen niet in geschil. Het debat in hoger beroep spitst zich toe op de vraag of voldaan is aan het vereiste dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

De rechtbank heeft in het bestreden tussenvonnis onder 5.5 terecht onderscheid gemaakt tussen de kosten die zijn gemaakt om de in de databank opgenomen gegevens te creëren (de zogenoemde datacreatie) en de kosten die zien op het opnemen en de presentatie daarvan in de databank. Zoals uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de onderhavige materie volgt (zie onder meer het Fixtures-OPAP arrest van 9 november 2004 C-444/02), spelen investeringen in eerstbedoelde zin immers geen rol bij de vraag of (in databankenrechtelijke zin) in de desbetreffende verzameling van gegevens substantieel is geïnvesteerd, en zullen derhalve in het onderhavige geval de kosten die gemaakt zijn voor het totstandbrengen/creëren van de normgegevens niet in aanmerking kunnen worden genomen. Voorts geldt dat een databank bestaande gegevens dient te ordenen en toegankelijk te maken die ieder op zichzelf beschouwd informatieve waarde hebben ("zelfstandige elementen" zijn in de zin van artikel 1 lid 1 sub a Databankenwet). Daarom zijn (uitsluitend) de kosten die zien op het ontsluiten van dergelijke, reeds bestaande, zelfstandige informatieve elementen - en met name niet de kosten die betrekking hebben op het creëren (van de inhoudelijke waarde) daarvan - relevant voor de vraag of sprake is van een substantiële investering in databankenrechtelijke zin.

Bär c.s. wijzen er in dit verband terecht op dat de vereiste informatieve waarde niet louter aan het in een tabel opgenomen getal kan worden ontleend maar dat het de combinatie van drie elementen is (aangeduid als range, schaal, categorie) die informatie verschaft. (onderstreping toegevoegd; A-G)

In rov. 3.6.2. past het hof deze uitgangspunten toe op de voorliggende feiten:

3.6.2. Hetgeen Pearson in hoger beroep met betrekking tot door haar gemaakte kosten aanvoert (zie in dit verband de inleiding op de grieven met name onder 17 tot en 44 en voorts de grieven XVIII tot en met XXI en de daarop gegeven toelichting) wettigt niet de gevolgtrekking dat een substantiële investering is gedaan in (louter) het toegankelijk maken van bestaande zelfstandig informatieve gegevens. De werkzaamheden die zij beschrijft in haar uiteenzetting over de vier fases van de totstandkoming van de normtabellen met normgegevens en de daarmee gepaard gaande kosten zien met name op het ontwikkelen en controleren van (de inhoudelijke waarde/deugdelijkheid van) het toetsingsmateriaal dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven en niet op de wijze van ontsluiting van dit materiaal. Dat met dit laatste substantiële investeringen gepaard zijn gegaan ligt ook niet voor de hand nu het om relatief eenvoudige, in een handleiding afgedrukte tabellen gaat waarin cijfers worden weergegeven. Ook op dit punt bieden de feitelijke stellingen van Pearson onvoldoende grond voor een bewijsopdracht.

3.6.3. Dit brengt mee dat ook het beroep van Pearson op databankenrechtelijke bescherming van de normtabellen met normgegevens faalt. In hoeverre op een aantal daarvan reeds geen bescherming kan rusten omdat meer dan 15 jaar na de voltooiing is verstreken kan verder in het midden blijven."

- 2.8 Bij cassatiedagvaarding van 21 februari 2017 is Pearson - tijdig - van voornoemd arrest in cassatie gekomen. Bär Software heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep van Pearson, kosten rechtens ex art. 1019h Rv. Tegen Bär is verstek verleend.

Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, Bär Software mede door mr. G.J. Harryvan. Vervolgens hebben zij gere- en gedupliceerd.

3. De Databankrichtlijn en de Databankenwet: een inventarisatie

Inleiding

- 3.1 Op het bestreden arrest zijn mij twee commentaren bekend, van Van Gompel en van Trapman. De eerste auteur begint zijn noot als volgt:

*“Op het oordeel van het hof dat de psychologische tests van Pearson niet auteursrechtelijk en databankrechtelijk zijn beschermd is op zichzelf weinig af te dingen.”*¹¹

Het commentaar van Trapman opent als volgt:

*“The most interesting part of the judgement concerned a paragraph in the users’ manual, (...) which prohibited the copying or duplication of any part of the databases without Pearson’s permission. The approach that the Court of Appeal takes towards this passage is interesting in light of the 2015 Ryanair judgement of the Court of Justice.”*¹²

- 3.2 Een en ander kan mogelijk de indruk wekken dat het databankrechtelijk deel van de zaak klip en klaar is, terwijl het cassatiemiddel nu juist alleen daarover gaat. Zo simpel liggen de zaken echter niet. Dat laatste zal ik toelichten aan de hand van onderstaand overzicht van de wetgeving en de rechtspraak op het gebied van de bescherming van databanken.

De Europese Databankrichtlijn

- 3.3 In deze zaak staat centraal Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken¹³ (hierna: **Databankrichtlijn**). Deze richtlijn bevat de volgende definitie van ‘databank’:

“Artikel 1

Toepassingsgebied

1. (...)

2. In deze richtlijn wordt verstaan onder “databank”: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.
(...)”¹⁴

¹¹ S. van Gompel in *AMI* 2017/2, p. 103-105.

¹² L. Trapman, *Kluwer Copyright Blog*, January 31, 2017.

¹³ Pb EG 1996, L 77, p. 20.

¹⁴ Zie over de definitie van het begrip ‘databank’ in de Databankrichtlijn: A.A. Quaadvlieg, Onafhankelijk, geordend en toegankelijk, *Informatierecht/AMI* 2000, p. 177-186 en S.A. Klos, Databankieren in een lawyer’s paradise, *IER* 2000, p. 1-8.

- 3.4 Met de Databankrichtlijn is een duaal stelsel voor de juridische bescherming van databanken ingevoerd: enerzijds auteursrechtelijke bescherming van de databank zelf, waarbij het beschermingscriterium is geharmoniseerd; anderzijds de invoering van een apart verbodsrecht op grond waarvan de inhoud van een databank kan worden beschermd als daarin substantieel is geïnvesteerd. Bij het eerste gaat het om traditionele auteursrechtelijke bescherming; bij het tweede om prestatiebescherming.
- 3.5 De Europese wetgever heeft gekozen voor een eenvormige *auteursrechtelijke* beschermingsmaatstaf, die aansluit bij het in de meeste continentale EU-lidstaten gehanteerde originaliteitsvereiste.¹⁵ De keuze en de rangschikking van de inhoud van de databank moeten berusten op een eigen intellectuele schepping van de maker. Deze auteursrechtelijke bescherming heeft betrekking op de *structuur* van de databank, niet op de daarin opgeslagen gegevens.

Punt 15 van de considerans luidt:

“(15) Overwegende dat het enige criterium om te bepalen of een databank in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming moet zijn dat zij door de keuze of de rangschikking van haar inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt; dat deze bescherming betrekking heeft op de structuur van de databank;”

In punt 35 van de considerans staat:

(35) Overwegende dat het in deze richtlijn beoogde auteursrecht alleen van toepassing is op de keuze of de rangschikking van het in een databank vervatte materiaal, (...)”

Art. 3, dat staat in Hoofdstuk II (‘Auteursrecht’), bepaalt:

“Voorwerp van bescherming

1. Volgens deze richtlijn worden databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, als zodanig door het auteursrecht beschermd. Er worden geen andere criteria toegepast om te bepalen of ze voor die bescherming in aanmerking komen.

2. De auteursrechtelijke bescherming van databanken in deze richtlijn betreft niet de inhoud van die databanken en laat de bestaande rechten op die inhoud onverlet.”

- 3.6 De keuze voor deze beschermingsmaatstaf had tot gevolg dat bepaalde databanken die in de *common law* jurisdicties op grond van gepleegde inspanningen (‘*skill and labour*’) auteursrechtelijke bescherming genoten, die bescherming zouden verliezen.

¹⁵ In Nederland veelal aangeduid als het oorspronkelijkheidscriterium of het persoonlijk stempel van de maker.

Dat besef was mede gebaseerd op rechtspraak waaruit volgt dat verzamelingen van feitelijke gegevens zoals telefoonboeken niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen en daarom tot het publieke domein behoren.¹⁶ Gezocht is toen naar een manier om dit verlies aan bescherming zo goed mogelijk te compenseren. Regels inzake oneerlijke mededinging, die in sommige lidstaten als vangnet dienen in situaties waarin geen inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht kan worden aangetoond maar wel sprake is van ontoelaatbaar handelen (zoals slaafse nabootsing), boden niet de door de Europese wetgever wenselijk geachte mate van bescherming.¹⁷

- 3.7 De Europese wetgever heeft toen gekozen voor een specifiek verbodsrecht.¹⁸ Dat is het zogenoemde sui generis-recht geworden. Internationaal gezien was dat een nouveauté. Dit recht komt naast de auteursrechtelijke bescherming (indien van toepassing) en is daaraan niet ondergeschikt.¹⁹ Met het sui generis-recht is beoogd investeringen in databanken in de Europese Unie te bevorderen.²⁰ Om dat te bereiken moet de samensteller ervan zijn investeringen kunnen terugverdienen. Daarom moeten investeringen in databanken een zekere mate van bescherming genieten.

De punten 39 tot en met 41 van de considerans luiden als volgt:

“(39) Overwegende dat de onderhavige richtlijn niet alleen de bescherming beoogt van het auteursrecht op de originele keuze of rangschikking van de inhoud van databanken, maar ook de bescherming van de fabrikanten van databanken tegen onrechtmatige toe-eigening van de resultaten van de financiële en professionele investeringen die zijn gedaan om de inhoud te verkrijgen en te verzamelen, door de gehele databank of substantiële delen ervan te beschermen tegen bepaalde handelingen die door de gebruiker of een concurrent worden verricht;

(40) Overwegende dat dit recht sui generis ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie

¹⁶ Vgl. HR 4 januari 1991, NJ 1991/608 m.nt. D.W.F. Verkade; *Computerrecht* 1991, p. 84-86 m.nt. P.B. Hugenholtz; *IER* 1991, p. 96-98 m.nt. F.W. Grosheide; en *Ars Aequi* 41 (1992), 31 m.nt. H. Cohen Jehoram (*Van Dale/Romme*). Vgl. ook US Supreme Court 27 maart 1991, nr. 111 1282, *Informatierecht/AMI* 1991, p. 179-183 m.nt. H. Cohen Jehoram (*Feist Publications v Rural Telephone Service Co*).

¹⁷ Vgl. J.L. Gaster, *Der Rechtsschutz von Databanken - Kommentar zur Richtlinie 96/9/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Carl Heymans Verlag 1999, nrs. 433-445 en 465.

¹⁸ In art. 2 lid 5 van haar oorspronkelijke richtlijnvoorstel (Pb 1992, C 156/4) had de Commissie een recht voorgesteld om de ‘onrechtmatige opvraging’ uit een databank te verhinderen. Daaraan was de mogelijkheid van dwanglicenties gekoppeld (art. 8). Die laatste bepaling is bij de onderhandelingen in de Raad gesneuveld. In plaats daarvan is de reikwijdte van de bescherming ingeperkt door het stellen van de eis van substantiële investering. Vgl. M.J. Davison & P.B. Hugenholtz, *Football, fixture and spin offs: the ECJ domesticates the database right*, *EIPR* 2005, p. 113-118/115

¹⁹ Vgl. A-G Mengozzi in zijn conclusie in C-604/10, *Football Dataco/Yahoo*, ECLI:EU:C:2012:115, punt 14.

²⁰ Vgl. het eerste evaluatierapport over deze richtlijn: DG Internal Market and Services Working Paper - First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases’, 12 december 2005, hoofdstuk 2; te raadplegen op http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf.

van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;

(41) Overwegende dat het recht sui generis ten doel heeft de fabrikant van een databank de mogelijkheid te geven te verbieden dat de inhoud van die databank of een substantieel deel ervan zonder zijn toestemming opgevraagd en/of hergebruikt wordt; dat de fabrikant van een databank degene is die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen; dat dit met name toeleveranciers uitsluit van de definitie van fabrikant;”

Art. 7 van de Databankrichtlijn, dat staat in hoofdstuk III ('Recht sui generis'), luidt:

“Voorwerp van de bescherming

1. De lidstaten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.

2. In dit hoofdstuk wordt:

a) onder "opvraging" verstaan, het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm,

b) onder "hergebruik" verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, on line transmissie of in een andere vorm (...).

(...)

5. Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met een normale exploitatie van die databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank, zijn niet toegestaan.”

3.8 Art. 7 leden 1 en 2 kennen aan de producent van een databank het exclusieve recht toe derden de opvraging en/of het hergebruik van substantiële delen van de inhoud van de databank te verbieden. Zoals blijkt uit de tekst van art. 7 lid 1 is dit recht aan de voorkant onderworpen aan de eis dat *“de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering”* en aan de achterkant beperkt door de eis dat opvraging of hergebruik betrekking hebben op *“een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud”*.

3.9 Niet-originele databanken die ook niet voldoen aan het criterium van substantiële investering, genieten op grond van de Databankrichtlijn geen bescherming.

De Nederlandse Databankenwet

3.10 Bij de implementatie van de Databankrichtlijn heeft de wetgever ervoor gekozen de auteursrechtelijke bescherming van databanken te regelen in de Auteurswet en het

sui generis-recht onder te brengen in een aparte nieuwe wet, de Databankenwet.²¹

- 3.11 Art. 1 Databankenwet ('Bescherming van de producent van databanken') luidt - voor zover hier van belang - :

“Artikel 1

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt 1. verstaan onder:

a. databank: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering;” (onderstreping toegevoegd; A-G)

- 3.12 Anders dan in de Databankrichtlijn zit de eis van een ‘substantiële investering’ in de definitie van ‘databank’ ingebouwd. De wetgever heeft daarvoor gekozen om tegemoet te komen aan “*het bezwaar van een te ruime definitie van ‘databank’*”.²² Een verzameling gegevens die voldoet aan de definitie van ‘databank’ in art. 1 lid 2 van de Databankrichtlijn is dus niet steeds aan te merken als een databank in de zin van de Databankenwet omdat deze wet alleen van toepassing is op databanken waarin substantieel is geïnvesteerd. De juistheid van de door de Nederlandse wetgever op dit punt doorgevoerde implementatie staat in deze zaak niet ter discussie. De Duitse wetgever heeft overigens voor een zelfde benadering gekozen.²³ De definitie van ‘databank’ in art. 1 lid 2 van de Databankrichtlijn is (apart) omgezet in art. 10 lid 3 Auteurswet.

- 3.13 Art. 2 Databankenwet luidt - voor zover hier van belang - :

“De producent van een databank heeft het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor de volgende handelingen:

a. het opvragen of hergebruiken van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank;
b. het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of in kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, voorzover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank.
 (...)”

²¹ Wet van 8 juli 1999, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Stb.* 1999, 303. Zie over de implementatie D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis databankenwet*, Den Haag: BJU 1999.

²² Vgl. *Kamerstukken II*, 1998/1999, 26 108, nr. 3, p. 8. Zie ook: Ch. Gielen e.a. red., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 2017/689 en D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis databankenwet*, Den Haag: BJU 1999, p. 55-57.

²³ Art. 87a Abs. 1 Urhebergesetz: “*Datenbank im Sinne dieses Gesetzes ist eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.*” (onderstreping toegevoegd; A-G).

Bij ‘verkrijging’ gaat het volgens de memorie van toelichting om

“het verzamelen van de werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die tezamen de inhoud van de databank vormen.”²⁴

- 3.14 Met betrekking tot niet-originele databanken in de inhoud waarvan niet substantieel is geïnvesteerd, werd door de wetgever aangenomen dat zij konden blijven vallen onder de zogenoemde geschriftenbescherming, dat net als het sui generis-recht beschermt tegen ontlening.²⁵ Hugenholtz heeft vanaf 1995 keer op keer betoogd dat toepassing van deze pseudo-auteursrechtelijke bescherming op databanken in de zin van de Databankrichtlijn gelet op de in art. 3 lid 1 van die richtlijn opgenomen beschermingsmaatstaf niet langer mogelijk was.²⁶ Daarin stond hij niet alleen.²⁷ Pas in de zaak *PR Aviation/Ryanair* kreeg de Hoge Raad gelegenheid daarover te oordelen. Hij volgde het standpunt van Hugenholtz²⁸ en vond daarvoor steun in het arrest *Football Dataco/Yahoo*.²⁹ De geschriftenbescherming is per 1 januari 2015 volledig (en dus niet alleen voor databanken) afgeschaft.³⁰

Europese rechtspraak

Het begrip ‘databank’

- 3.15 Het Europese Hof van Justitie (hierna: **Hof van Justitie** of kortweg **het Hof**) heeft om te beginnen over het begrip ‘databank’ duidelijkheid verschaft. Voor deze cassatieprocedure is met name de uitleg van belang die het Hof in de arresten

²⁴ *Kamerstukken II 1997/1998*, 26 108, nr. 3, p. 8.

²⁵ In art. 10 lid 4 Auteurswet werd bepaald dat databanken die voldeden aan de eis van substantiële investering (en dus onder de Databankenwet vielen), waren uitgesloten van de bescherming van onpersoonlijke geschriften ingevolge art. 10 lid 1, onder 1° Auteurswet. Cumulatie van geschriftenbescherming en databankbescherming werd zo uitgesloten. Daaruit werd afgeleid dat databanken waarin *niet* substantieel was geïnvesteerd, wél onder de geschriftenbescherming konden blijven vallen.

²⁶ Zie o.a. P.B. Hugenholtz, Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert, *Mediaforum*, 1995-7/8, p. 82-87; P.B. Hugenholtz, De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar, *Computerrecht* 1996, p. 131-138/132; P.B. Hugenholtz, noot bij NMa 10 september 1998, *Mediaforum* 1998-10, nr. 50 (*Telegraaf/NOS en HMG*); HvJEG 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board/William Hill*, ECLI:EU:C:2004:695, *AMI* 2005/1, p. 36 m.nt. P.B. Hugenholtz; HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, *Football Dataco/Yahoo*, ECLI:EU:C:2012:115, *NJ* 2012/433 m.nt. P.B. Hugenholtz.

²⁷ Vgl. ook H.M.H. Speyart, De databanken-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland (II), *Informatierecht/AMI* 1996, p. 171-179/178; T. Cohen Jehoram, Copyright in non-original writings, Past – present - future, in J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom, *Intellectual Property and Information Law*, Den Haag: Kluwer Law International, 1998, p. 103-112/109-110.

²⁸ HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88 (*Ryanair/PR Aviation*), *NJ* 2015/304, m.nt. P.B. Hugenholtz.

²⁹ HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, *NJ* 2012/433 m.nt. P.B. Hugenholtz; *IER* 2013/3 m.nt. A. Ringnalda; en *Computerrecht* 2012/78 m.nt. C.T.W. Peijnenburg.

³⁰ Wet van 5 november 2014 tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker, *Stb.* 2014/428. Ook voornoemd art. 10 lid 4 Auteurswet is komen te vervallen.

*Football Dataco/Yahoo*³¹ en *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*³² aan de term ‘zelfstandige elementen’ heeft gegeven.³³ Ik citeer hierna de relevante overwegingen van laatstgenoemd arrest. Die zaak ging over de vraag of geografische gegevens die uit een topografische kaart worden gelicht met het oog op de vervaardiging en de commerciële exploitatie van een andere kaart, na deze verrichting nog voldoende informatieve waarde hebben om te kunnen worden aangemerkt als ‘zelfstandige elementen’ van een databank in de zin van art. 1 lid 2 van de Databankrichtlijn. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Ik wijs op de volgende overwegingen:

“12 In dit verband zij er om te beginnen aan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat het met de door de Uniewetgever nagestreefde doelstelling in overeenstemming is om aan het begrip ‘databank’ in de zin van richtlijn 96/9 een ruime betekenis toe te kennen, los van overwegingen van formele, technische of materiële aard (zie arresten Fixtures Marketing, C-444/02, EU:C:2004:697, punt 20, en Ryanair, C-30/14, EU:C:2015:10, punt 33).

(...)

20 Blijkens de rechtspraak kan een “zelfstandig element” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9 niet alleen bestaan in een op zichzelf staand gegeven, maar ook in een combinatie van gegevens (zie arresten Fixtures Marketing, C-444/02, EU:C:2004:697, punt 35, en Football Dataco e.a., C-604/10, EU:C:2012:115, punt 26).

(...)

22 Daarenboven heeft het Hof geoordeeld dat de waarde van de informatieve inhoud van een element van een verzameling niet wordt aangetast in de zin van die rechtspraak indien dat element, nadat het uit de betreffende verzameling is gelicht, een zelfstandige informatieve waarde heeft (zie arresten Fixtures Marketing, C-444/02, EU:C:2004:697, punt 33, en Football Dataco e.a., C-604/10, EU:C:2012:115, punt 26).

23 Dienaangaande zij opgemerkt dat het opzetten van een databank - wat richtlijn 96/9 blijkens punt 16 van het onderhavige arrest beoogt te bevorderen door de rechtsbescherming die zij in het leven roept - aan de elementen waaruit die databank bestaat, een meerwaarde kan geven doordat die gegevens systematisch of methodisch worden geordend en dit op zodanige wijze dat zij afzonderlijk toegankelijk zijn. Net zoals de waarde van een element van een verzameling toeneemt doordat het in die verzameling wordt opgenomen, kan de waarde van dat element navenant afnemen doordat het uit die verzameling wordt gelicht. Deze waardevermindering doet echter niet af aan de kwalificatie van dat element als

³¹ HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, *Football Dataco/Yahoo*, ECLI:EU:C:2012:115, NJ 2012/433 m.nt. P.B. Hugenholtz; IER 2013/3 m.nt. A. Ringnalda; en *Computerrecht* 2012/78, m.nt. C.T.W. Peijnenburg. Zie ook reeds HvJEG 9 november 2004, C444/02 *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 34.

³² HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, kritisch besproken door M.M.M. van Eechoud in *AMI* 2016/2, p. 25-30.

³³ Van de kwalitatieve voorwaarde ‘zelfstandig’ gaat wel een beperkende werking uit. Van zelfstandigheid is geen sprake bij werken die op zichzelf wel op te splitsen zijn in afzonderlijke elementen (beelden, woorden, etc.), maar die hun waarde en betekenis slechts ontleen aan het geheel waar zij onderdeel van uitmaken. Zie Spoor/ Verkade/Visser, *Auteursrecht*, derde druk 2005, p. 614.

'zelfstandige element' in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9, mits het element een zelfstandige informatieve waarde behoudt.

24 Bijgevolg brengt een vermindering van de informatieve waarde van een element ten gevolge van het feit dat het uit de verzameling wordt gelicht waarin het is opgenomen, niet noodzakelijk mee dat dit element niet onder het begrip 'zelfstandige elementen' in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9 kan vallen, mits dat element een zelfstandige informatieve waarde behoudt.

(...)

27 Blijkens de rechtspraak van het Hof en met name het arrest *Fixtures Marketing* (C-444/02, EU:C:2004:697) moet de zelfstandige informatieve waarde van een element dat uit een verzameling is gelicht dan ook worden beoordeeld in het licht van de waarde die de informatie heeft voor welke derde dan ook die belangstelling toont voor dat element, en niet in het licht van de waarde die deze informatie heeft voor een typische gebruiker van de betreffende verzameling. In dat arrest heeft het Hof namelijk geoordeeld dat gegevens over een voetbalwedstrijd die een vennootschap die kansspelen organiseerde, had gehaald uit een verzameling die was opgezet door de organisatoren van een voetbalcompetitie en die informatie bevatte over alle wedstrijden van die competitie, een zelfstandige waarde hadden aangezien zij belanghebbende derden, namelijk de klanten van die vennootschap, de relevante informatie verschafften (zie arrest *Fixtures Marketing*, C-444/02, EU:C:2004:697, punt 34).

28 Bijgevolg zijn gegevens van een verzameling die op zelfstandige wijze economisch worden geëxploiteerd (...) "zelfstandige elementen" van een "databank" in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9, aangezien deze gegevens, nadat zij uit de betreffende verzameling zijn gehaald, relevante informatie verschaffen aan klanten van de vennootschap die van die gegevens gebruik maakt."

Het sui generis-recht en de eis van een 'substantiële investering'

- 3.16 Op 9 november 2004 wees het Hof van Justitie vier arresten in zaken waarin de organisatoren van sportwedstrijden (voetbal en paardenrennen) zich tegenover aanbieders van kansspelen beriepen op het sui generis-recht ter bescherming van databanken die sportinformatie bevatten. Het gaat om de arresten *The British Horseracing Board/William Hill*,³⁴ *Fixtures Marketing/Oy Veiklaus*,³⁵ *Fixtures Marketing/Svenska Spel*³⁶ en *Fixtures Marketing/OPAP*.³⁷ Daarin heeft (de Grote Kamer van) het Hof zich uitgelaten over een groot aantal aspecten van het sui generis-recht, waaronder de voorwaarde dat "de verkrijging, de controle of de presentatie van hun inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering." De uitleg en toepassing van die arresten nemen in deze procedure een centrale plaats in.

³⁴ HvJEG 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board/William Hill*, ECLI:EU:C:2004:695, *AMI* 2005/1 m.nt. D.J.G. Visser en P.B. Hugenholtz; *IER* 2005/5 m.nt. F.W. Grosheide; en *Computerrecht* 2005/4 m.nt. H. Struik.

³⁵ HvJEG 9 november 2004, C-46/02, *Fixtures Marketing/Oy Veiklaus*, ECLI:EU:C:2004:694, *NJ* 2005/296.

³⁶ HvJEG 9 november 2004, C-338/02, *Fixtures Marketing/Svenska Spel*, ECLI:EU:C:2004:696.

³⁷ HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697.

3.17 Ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een substantiële investering in de *verkrijging* van de inhoud van een databank maakt het Hof een onderscheid tussen middelen die worden aangewend voor datacreatie (die niet meetellen) en middelen die worden aangewend voor het aanleggen van de databank zelf (die wel meetellen). Het Hof overweegt als volgt (onderstrepingen steeds toegevoegd; A-G):³⁸

“29 In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 7, lid 1 van de richtlijn de aan het recht sui generis verbonden bescherming voorbehoudt aan databanken die aan een nauwkeurig criterium voldoen, te weten dat de verkrijging, de controle of de presentatie van hun inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

30 In de bewoordingen van de overwegingen 9, 10 en 12 van de richtlijn heeft deze (...) tot doel het bevorderen en beschermen van investeringen in systemen voor de “opslag” en de “verwerking” van gegevens, welke bijdragen tot de ontwikkeling van de informatiemarkt in een context die wordt gekenmerkt door exponentiële groei van de hoeveelheid gegevens die jaarlijks in alle sectoren van bedrijvigheid wordt voortgebracht en verwerkt. Daaruit volgt dat het begrip investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank algemeen moet worden opgevat als betrekking hebbend op de investering ten behoeve van het aanleggen van deze databank als zodanig.

31 In dit verband moet (...) het begrip investering in de verkrijging van de inhoud van een databank aldus worden opgevat dat het duidt op de middelen die worden aangewend om bestaande elementen³⁹ te verkrijgen en in deze databank te verzamelen, met uitsluiting van de middelen die worden aangewend voor het creëren van die elementen. De door de richtlijn geregelde bescherming door het recht sui generis strekt er immers toe, de totstandkoming van systemen voor de opslag en verwerking van bestaande gegevens te bevorderen, en niet het creëren van gegevens die naderhand in een databank bijeen kunnen worden gebracht.

32 Deze uitlegging wordt bevestigd door overweging 39 van de richtlijn, volgens welke het recht sui generis een bescherming beoogt tegen onrechtmatige toe-eigening van de resultaten van de financiële en professionele investeringen die zijn gedaan om “de inhoud [van een databank] te verkrijgen en te verzamelen”. Zoals de advocaat-generaal in de punten 41 tot en met 46 van haar conclusie opmerkt, pleiten alle taalversies van deze overweging 39, in weerwil van lichte terminologische variaties voor een uitlegging waarbij het creëren van in de databank opgenomen elementen van het begrip verkrijging wordt uitgesloten.

33 Overweging 19 van de richtlijn, volgens welke de compilatie van meerdere vastleggingen van muziekuitvoeringen op een CD geen voldoende substantiële investering vertegenwoordigt om onder het recht sui generis te vallen, verschaft een extra argument ter ondersteuning van deze uitlegging. Daaruit blijkt immers dat de middelen die worden aangewend voor het creëren van de werken of elementen in de databank, in casu op een CD, niet gelijk kunnen worden gesteld met een investering in de verkrijging van de inhoud van deze databank en bijgevolg niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling of de investering in de samenstelling van deze databank substantieel is.

³⁸ Tussen de vier arresten bestaat veel overlap. Tenzij anders aangegeven citeer ik uit *The British Horseracing Board/William Hill*, omdat dat arrest de meeste onderwerpen omvat.

³⁹ In C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, wordt in het equivalent van deze rechtsoverweging gesproken van ‘bestaande zelfstandige elementen’. Zie punt 40 in dat arrest.

- 3.18 Vervolgens behandelt het Hof de vraag wanneer sprake is van een substantiële investering in de controle van de inhoud van een databank:

34 Het begrip investering in de controle van de inhoud van de databank moet aldus worden opgevat dat het ziet op de middelen die worden aangewend voor de controle van de juistheid van de gezochte elementen, zowel bij de samenstelling van de databank als tijdens het functioneren ervan, teneinde de betrouwbaarheid van de informatie in deze databank te waarborgen. De middelen die worden aangewend voor de controle in de fase waarin gegevens of andere elementen worden gecreëerd die vervolgens in een databank worden opgenomen, hebben daarentegen betrekking op dit creëren, zodat daarmee geen rekening kan worden gehouden bij de beoordeling of er sprake is van een substantiële investering in het kader van artikel 7, lid 1, van de richtlijn.

35 In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het recht sui generis biedt, op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, in de in de punten 31 tot en met 34 van dit arrest weergegeven zin, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft gevergd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.

36 Ook al vereisen het opzoeken van gegevens en het controleren van de juistheid ervan op het moment van samenstelling van de databank in beginsel niet dat de samensteller van deze databank bijzondere middelen aanwendt, aangezien het gaat om gegevens die hij heeft gecreëerd en die te zijner beschikking staan, neemt dit niet weg dat het verzamelen van deze gegevens, de systematische of methodische ordening ervan in de databank, de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid en de controle van de juistheid gedurende de gehele periode waarin de databank functioneert, tot een in kwantitatief en/of kwalitatief opzicht substantiële investering in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen nopen.”

- 3.19 Omtrent een investering in de presentatie van de inhoud van een databank ten slotte heeft het Hof in het arrest *Fixtures Marketing/OPAP* het volgende overwogen:

“43 (...) Het begrip investering in de presentatie van de inhoud van de betrokken databank betreft op zijn beurt de middelen die worden aangewend om deze databank gegevens te kunnen laten verwerken, dat wil zeggen hetgeen is gedaan met het oog op de systematische of methodische ordening van de in deze databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan.”

- 3.20 Met deze vier uitvoerige arresten heeft het Hof, zo zou men kunnen zeggen, een substantiële investering gedaan in het verduidelijken van verschillende in de Databankrichtlijn gebruikte begrippen. Dat lijkt ook een diepte-investering te zijn geweest, omdat sindsdien over art. 7 lid 1 van die richtlijn geen nieuwe prejudiciële vragen zijn gesteld.

- 3.21 Ik maak enkele opmerkingen bij deze arresten.
- 3.22 Ten eerste: het Hof maakt onderscheid tussen het creëren van nieuwe gegevens en het verzamelen van bestaande gegevens (punt 31) en dat het daarbij gaat om opeenvolgende stadia. In vrijwel alle commentaren wordt erop gewezen dat een dergelijk onderscheid vaak niet scherp is en daarom in de praktijk moeilijk is toe te passen.⁴⁰ Visser noemt als voorbeeld beurskoersen⁴¹ en verwijst, net als Davison en Hugenholtz dat doen, ook naar gegevens die zijn afgeleid uit natuurlijke fenomenen, zoals meteorologische, astronomische, medische en biologische gegevens.⁴² Beunen stelt: “(...) *this leaves open the important question of how to decide when the creation stage ends and another stage begins.*”⁴³ Kritisch is ook Gaster, destijds vanuit de Europese Commissie nauw betrokken bij de totstandkoming van de Databankrichtlijn: “*The judge may have to engage in somewhat artificial exercises in trying to separate the cost attributable to the making of a database from those attributable only to the organization of the underlying activities reflected in the database.*”⁴⁴
- 3.23 Deze kritiek is gefundeerd. De praktijk is veelzijdig: een samensteller van een databank kan die vullen met nieuwe gegevens of met bestaande gegevens dan wel een combinatie daarvan. Genoemd onderscheid is vooral lastig toe te passen als nieuwe gegevens *real time* worden opgenomen in een databank. Het onderscheid kan ook uitnodigen tot constructies waarbij enerzijds de werkzaamheden voor het genereren en anderzijds de werkzaamheden voor het verzamelen en opnemen van gegevens worden gesplitst en verdeeld over verschillende (gelieerde) entiteiten.
- 3.24 Ten tweede: het Hof geeft een restrictieve uitleg van de term ‘verkrijging’ en heeft daarmee de maatstaf voor bescherming op grond van het sui generis-recht hoog gelegd. Daar zijn alle commentatoren op deze arresten het wel zo’n beetje over eens. De advocaat-generaal in deze zaken, C. Stix-Hackl, overwoog nog dat wél sprake is

⁴⁰ Vgl. M.J. Davison & P.B. Hugenholtz, Football fixtures, horseraces and spin offs: the ECJ domesticates the database right, *EIPR* 2005/27(3), p. 115; A. Beunen, Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom (diss. Leiden), 2007, § 4.2.3.8; Lee A. Bygrave, The data difficulty in database protection, *EIPR*, 2012/33; J.L. Gaster, “Obtinere” of Data in the Eyes of the ECJ, *CRi* 5/2005, p. 129-135; en H. Struik in diens annotatie in *Computerrecht* 2005/4.

⁴¹ D.J.G. Visser in zijn annotatie in *AMI* 2005/1, p. 34.

⁴² M.J. Davison & P.B. Hugenholtz, Football fixtures, horseraces and spin offs: the ECJ domesticates the database right, *EIPR* 2005/27(3), p. 115, welke auteurs overigens aannemen dat in dat geval sprake is van het creëren van gegevens. D.J.G. Visser merkt in diens annotatie in *AMI* 2005-1 op: “*er is mogelijk (wél) behoefte aan enige investerings- of ‘sweat-of-the-brow’ bescherming voor meteorologische, astronomische, medische, biologische en andere ‘nuttige’ gegevens waar flink in moet worden geïnvesteerd*”.

⁴³ A. Beunen, Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom (diss. Leiden), 2007, p. 126.

⁴⁴ J.L. Gaster, “Obtinere” of Data in the Eyes of the ECJ, *CRi* 5/2005, p. 129-135/134.

van een investering in de *verkrijging* van een databank wanneer het creëren van gegevens in de tijd samenvalt met het verwerken ervan en daar niet van kan worden gescheiden.⁴⁵ Het Hof gaat daar echter niet in mee. Ik sluit niet uit dat het Hof het onwenselijk vond dat monopolies zouden ontstaan ten aanzien van sportinformatie, zoals de kalender van voetbalwedstrijden, die zonder bijzondere inspanning wordt gegenereerd door een partij die bovendien in de meeste gevallen de enige bron van die informatie is.⁴⁶

- 3.25 Op de restrictieve uitleg van ‘verkrijging’ is in de literatuur kritiek geuit, mede in samenhang met het zojuist genoemde onderscheid tussen het creëren van nieuwe gegevens en het verzamelen van bestaande gegevens. Zo stelt Beunen dat de restrictieve uitleg van ‘verkrijging’ “*would unjustly discriminate between producers who make databases with newly created contents and databases producers who merely use existing material.*”⁴⁷ Gaster waarschuwt zelfs voor een re-nationalisering van het databankenrecht: “*Unfortunately, the European Court’s rulings in BHB and others result in reduction of the existing protection of databases in the Community. (...) It is not excluded that (...) that a number of EU Member States might be tempted to (re)-apply their domestic precedents.*”⁴⁸ Ook de (eerste) evaluatie van de Databankrichtlijn door de Commissie bevat een kritische constatering: “*In addition, the ECJ in November 2004 significantly curtailed the scope of ‘sui generis’ protection, thereby pre-empting concerns that the right negatively affects competition.*”⁴⁹ Daarbij wordt overigens niet toegelicht *ten opzichte van wat* genoemd recht zou zijn beknot.
- 3.26 De restrictieve uitleg van het sui generis-recht lijkt op het eerste gezicht in contrast te staan met de ruime uitleg die het Hof doorgaans van intellectuele eigendomsrechten pleegt te geven - of het nu bijvoorbeeld gaat om de (communautaire) uitputting van de aan een merk verbonden rechten⁵⁰ of om de (beperkte) reikwijdte van de privékopie.⁵¹ In dat verband moet worden bedacht dat het Hof over de volle breedte van zijn immense werkterrein een zo getrouw mogelijke uitleg van EU-wetgeving probeert te geven, meestal door een letterlijke lezing van de tekst te combineren met een scrupuleuze inachtneming van de daarmee nagestreefde doelstellingen (zoals blijkend uit de considerans). Dat zien we ook in de arresten van 9 november 2004.

⁴⁵ Zie haar conclusie in C-444/02, *Fixtures Marketing /OPAP*, ECLI:EU:C:2004:339, punt 75.

⁴⁶ Vgl. HvJEG 9 november 2004, C-46/02, *Fixtures Marketing/Oy Veiklaus* ECLI:EU:C:2004:694, NJ 2005/296, punt 44.

⁴⁷ A. Beunen, *Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), 2007, p. 128.

⁴⁸ J.L. Gaster, “Obtinere” of Data in the Eyes of the ECJ, *CRi* 5/2005, p. 129-135/134.

⁴⁹ Zie DG Internal Market and Services Working paper - First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases’, 12 december 2005, p. 6.

⁵⁰ Zie HvJEG 16 juli 1998, C-355/96, *Silhouette*, ECLI:EU:C:1998:374.

⁵¹ Bijv. HvJEU 10 april 2014, C-435/12, *ACI Adam/Stichting ThuisKopie*, ECLI:EU:C:2014:254, punten 22-23.

Daarbij wordt steevast ‘de regel’ ruim en de uitzondering daarop strikt uitgelegd, teneinde de bepaling in kwestie haar volle werking te geven. Bij wetgeving op het gebied van intellectuele eigendom heeft ‘de regel’ vaak betrekking op de prerogatieven van de rechthebbende, anders gezegd: op *de uitoefening* van diens recht. In de hier besproken arresten gaat het om een in de EU-wetgeving gestelde voorwaarde om voor bescherming in aanmerking te komen, zoals bijvoorbeeld ook aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan om tekens als merk te kunnen registreren. Anders gezegd: het gaat hier om een vereiste voor *het bestaan* van een intellectueel eigendomsrecht. Daar past niet zonder meer een ruime uitleg bij.

3.27 Ten derde en samenhangend met beide voorgaande punten: het Hof heeft de zogenoemde *spin-off* theorie verworpen. Deze ‘theorie’ houdt in dat een databank die (automatisch) ontstaat als bijproduct van een andere activiteit, niet in aanmerking komt voor bescherming op grond van het sui generis-recht omdat er geen economische noodzaak voor bescherming bestaat. De investering in het aanleggen van een verzameling, die primair voor een andere activiteit van de betrokken onderneming dient, zou namelijk in het kader van die andere activiteit terugverdiend moeten kunnen worden.⁵² Daar komt bij dat de maker van een databank, die de enige bron (*single source*) is van de gegevens die zorgen voor de inhoud van de databank, op grond van het verbodsrecht een monopolie kan verkrijgen op de informatie die zich in die databank bevindt. Daarbij speelt tevens een rol dat een grondslag voor dwanglicenties ontbreekt en een correctie op grond van het mededingingsrecht alleen in zeer bijzondere omstandigheden mogelijk is (en dan nog slechts *ex post*).

3.28 De verwerping van deze ‘theorie’ door het Hof ligt besloten in de hiervoor geciteerde rov. 35 van het arrest *British Horseracing Board/William Hill*:

“In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het recht sui generis biedt ...”

Het Hof voegt daar in één adem echter aan toe: *“op voorwaarde dat hij aantoonst dat de verkrijging van deze elementen een substantiële investering vergt (...)”*. Met andere woorden: geen enkele databank (in de zin van de Databankrichtlijn) is ten principale uitgesloten van bescherming op grond van het sui generis-recht, maar door de strikte uitleg van ‘verkrijging’ zal het resultaat hetzelfde zijn: *spin-off* databanken vallen buiten de bescherming. Het Hof kon zo een uitleg vermijden waarvoor de

⁵² Vgl. Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, derde druk 2005, p. 618, met literatuur- en rechtspraakverwijzingen. Zie voor andere argumenten voor en tegen de spin-off theorie E. Derclaye, Databases sui generis right: should we adopt the spin-off theory?, *EIPR* 2004/26(9), p. 407.

Databankrichtlijn geen aanknopingspunt biedt, maar binnen de kaders van die richtlijn een eigen uitleg geven met een vergelijkbaar resultaat.

- 3.29 In haar proefschrift heeft Beunen de volgende vraag naar de reikwijdte van deze arresten aan de orde gesteld:⁵³

“In its dictum at the end of all four decisions, the European Court of Justice established that ‘obtaining’ does not include costs for the creation of new materials, but only for the collecting of already existing materials. This, in our view, appears to be a general rule not restricted to spin-off databases but applicable to all sorts of databases. On the other hand, one could perhaps argue that such a general statement may not be derived from these decisions, given that they supposedly concerned spin-off databases, and that an a contrario reasoning excludes the application to other sorts of databases.”

Deze vraag is ook voor onze zaak relevant. Het gaat er in de kern om of genoemde Europese arresten, die betrekking hebben op databanken waarin gegevens uit één bron zijn opgeslagen welke zijn gegenereerd ten behoeve van een andere (primaire) activiteit, onverkort van toepassing zijn op databanken waarvan de inhoud is gebaseerd op wetenschappelijke gegevens die afkomstig zijn uit verschillende bron. Ik ga daar ook aan het slot van deze conclusie nog op in.

Het sui generis-recht; inbreukmakende handelingen

- 3.30 Het sui generis-recht geeft de maker van een databank het recht om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een substantieel deel van de inhoud te verbieden. In de arresten van 9 november 2004 heeft het Hof overwogen dat deze beide begrippen verwijzen naar elke toe-eigening of verspreiding onder het publiek van de gehele inhoud van een databank of een substantieel deel daarvan, zonder toestemming van de producent van de databank. De beide handelingen veronderstellen niet een directe toegang tot de betrokken databank.⁵⁴ De eis dat de opvraging betrekking heeft op een substantieel deel van de inhoud van een databank heeft het Hof in die zin uitgelegd dat daar niet reeds aan is voldaan wanneer opgevraagde data een substantiële economische waarde vertegenwoordigen.⁵⁵

⁵³ A. Beunen, Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom (diss. Leiden), 2007, p. 124.

⁵⁴ Zie o.a. HvJEG 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board/William Hill*, dictum punt 2.

⁵⁵ Ibidem, punt 78: “Er moet (...) aan worden herinnerd dat de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte gegevens geen relevant criterium vormt voor de beoordeling of het betrokken deel in kwalitatief opzicht een substantieel karakter heeft. Het feit dat de door William Hill opgevraagde en hergebruikte gegevens essentieel zijn voor de organisatie van de paardenrennen waarmee BHB e.a. zijn belast, is dus niet relevant voor de beoordeling of de handelingen van William Hill betrekking hebben op een substantieel deel van de inhoud van de databank van BHB”. Vgl. ook M.J. Davison & P.B. Hugenholtz, Football fixtures, horseraces and spin offs: the ECJ domesticates the database right, *EIPR* 2005/27(3), p. 116/117.

- 3.31 Latere rechtspraak bevestigt dat het Hof van de begrippen ‘opvraging’ en ‘hergebruik’ een ruime uitleg geeft. De zaak *Apis-Hristovich EOOD/Lakorda* betrof een inbreukactie van de exploitant van een elektronisch juridisch informatiesysteem wegens het opvragen en hergebruiken van substantiële delen van dat systeem door derden.⁵⁶ Volgens het Hof veronderstelt ‘opvragen’ het overbrengen, permanent of tijdelijk, van de inhoud van een databank of een deel daarvan op een andere drager. Het Hof overweegt verder (punt 46) dat “... *het doel van de overbrenging irrelevant voor de beoordeling of er sprake is van opvraging.*” Daarmee gaf het Hof van dit begrip een ruime uitleg.
- 3.32 Het begrip ‘hergebruik’ is laatstelijk verduidelijkt in de zaak *Immoweb/Wegener*. Het ging daar over de metazoekmachine die wordt aangeboden via www.gaspedaal.nl en voor de aanbieder van Autotrack.nl (Wegener) leidde tot een beweerdelijk verlies reclame-inkomsten. Op basis van economische overwegingen geeft het Hof (ook) van het begrip ‘hergebruik’ een ruime uitleg.⁵⁷

Nederlandse rechtspraak over de het sui generis-recht

- 3.33 Vanaf de parlementaire behandeling van de Databankenwet⁵⁸ tot en met de arresten van het Hof van Justitie van 9 november 2004 heeft de *spin-off* theorie het discours over de (wenselijk geachte) de omvang van het sui generis-recht in hoge mate beheerst.⁵⁹ In Nederland had deze ‘theorie’ veel aanhangers, wat niet verbaast gelet op de breed gedragen overtuiging dat (informatie-)monopolies onwenselijk zijn uit oogpunt van vrije handel en vrijheid van meningsuiting. In de prejudiciële zaken *British Horseracing Board/William Hill e.a.* intervenueerde de Nederlandse regering met een uitdrukkelijk pleidooi vóór de *spin-off* theorie.⁶⁰ In de Nederlandse doctrine was overigens hier en daar ook wel een afwijkend⁶¹ of neutraal geluid te bespeuren.⁶²

⁵⁶ HvJEG 5 maart 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD/Lakorda*, ECLI:EU:C:2009:132.

⁵⁷ HvJEU 19 december 2013, C-202/12, *Innoweb /Wegener*, ECLI:EU:C:2013:850.

⁵⁸ Zie Nota naar aanleiding van het Verslag, *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 108, nr. 6, p. 5, met daarin als voorbeeld een lijstje van Nederlandse restaurants met een Michelin-ster.

⁵⁹ Daarover onder andere: P.B. Hugenholtz, De *spin-off* theorie uitgesponnen, *AMI* 2002, p. 161. D.J.G. Visser, The Database right and the *spin-off* theory, in: Snijders en Weatherill (red.) *E-commerce Law*, Kluwer Law International 2003, p. 105-110; en, voor een meer internationaal overzicht, E. Derclaye, Databases sui generis right: should we adopt the *spin-off* theory? *EIPR* 2004, p. 402-412.

⁶⁰ Aldus J.L. Gaster, “Obtinere” of Data in the Eyes of the ECJ, *CRi* 5/2005, pp. 129-135/131 en A. Beunen, Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom (diss. Leiden), 2007, p. 113, voetnoot 36.

⁶¹ Vgl. A.A. Quaedvlieg, ‘Televisie in de muil van de databankbescherming? Tv-programmalijsten als beschermde gegevensverzamelingen’, *Ars Aequi* 2002/6, p. 403-411/407-408; H.M.H. Speyart, noot bij HR 22 maart 2002 (*NVM/Telegraaf*), *IER* 2002, p.150-154; en S.C. van Loon, Databankenrecht en mededinging, Den Haag: Sdu 2004 (ITeR series nr. 67, p. 84-85).

⁶² M.M.M. van Eechoud in haar noot bij Pres. Rb. Den Haag 12 september 2000 (*NVM/Telegraaf*; eerste aanleg), *Mediaforum* 2000/11-12, p. 398.

- 3.34 Toch had de *spin-off* theorie *avant la lettre* al een keer schipbreuk geleden bij het Hof Arnhem.⁶³ Dat was nog vóór de omzetting van de Databankrichtlijn. De lagere rechtspraak liet vervolgens een verdeeld beeld zien.⁶⁴ De eerste zaak die bij de Hoge Raad kwam was *NVM/Telegraaf*, over de zoekmachine El Cheapo die onder andere de website van de NVM (later Funda.nl) afgraasde. In die zaak had het Hof Den Haag de *spin off*-gedachte aanvaard. In cassatie heeft de Hoge Raad de *spin off*-theorie niet in zijn algemeenheid verworpen maar de toepassing ervan wel begrensd. Hij achtte die ‘theorie’ in de betrokken zaak (“*in dit verband*”) zonder betekenis, “*aangezien noch de Richtlijn noch art. 1, onder a, Databankenwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen.*”⁶⁵ De arresten van 9 november 2004 moesten op dat moment nog gewezen worden.
- 3.35 Uit de nationale rechtspraak na laatstgenoemde datum blijkt dat de *spin off*-theorie als zodanig niet meer werd toegepast, maar de geest ervan nog wel rondwaarde. Een geruchtmakende zaak, ook weer over huizenadvertenties, was het kort geding van makelaars en de NVM tegen Zoekallehuizen.nl (ZAH), de beheerder van een gelijknamige website die toegang geeft tot deeplinks naar concurrerende sites, waaronder Funda.nl. Het beroep van eisers op het sui generis-recht faalde. De voorzieningenrechter oordeelde dat aan de eis van substantiële investering niet was voldaan. Daarbij heeft hij overwogen dat het creëren van de elementen die op de website van NVM zijn vermeld, behoort tot de hoofdactiviteiten van een makelaar. De makelaars hebben naar zijn oordeel niet aannemelijk weten te maken dat zij daarnaast voor het invoeren van de verzamelde gegevens op de website, het systematisch ordenen ervan, en voor het controleren en actueel houden van deze gegevens substantiële investeringen hebben moeten doen.⁶⁶ In appel werd dit vonnis bekrachtigd.⁶⁷ Cassatieberoep bleef uit.
- 3.36 Ook de zaak *Openbareverkoop/Internetnotarissen* ging over huizenadvertenties, maar specifiek voor objecten die ter executoriale verkoop worden aangeboden.⁶⁸ De veilingadvertenties, afkomstig van notarissen, werden door Internetnotarissen BV op

⁶³ Hof Arnhem 15 april 1997, *Informatierecht/AMI* 1997/10, p. 214; *Computerrecht* 1997/6, p. 314 m.nt. H. Struik.

⁶⁴ Vgl. het rechtspraakoverzicht in A. Beunen, Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom (diss. Leiden), 2007, p. 112-114.

⁶⁵ HR 23 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, rov. 3.4.1, *NJ* 2003/149 m.nt. J.H. Spoor (*NVM/De Telegraaf*).

⁶⁶ Vzr. Rb. Arnhem 16 maart 2006 (*Makelaars en NVM/ Zoekallehuizen.nl*), *AMI* 2006, p. 93 m.nt. Chr. Alberdingk Thijm; *Mediaforum* 2006/4, p. 114 m.nt. T.W.F. Overdijk.

⁶⁷ Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089, *NJ* 2006/ 497; *IER* 2006/87, m.nt. H.M.H. Speyart; *Computerrecht* 2007/5; m.nt. O.M.B.J. Volgenant (*Makelaars en NVM/ Zoekallehuizen.nl*),

⁶⁸ Vzr. Rb. Almelo 11 februari 2008, *IER* 2008/4, p. 243 m.nt. F.W. Grosheide.

www.veilingnotaris.nl aangeboden. Openbareverkoppen BV kopieerde een deel van die advertenties en zette ze op haar eigen website. Het hof Arnhem oordeelt dat wat Internetnotarissen BV betreft is voldaan aan de eis van substantiële investering, omdat zij de kosten voor controle en presentatie van de website draagt en (anders dan het geval is voor de notarissen zelf) haar kernactiviteit het exploiteren van genoemde website is. Verder oordeelt het hof Arnhem dat de overname van de gegevens door Openbareverkoppen BV in zowel kwantitatief als kwalitatief opzicht een substantieel deel vormen van de inhoud van de databank van Internetnotarissen.⁶⁹

- 3.37 Tot slot wijs ik op het arrest van het Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) in de zaak *Ryanair/PR Aviation*.⁷⁰ Het beroep van Ryanair op het databankenrecht werd afgewezen omdat niet was gebleken van een substantiële investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank.⁷¹

“4.13 Naar het oordeel van het hof heeft Ryanair met het bovenstaande ook in hoger beroep onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat sprake is van een substantiële investering in (specifiek) het verkrijgen en in een databank opnemen van bestaande gegevens, het controleren van de verzamelde en opgenomen gegevens en/of het presenteren van de inhoud van een databank. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat Ryanair een luchtvaartmaatschappij is, die haar eigen vluchtgegevens genereert en voor haar bedrijfsvoering gebruikt. De kosten die verband houden met het creëren en bijhouden van deze vluchtgegevens (voor de samenstelling en uitvoering van het vluchtschema van Ryanair) kunnen niet als investering in een databank worden meegeteld. Verder wordt de verzameling van vluchtgegevens via de Ryanair website voor het publiek opengesteld en toegankelijk gemaakt, om de diensten van Ryanair bij potentiële klanten onder de aandacht te brengen en het online boeken van vluchten bij Ryanair mogelijk te maken. De website met de daaraan gekoppelde verzameling vluchtgegevens vormt aldus het (voornaamste) verkoopkanaal van Ryanair. Zoals PR Aviation terecht opmerkt, betreffen de door Ryanair genoemde investeringen daarmee in feite de volledige operationele kosten van (het grootste deel van) haar verkoopinfrastructuur. Naar het oordeel van het hof kunnen die kosten niet - in elk geval niet volledig en zonder meer - als investeringen in de gegevensverzameling als zodanig worden beschouwd. Op grond van de door Ryanair gestelde feiten kan dan ook niet worden geconcludeerd dat de onderhavige gegevensverzameling getuigt van een substantiële investering in vorenbedoelde zin. Aan Ryanair komt daarom geen bescherming op grond van de Databankenwet voor deze gegevensverzameling toe.”

- 3.38 In de meeste zaken hing de databank in kwestie direct samen met de primaire of kernactiviteit van de aanbieder en werd ook voor die activiteit gebruikt.

⁶⁹ Hof Arnhem 24 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1062, *Computerrecht* 2008/138 m.nt. O.M.B.J. Volgenant, p. 233-234 en *AMI* 2009/1, p. 31-33, m.nt. A. Beunen (*Openbareverkoppen/Internetnotarissen*). De weinige andere zaken waarin de drempel van substantiële investering werd gehaald zijn voor onze zaak minder relevant. Vgl. Hof Amsterdam 20 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0561 (*Stichting Boek9/DeLex*) en Rb. Den Haag 12 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8312, rov. 4.31-4.37 (*Euronext/TOM en BinckBank*).

⁷⁰ Hof Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0096 (*PR Aviation/Ryanair*).

⁷¹ Ryanair is in cassatie niet opgekomen tegen deze beslissing over het databankenrecht. Zie HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, *NJ* 2015/304 m. nt. P.B. Hugenholtz (*Ryanair/PR Aviation*).

Tussenbalans

- 3.39 Alles overziende lijkt de Databankrichtlijn niet helemaal te hebben gebracht wat de Europese wetgever heeft beoogd, te weten een betere bescherming van (investerings in) databanken.
- 3.40 Als gevolg van het zeer ruime (Europese) begrip ‘databank’, waar tevens niet-elektronische gegevensverzamelingen onder vallen, zijn ook betrekkelijk triviale gegevensverzamelingen als wedstrijdschema’s en omroepgegevens binnen de werkingssfeer van deze richtlijn gekomen. Vervolgens blijkt echter de drempel voor bescherming hoog te liggen. De auteursrechtelijke bescherming is door het originaliteitsvereiste ingeperkt, nu daar noch naar boven noch naar beneden van kan worden afgeweken. Het sui generis-recht, dat is ingevoerd ter compensatie van dit verlies aan bescherming, wordt ook restrictief uitgelegd door de hoge eisen die het Hof stelt aan ‘verkrijging van de inhoud’. De samensteller van een databank moet substantieel hebben geïnvesteerd in de databank als zodanig. Daarbij moeten de kosten voor de datacreatie buiten beschouwing worden gelaten. Vervolgens geeft het Hof dan weer een ruime uitleg van de inbreukmakende handelingen opvraging (feitelijk: verveelvoudiging) en hergebruik (feitelijk: openbaarmaking).
- 3.41 Komt een databankexploitant niet over de hobbel van ‘substantiële investering’ heen, dan kan hij zich dus niet op het sui generis-recht beroepen. Gevolg: hij zal terug moeten vallen op het nationale commune recht, zoals het contractenrecht of een verbodsactie op grond van onrechtmatige daad (dan wel oneerlijke mededinging als *species* daarvan). De Databankrichtlijn staat daar niet aan in weg, zoals het Hof - niet verrassend - oordeelde in *Ryanair/PR Aviation*.⁷² Zoals hoger opgemerkt onder 3.6, is het sui generis-recht echter onder andere ingevoerd omdat nationale regels inzake oneerlijke mededinging volgens de Europese wetgever investeringen in databanken een onvoldoende, althans een te onzekere, bescherming boden tegen ontlening.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

- 4.1 Ik keer terug naar de zaak. Daarin staat niet ter discussie dat de normtabellen in de handleidingen van Pearson een doorzoekbare verzameling van gegevens zijn, die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen toegankelijk zijn.⁷³ Verschil van inzicht bestaat over de vraag of is voldaan aan het

⁷² HvJEU 15 januari 2015, C-30/14, *Ryanair/PR Aviation*, ECLI:EU:C:2015:10.

⁷³ Vgl. rov. 3.6.1 van het bestreden arrest.

vereiste van een substantiële investering (en dus of sprake is van een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Databankenwet). Het partijdebat spitst zich toe op de vraag welke handelingen c.q. werkzaamheden meetellen voor de beoordeling of sprake is van een substantiële investering in de verkrijging (dan wel de controle of de presentatie) van de inhoud van de (beweerdelijke) databank.

- 4.2 In het middel is niet de - bij uitstek feitelijke - vervolgvraag aan de orde of de door Pearson geïnvesteerde bedragen, voor zover die in aanmerking worden genomen, als 'substantieel' zijn te kwalificeren. Indien in cassatie de afbakeningsdiscussie in het voordeel van Pearson zou worden beslecht, zal het verwijzingshof opnieuw moeten beoordelen of die investeringen in de verkrijging, controle of presentatie van de normtabellen in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel zijn.
- 4.3 Pearson stelt dat het hof het begrip 'creëren' te breed heeft uitgelegd. Meer in het bijzonder zou het hof de door het Hof van Justitie geformuleerde uitsluiting van de kosten voor datacreatie ook op bestaande gegevens hebben betrokken, door kosten die betrekking hebben op het creëren van inhoudelijke waarde van bestaande gegevens aan te merken als investeringen in het creëren van gegevens (onderdeel 1). Daarnaast stelt Pearson dat het hof van een te beperkte uitleg van het begrip 'zelfstandig element' is uitgegaan. Zij leest in het bestreden arrest dat volgens het hof alleen een combinatie van elementen een dergelijk zelfstandig element kan scheppen (onderdeel 2). Tegen de achtergrond van de voorgaande stellingen meent Pearson tot slot dat het hof ten onrechte in de beoordeling heeft laten meewegen dat zij de databanken tot stand heeft gebracht in het kader van een andere hoofdactiviteit. Aldus zou het hof toepassing hebben gegeven aan de *spin-off* theorie (onderdeel 3).
- 4.4 Tot slot van deze inleiding wijs ik erop dat het debat in cassatie om een aantal redenen gecompliceerder is dan wellicht nodig was geweest. De eerste reden is dat het hof niet steeds een consistente terminologie heeft gehanteerd.⁷⁴ De vraag is echter of dat gevolgen heeft voor de door het hof gegeven beoordeling. De tweede reden is dat het hof een aan het sui generis-recht en de 'investeringstoets' vreemd element in haar overwegingen heeft betrokken, namelijk of de normgegevens voldoende informatieve waarde hebben.⁷⁵ Tot slot gaat Pearson in haar schriftelijke toelichting op onderdeel 1 uit van een iets andere klacht dan in de cassatiedagvaarding is opgenomen, namelijk dat het hof alle investeringen die niet betrekking hebben op het opnemen en de presentatie, als investeringen in het *creëren* heeft beschouwd.⁷⁶

⁷⁴ Pearson legt daar vooral in de schriftelijke repliek de vinger op. Tegenover het creëren van nieuwe data stelt het hof het 'ontsluiten' van bestaande gegevens, wat niet een databankrechtelijke term is. Verder lijkt het hof de termen 'opnemen' en 'toegankelijk maken', die samen de 'ontsluiting' vormen, als synoniem te gebruiken.

⁷⁵ Zie rov. 3.6.1, 4^e alinea, laatste zin.

⁷⁶ Vgl. de cassatiedagvaarding onder 9-14.

Onderdeel 1: grens tussen creëren van gegevens en verkrijging van de inhoud

- 4.5 Onderdeel 1 klaagt erover dat het hof het begrip ‘creëren’ (van gegevens) te ruim heeft uitgelegd.
- 4.6 Onder I(a) klaagt Pearson dat het hof blijkens de voorlaatste zin van rov. 3.6.1 alle investeringen in de verkrijging van gegevens buiten beschouwing heeft gelaten die voorafgaan aan de fase van het ‘ontsluiten’ van die gegevens, met het argument dat investeringen in de verkrijging van dergelijke - bestaande - informatieve elementen betrekking zouden hebben op het creëren van deze gegevens zelf, dan wel het creëren van hun inhoudelijke waarde. Daardoor neemt het hof volgens Pearson ten onrechte aan dat het creëren van gegevens ook bestaande gegevens kan omvatten, terwijl de begrippen ‘gecreëerde’ en ‘bestaande’ gegevens elkaar uitsluiten. Zij klaagt verder dat genoemd oordeel van het hof zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is in het licht van de door haar in feitelijke aanleg betrokken stellingen.⁷⁷
- 4.7 Uit rov. 3.6.1 volgt dat het hof aansluiting heeft gezocht bij rov. 5.5 van het tussenvonnis van de rechtbank van 30 november 2011, waarin de rechtbank - in overeenstemming met de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie - een onderscheid heeft gemaakt tussen investeringen die zijn gedaan om de gegevens die in de databanken zijn opgenomen te creëren en investeringen die zijn gedaan om bestaande gegevens te verkrijgen en in de databank op te nemen. Alleen laatstgenoemde investeringen vallen in dit geval onder het begrip ‘investeringen in de verkrijging’ in de zin van de Databankrichtlijn en de Databankenwet. Het hof heeft niet geoordeeld dat ‘het creëren van gegevens ook bestaande gegevens kan omvatten’ en mist daarom feitelijke grondslag.
- 4.8 Aan Pearson kan worden toegegeven dat de overweging in rov. 3.6.1., 4^o alinea, laatste zin dat “[d]aarom (...) (uitsluitend) de kosten die zien op het ontsluiten van dergelijke reeds bestaande, zelfstandige informatieve elementen - en met name niet de kosten die betrekking hebben op het creëren (van de inhoudelijke waarde) daarvan - relevant [zijn] voor de vraag of sprake is van een substantiële investering in databankenrechtelijke zin” vragen oproept. Om te beginnen is ‘ontsluiten’ geen databankenrechtelijk begrip. Uit de context van de overweging - in het bijzonder de

⁷⁷ Pearson verwijst naar haar memorie van grieven onder 12, 25, 29, 32, 37-38 en grief XIX aanhef en onder 114 en 119, waar zij heeft aangevoerd dat de normgegevens, indien bewerkt, geen nieuw gecreëerde gegevens vormen ten aanzien van de ruwe data, maar slechts een gecomprimeerde en overzichtelijke representatie van die ruwe data vormen ten behoeve van de betere hanteerbaarheid en de toepasbaarheid van de test in de databank.

eerdere duiding van waar het debat zich op toespitst - kan worden opgemaakt dat het hof hier vermoedelijk het oog heeft op de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank.⁷⁸ Voorts is niet onmiddellijk duidelijk waarop de tussenzin - “*en met name (...) daarvan*” - betrekking heeft. Ik meen deze passage in 3.6.1. zo te moeten begrijpen dat de kosten van het creëren van elementen en het creëren van ‘inhoudelijke waarde’ van elementen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een substantiële investering buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het begrip ‘inhoudelijke waarde’ is bij die lezing synoniem aan ‘informatieve waarde’.

- 4.9 Het middelonderdeel kan met een zekere welwillendheid ook zó worden gelezen dat Pearson het hof verwijt ervan te zijn uitgegaan dat het toevoegen van informatieve waarde aan ruwe data gelijk gesteld moet worden met het creëren van nieuwe gegevens, terwijl het daarbij volgens Pearson gaat om het bewerken van bestaande gegevens tot (in dit geval) de normgegevens.⁷⁹ Toch denk ik dat het hof de hiervoor genoemde Europese rechtspraak correct heeft toegepast. Het traject van ruwe data naar normgegevens levert gegevens op (hier: de normgegevens) die geschikt zijn om te worden opgenomen in een databank (hier: de normtabellen), zoals opgenomen in de handleiding. Het gaat met andere woorden om het prepareren van de input voor de databank. In de dichotomie die het Hof van Justitie hanteert, gaat het om handelingen die vallen in het vakje datacreatie. Ook het combineren van gegevens gaat vooraf aan het aanleggen van de databank als zodanig. Alle werkzaamheden die daarna worden verricht, vallen in beginsel wél onder de verkrijging en/of de presentatie van de inhoud: het opnemen en rangschikken van de gereed gemaakte gegevens in een structuur en het toegankelijk maken van die structuur voor derden.
- 4.10 Aldus bezien geeft het oordeel van het hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In de hiervoor besproken arresten van 9 november 2004 wordt overwogen dat het begrip ‘investering in de verkrijging van de inhoud’ in die zin moet worden opgevat dat het duidt op de middelen die worden aangewend om bestaande elementen te verkrijgen en in deze databank te verzamelen, met uitsluiting van de middelen die worden aangewend voor het creëren van die elementen. Zoals hoger aangegeven (zie voetnoot 39), wordt in het arrest *Fixtures Marketing/OPAP* gesproken van uitsluiting van middelen die worden aangewend voor het creëren van ‘bestaande zelfstandige elementen’. Het komt mij voor dat het hof in de bestreden overweging precies dat tot

⁷⁸ Bär Software meent dat het hof hier het oog heeft op enkel de *presentatie* van de inhoud van de databank, zo volgt uit haar schriftelijke toelichting onder 50. Zij verwijst naar de conclusie van A-G Stix-Hackl voor het arrest in C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, punt 78, die in dit verband spreekt van ontsluiting. Bär Software citeert verder Hugenholtz, *De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar*, *Computerrecht* 1996/4, p. 131-138/135: “*Bij presentatie denke men aan de inspanningen gemoeid met de ontsluiting en communicatie van de verzamelde gegevens, zoals digitalisering van analoge bestanden.*”

⁷⁹ Vgl. ook cassatiedagvaarding voetnoot 7.

uitdrukking heeft willen brengen. Zo wordt ook voorkomen dat de kosten verbonden aan het van nul af creëren van gegevens (nieuwe gegevens in de letterlijke zin) niet relevant zouden zijn, maar kosten die zijn gemaakt voor het bewerken van ruwe data (bestaande gegevens) tot elementen met informatieve waarde wel. Daardoor zou een willekeurige verschil in behandeling ontstaan.

- 4.11 Met de motiveringsklacht aan het slot van het subonderdeel ziet Pearson eraan voorbij dat de bestreden overweging een rechtsoordeel inhoudt.
- 4.12 De klacht onder I(b) herhaalt in essentie subonderdeel 1(a): opnieuw wordt betoogd dat het onjuist is het creëren van de inhoudelijke/informatieve waarde van bestaande gegevens gelijk te stellen met het creëren van gegevens en uit te sluiten van de investeringen die meetellen. Ik verwijs naar wat ik zojuist heb opgemerkt in 4.10. Dat in de arresten van 9 november 2004 de uitsluiting naar de letter beperkt is tot nieuw gecreëerde elementen kan worden verklaard doordat de in die zaken aan de orde zijn databanken bestonden uit nieuwe gegevens. Het komt mij logisch voor dat investeringen om bestaande gegevens geschikt te maken voor plaatsing in een databank net zo worden behandeld als investeringen in de creatie van nieuwe gegevens. Op die manier worden arbitraire verschillen in behandeling voorkomen.
- 4.13 Dat het hof niet heeft beoogd dat daarmee investeringen in het plaatsen van gegevens in een databank (het systematisch of methodisch ordenen van gegevens) *ipso facto* uitgesloten zijn, zoals Pearson veronderstelt (zie slot van dit middelonderdeel), volgt reeds daaruit dat het hof eerder in de bestreden overweging voorop heeft gesteld dat de kosten die zien op het opnemen en de presentatie in de databank, wél relevant zijn voor de vraag of substantieel is geïnvesteerd.
- 4.14 De klacht onder I(c) vormt een variatie op hetzelfde thema als de vorige klachten. Pearson klaagt erover dat het hof in rov. 3.6.1 en 3.6.2 ten onrechte het combineren van drie elementen (aangeduid als range, schaal, categorie) heeft aangemerkt als het creëren van de inhoudelijke waarde van elementen en investeringen in deze combinatie van elementen niet in aanmerking heeft genomen als investeringen in de verkrijging van de inhoud van de databank. Volgens Pearson vormt “[h]et combineren in een tabel van verschillende bestaande elementen tot één eveneens bestaand informatief element (...) derhalve het tegendeel van het – niet op het verkrijgen van een databank gerichte – creëren van gegevens” en betreffen de gecombineerde gegevens bestaande gegevens.
- 4.15 De klacht faalt. In de aangevochten overwegingen ligt het oordeel besloten dat de betrokken gegevens geen informatieve waarde hebben voordat de drie elementen range, schaal en categorie worden gecombineerd. Pearson onderkent in het onderdeel

dat als door middel van het combineren van gegevens een voordien niet bestaand element wordt gecreëerd, uitsluiting van de daarmee gepaard gaande investeringen gerechtvaardigd is. Dat is volgens het hof hier kennelijk het geval. Eerst door de combinatie van de drie voornoemde elementen ontstaat het in de databank op te nemen zelfstandig element. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Als losse gegevens zonder informatieve waarde worden samengevoegd tot een zelfstandig element vormt het aanbrenge van die combinatie onderdeel van het creëren van gegevens; deze activiteit vindt plaats bij het vaststellen van de normgegevens die vervolgens in de normtabellen worden opgenomen. De daarop volgende plaatsing van gegevens in een databank (de systematische en methodische ordening in de normtabellen) telt wél mee voor de vraag of sprake is van een substantiële investering in de verkrijging van de databank.

Bär Software wil de grens tussen niet-relevante en relevante investeringen verder verleggen naar de stappen na de totstandkoming van de normgegevens: *“Pas in de tabel worden deze elementen samengebracht en pas als alle elementen samen in de tabel staan, heeft het geheel enige informatieve waarde.”*⁸⁰ Dit lijkt een onjuiste weergave van de feitelijke gang van zaken. De drie meergenoemde elementen worden bij de vaststelling van de normgegevens gecombineerd; de plaatsing in de normtabel is slechts het fysieke vervolg daarop en geen onderdeel meer van de normvaststelling zelf. Dat volgt m.i. ook hieruit dat, zoals Pearson in feitelijke instanties heeft gesteld,⁸¹ de normgegevens op verschillende manieren kunnen worden gepresenteerd, zoals bijvoorbeeld in een grafiek of schema, in plaats van in een normtabel.

4.16 Aan het slot van dit subonderdeel stelt Pearson dat de ‘gecombineerde’ gegevens:

“ (...) refereren (...) aan werkelijkheden die - ook als het statistische werkelijkheden of gemiddelden zijn - op geen enkele wijze door Pearson gegenereerd zijn maar teruggaan op (impliciet) bestaande gegevens. Zij geven immers de (bestaande) waarden weer van metingen verricht in de ‘combinatie’ van omstandigheden die de tabel weergeeft. Zij ‘genereren’ dus geen nieuwe elementen van psychisch gedrag in de werkelijkheid, maar vertalen gegevens, waarden en categorieën uit de bestaande werkelijkheid.”

Zie ik het goed, dan stelt Pearson hier - kort gezegd - dat de normgegevens niet worden gecreëerd maar door haar slechts worden verzameld. Daarbij heeft zij het oog op de verkregen ruwe data. De vergelijking zou dan moeten worden gemaakt met de hiervoor onder 3.22 genoemde meteorologische, astronomische, medische en biologische gegevens. Ook de schriftelijke toelichting op subonderdeel I(a) staat gedeeltelijk in deze sleutel, en sluit daarmee overigens niet aan op de klacht die op die plaats in de cassatiedagvaarding is geformuleerd (zie hiervoor onder 4.4).

⁸⁰ Schriftelijke dupliek onder 5.

⁸¹ Memorie van grieven onder 38. Pearson heeft ook bestreden (memorie van grieven onder 78) *“dat de categorisering van de verschillende elementen van een normtabel, zoals zowel de normgroepen, als ook de sub-schalen, de ranges van de normscores en de uitslagcategorieën, pas plaatsvindt als de gegevens (de ruwe antwoordssets (...)) zijn verzameld en worden geanalyseerd, of nog later pas als er moet worden gescoord.”*

Anders dan Pearson stelt, betreffen ruwe data geen bestaande objectieve of absolute gegevens die door haar worden 'verzameld'. Bovendien zijn het niet de ruwe data die in de normtabellen worden opgenomen. Uit de door Pearson omschreven werkwijze volgt dat de met concepttesten verkregen ruwe data statistisch worden bewerkt en dat niet alle data in de tabellen terugkomen, zoals ook in rov. 5.8 van het eerste tussenvonnissen door de rechtbank is overwogen.⁸² Begrijpelijkerwijs heeft het hof Pearson niet gevolgd in de op genoemde overweging gerichte grief met de strekking dat na bewerking geen sprake is van nieuw gecreëerde gegevens ten opzichte van de ruwe data. Uit de vindplaatsen waarnaar zij in dit verband verwijst, volgt dat de vaststelling van de rechtbank juist is en dat tussentijdse persoonlijke keuzes van de testateur van invloed zijn op de uiteindelijke normgegevens.⁸³

- 4.17 Het betoog van Pearson komt mij overigens enigszins tegenstrijdig voor. Op deze plaats stelt zij dat ook gecombineerde gegevens bestaande gegevens zijn, ondanks alle bewerkingen die plaatsvinden in het traject van ruwe data tot normgegevens. Anderzijds benadrukt Pearson dat al die bewerkingen - uitmondend in de vaststelling van de normgegevens - veelomvattend en kostbaar zijn, wat er eerder op wijst dat er wél nieuwe gegevens worden gecreëerd. Pearson trekt in beide benaderingen echter dezelfde conclusie: alle investeringen die leiden tot de totstandbrenging van de normgegevens moeten meetellen voor de vraag of 'substantiële investeringen' zijn gedaan. In de eerste benadering omdat het zou gaan om bestaande gegevens het Hof van Justitie alleen de kosten voor de creatie van nieuwe gegevens zou hebben uitgesloten. In de tweede benadering is dat het geval omdat met alle bewerkingslagen Pearson het soort van inspanningen verricht die de Databankrichtlijn volgens haar nu juist beoogt te beschermen.
- 4.18 De klachten onder I(d) zijn gericht tegen rov. 3.6.2. Daarin oordeelt het hof dat de werkzaamheden die Pearson in haar uiteenzetting over de vier fases van de totstandkoming van de normtabellen met normgegevens en de daarmee gepaard gaande kosten heeft beschreven, met name betrekking hebben op het ontwikkelen en

⁸² Zie het proces-verbaal van comparitie gehouden op 6 september 2011 op pagina 2, waar namens Pearson wordt opgemerkt: "De door Pearson verkregen ruwe data zijn niet in dezelfde vorm in de databank geplaatst. Niet alle ruwe data komen hierin terug en bovendien vindt er een bewerking plaats", en de pleitnota van die datum onder 33: "Ook huurt Pearson statistici in om te helpen bij de controle en bewerking van de data."

⁸³ Zie bijv. de memorie van grieven onder 18 en 25 ("Zo worden er (...) uit de ruwe antwoordensets van respondenten uit de steekproef, die na controle, opschoning, categorisering en versimpeld worden weergegeven in het analysebestand, vervolgens ten behoeve van selectie en rangschikking van die gegevens in de normtabel (...) persoonlijke keuzes gemaakt door de testateur. (...) En zelfs als keuzes op basis van statistische analyse worden gemaakt, heeft de auteur een keuze in toe te passen analysetechniek, als gevolg waarvan de gegevens op een andere manier in normtabellen in kaart kunnen worden gebracht"). Voorts merkt Pearson in haar memorie van grieven onder 75 onder verwijzing naar het door haar eerder omschreven werkproces op dat "alle verschillende elementen (...) van de test onlosmakelijk met elkaar in verbinding staan en gedurende de verschillende stappen van het ontwikkelingstraject steeds ten opzichte van elkaar worden aangepast, bijgeschaafd, gecontroleerd en opnieuw aangepast", terwijl onder 78 het subjectieve karakter van de statistische bewerking wordt onderstreept waar zij stelt dat "zelfs deze 'statistische' validatie (...) op aanname en hypothesen [is] gebaseerd en dus een heel andere dan de puur cijfermatige statistiek in de scheidkunde en biologie [is]."

controleren van de inhoudelijke waarde en deugdelijkheid van het toetsingsmateriaal - naar ik begrijp, bedoelt het hof hier de normgegevens - dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven en niet op de wijze van 'ontsluiting' van dit materiaal. Dat met dit laatste substantiële investeringen gepaard zijn gegaan ligt volgens het hof ook niet voor de hand nu het om relatief eenvoudige, in een handleiding afgedrukte tabellen gaat waarin cijfers worden weergegeven.

- 4.19 In dit subonderdeel bestrijdt Pearson niet dat de werkzaamheden met name op het ontwikkelen en controleren van de inhoudelijke waarde en deugdelijkheid van het toetsingsmateriaal zien. Zij stelt slechts dat het hof, door deze werkzaamheden buiten beschouwing te laten, ten onrechte niet de investeringen in de op de bruikbaarheid van de databank - de normtabel - gerichte bewerking van gegevens heeft laten meewegen. Zij klaagt verder dat het hof heeft miskend dat de omstandigheid dat bestaande gegevens worden bewerkt, niet meebrengt dat de vrucht daarvan niet langer een bestaand gegeven, maar een gecreëerd gegeven is.⁸⁴
- 4.20 Ook dit subonderdeel faalt. Uiteraard is een normtabel zonder normgegevens onbruikbaar. Daarmee komen werkzaamheden die zijn gericht op de ontwikkeling van die gegevens de bruikbaarheid van de normtabel steeds ten goede. Dat neemt niet weg dat die werkzaamheden de ontwikkeling van de normgegevens betreffen. Op de vraag of sprake is van verzamelde bestaande gegevens of van gecreëerde gegevens is hiervoor al ingegaan. De statistische bewerking en selectie van de ruwe data leidt tot nieuwe gegevens en eerst door de combinatie van range, schaal en categorie wordt het in de normtabel op te nemen zelfstandige element gecreëerd. Het hof heeft bij de beoordeling of sprake is geweest van een substantiële investering dan ook terecht geen rekening gehouden met de investeringen die zijn gedaan in de totstandkoming van de normgegevens en in de controle in de fase waarin de normgegevens worden gecreëerd. Het bestreden oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Het was wellicht eleganter geweest als het hof inzichtelijk had gemaakt wat het door Pearson omschreven werkproces in zijn lezing inhield en waar het omslagpunt tussen het creëren van gegevens en de verkrijging, controle en presentatie van de inhoud van de databank ligt. Bij lezing van de inleiding op de grieven, met name onder 17 tot en met 44 en de grieven XVIII tot en met XXI, waarnaar het hof verwijst, is volgens mij voldoende duidelijk dat inderdaad slechts een beperkt deel van de werkzaamheden op dit laatste betrekking hebben. Pearson onderscheidt vier fases van de totstandkoming van de normtabellen met normgegevens. In fase 3 is nog sprake van normcreatie, zo volgt uit de memorie van grieven onder 37 - antwoordensets worden 'omgebogen tot hanteerbare, praktische normen' - en de omschrijving van de werkzaamheden - 'normen genereren' - in productie 105 bij de memorie van grieven. Eerst de

⁸⁴ Pearson verwijst naar haar memorie van grieven onder 25, 29, 37-38 en - kort gezegd - haar grieven met betrekking tot het databankenrecht met de toelichting daarop onder 109-120.

daaropvolgende werkzaamheden hebben betrekking op, zoals het hof overweegt, de ontsluiting van dit materiaal. De daarmee gepaard gaande investeringen lijken beperkt van omvang,⁸⁵ maar of dat ook werkelijk zo is betreft een feitelijk oordeel.

- 4.21 De klacht aan het slot van subonderdeel I(d), dat bij gegrondbevinding van het middelonderdeel ook het oordeel niet in stand kan blijven dat het niet voor de hand ligt dat met de ontsluiting van het materiaal substantiële investeringen gepaard zijn gegaan (nu het gaat om relatief eenvoudige, in een handleiding afgedrukte tabellen waarin cijfers worden weergegeven), mist zelfstandige betekenis en faalt eveneens.

Onderdeel II: het begrip 'zelfstandige (informatieve) elementen'

- 4.22 Onderdeel II betreft de uitleg van het begrip 'zelfstandige elementen'. Het onderdeel wordt in twee subonderdelen uitgewerkt. Ik stel vast dat Pearson de meergenoemde normgegevens nu aanduidt als 'ruwe data'.⁸⁶
- 4.23 Voorafgaand aan de bespreking van de subonderdelen maak ik een algemene opmerking. De term 'zelfstandige elementen' is onderdeel van de definitie van 'databank'. Er is rechtspraak over de vraag hoe moet worden beoordeeld of een element dat uit een verzameling is gelicht, nog "*zelfstandige informatieve waarde*" heeft (en voor wie); zie het in hiervoor onder 3.15 genoemde arrest *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*.⁸⁷ Of een element kan worden gekwalificeerd als 'zelfstandig element' wordt getoetst door te beoordelen of het element na afscheiding van de databank informatieve waarde kan hebben voor een willekeurige derde. De voorwaarde dat een element 'zelfstandige informatieve waarde' heeft, is als zodanig echter niet relevant voor de investeringsdiscussie. Echter, omdat een databank blijkens de definitie daarvan moet bestaan uit *zelfstandige elementen*, dienen de relevante investeringen per definitie betrekking te hebben op de verkrijging (of de controle dan wel de presentatie) van zelfstandige elementen.⁸⁸ Wanneer beoordeeld moet worden of de samensteller van een databank in de inhoud daarvan substantieel heeft geïnvesteerd, mag derhalve worden aangenomen dat die inhoud bestaat uit 'zelfstandige elementen'. Aan de zelfstandigheid van een element is inherent dat het informatieve waarde heeft. Gelet op dit alles is niet onjuist (maar mogelijk wel

⁸⁵ In haar memorie van grieven onder 44 stelt Pearson dat met de werkzaamheden in fase 4 een investering van € 170.000,- gepaard gaat. Dat is in de memorie van antwoord onder 62 door Bär c.s. bestreden. Een optelsom van de kosten verbonden aan de door Pearson in productie 106 opgesomde werkzaamheden in deze fase komt uit op € 25.352,50. In haar pleitaantekeningen ten behoeve van het pleidooi van 2 juli 2015 onder 11 wordt dit door Pearson erkend.

⁸⁶ Schriftelijke toelichting Pearson onder 37.

⁸⁷ HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, m.nt. M.M.M. van Eechoud in *AMI* 2016/2, p. 25-30.

⁸⁸ HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 40 (zie ook voetnoot 39).

verwarrend)⁸⁹ dat het hof in rov. 3.6.1, vierde alinea, laatste zin verwijst naar “*zelfstandige informatieve elementen*” en in rov. 3.6.2 naar “*bestaande zelfstandig informatieve gegevens*”. De gekozen formulering heeft er echter niet toe geleid dat voor Pearson de lat om te voldoen aan de eis van substantiële investering hoger is komen te liggen.

- 4.24 Onder II(a) klaagt Pearson dat het hof informatieve waarde toekent aan de combinatie van drie elementen (range, schaal en categorie) en daarmee aan de ruwe data zelfstandige informatieve waarde ontzegt. Verder heeft het hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door bij de beoordeling van de informatieve waarde van de in de verzameling opgenomen gegevens uit te gaan van de informatieve waarde die deze gegevens hebben voor de typische gebruiker daarvan - de gebruiker van de psychologische tests.⁹⁰ Maatgevend is de informatieve waarde van de gegevens voor welke derde dan ook die daarvoor belangstelling toont.⁹¹ Uit de omstandigheid dat ruwe data voor de gebruiker van de psychologische tests geen zelfstandige informatieve waarde heeft, volgt niet dat deze gegevens niet een dergelijke waarde hebben. Pearson wijst erop dat de ruwe data zelfstandige informatieve waarde heeft voor haar en voor welke derde dan ook die psychologische tests zou willen maken.
- 4.25 De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof is bij de beoordeling van de informatieve waarde van de in de verzameling opgenomen gegevens niet uitgegaan van de informatieve waarde voor de typische gebruiker. Pearson grondt haar klacht daarop dat het hof in rov. 3.6.2 spreekt van “*toetsingsmateriaal dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven*”. Bär Software wijst er in de schriftelijke toelichting onder 68 terecht op dat deze zinsnede niet ondersteunend is ten aanzien van enig oordeel van het hof en zeker niet het oordeel in rov. 3.6.1 dat het slechts de combinatie van de elementen, range, schaal en categorie is die de informatie verschaft. Waar Pearson stelt dat de ruwe data zelfstandige informatieve waarde heeft voor haar en voor welke derde dan ook die psychologische tests zou willen maken, miskent zij dat de ruwe data niet in de normtabellen zijn opgenomen.
- 4.26 Onder II(b) stelt Pearson dat de getallen van de meetgegevens als zodanig en zelfstandig in de gegevensverzameling van de normtabellen figureren. Zij hebben

⁸⁹ Zie ook hiervoor onder 4.4.

⁹⁰ Dat het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, zou volgen uit de overweging dat “*de vereiste informatieve waarde niet louter aan het in een tabel opgenomen getal kan worden ontleend, maar dat het de combinatie van drie elementen is (aangeduid als range, schaal, categorie) die informatie verschaft*” en de overweging dat het hof uitgaat van het “*toetsingsmateriaal dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven.*”

⁹¹ Vgl. HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, punt 27 en HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 34.

zelfstandige informatieve waarde en vormen derhalve zelfstandige elementen in de zin van de Databankenwet.⁹² Volgens haar is het rechtens onjuist om deze elementen van de verzameling weg te redeneren als niet zelfstandige elementen met een beroep op de afwezigheid van de informatieve waarde die deze elementen buiten het verband van de verzameling zouden hebben. Pearson stelt in dat verband nog dat een zelfstandige informatieve waarde aan betrouwbare ruwe data eigen is.

- 4.27 Ook deze klacht slaagt niet. Zoals hoger gezegd is een element een zelfstandig element als het zelfstandige informatieve waarde behoudt nadat het uit de betreffende verzameling is gelicht.⁹³ Een vermindering van de informatieve waarde brengt niet noodzakelijk mee dat het element niet langer onder het begrip ‘zelfstandig element’ valt.⁹⁴ Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat een zelfstandige element niet alleen kan bestaan in een op zichzelf staand gegeven, maar ook in een combinatie van gegevens.⁹⁵ Waar het hof heeft aangenomen dat het een op zichzelf staand gegeven aan informatieve waarde kan ontbreken en dat een combinatie van gegevens zelfstandige informatieve waarde kan hebben, geeft het bestreden oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
- 4.28 Het feitelijk oordeel dat de informatieve waarde in dit geval enkel kan worden ontleend aan een combinatie van elementen, is evenmin onbegrijpelijk. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat een getal in de normtabellen zonder een koppeling van range, schaal en categorie informatieve waarde heeft voor welke derde dan ook die daarvoor belangstelling toont.⁹⁶ Op de vindplaatsen waarnaar Pearson in dit verband verwijst, is ook niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat een enkel getal uit de normtabel zelfstandige informatieve waarde heeft, maar slechts dat de normen of deelverzamelingen van normen zelfstandige informatieve waarde hebben en dus zelfstandige elementen vormen. Dat laatste staat niet ter discussie.
- 4.29 Waar Pearson herhaalt dat de ruwe data zelfstandige informatieve waarde hebben, miskent zij andermaal dat de ruwe data niet in de normtabellen zijn opgenomen.
- 4.30 In haar schriftelijke toelichting onder 45 stelt Pearson - kort gezegd - dat door de discussie over de zelfstandige informatieve waarde van uit de normtabellen gelichte getallen uit het oog is verloren dat Bär c.s. de gegevens binnen de context van de

⁹² Pearson verwijst ter onderbouwing naar haar pleitnota van 2 juni 2015 onder 35-37.

⁹³ Vgl. HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, punt 17 en HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 29.

⁹⁴ Vgl. HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, punt 24.

⁹⁵ Vgl. HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, punt 20, HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, *Football Dataco/Yahoo*, ECLI:EU:C:2012:115, punt 26 en HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 35.

⁹⁶ Vgl. HvJEU 29 oktober 2015, C-490/14, *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer*, ECLI:EU:C:2015:735, punt 27 en HvJEG 9 november 2004, C-444/02, *Fixtures Marketing/OPAP*, ECLI:EU:C:2004:697, punt 34.

normtabellen hebben gebruikt. Aan de overgenomen onderdelen van de normtabellen komt zonder meer zelfstandige informatieve waarde toe.

- 4.31 Daargelaten dat de toelichting in zoverre niet correspondeert met de in de cassatiedagvaarding geformuleerde klachten, ziet Pearson eraan voorbij dat in feitelijke aanleg niet de vraag voorlag of Bär c.s. zelfstandige elementen hebben overgenomen. Ter beantwoording lag voor of Pearson substantieel in de inhoud van haar databanken heeft geïnvesteerd. In dat verband is het onderscheid tussen investeringen in het creëren van de gegevens en investeringen in de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud van de databank van belang. De middelen die zijn aangewend voor het creëren van de zelfstandige elementen mogen niet worden meegenomen bij de beoordeling of sprake is geweest van een substantiële investering. Het hof heeft er dan ook terecht betekenis aan toegekend dat eerst de combinatie van de drie elementen range, schaal en categorie informatie verschaft.

Onderdeel III: categorieën uitgesloten investeringen en de gevolgen daarvan

- 4.32 Onderdeel III vormt goeddeels een herhaling van zetten. In een inleiding op de beide subonderdelen waarin het onderdeel uiteenvalt, wordt tevergeefs geklaagd dat het oordeel van het hof tot gevolg heeft dat alleen investeringen in het ‘opnemen’, ‘ontsluiten’ of ‘toegankelijk maken’ van de inhoud van de databank in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag of substantieel in die inhoud is geïnvesteerd. Waar het hof de verkrijging, controle en presentatie van de inhoud bedoelt, geeft het bestreden oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ik tekende al aan dat de door het hof gebruikte terminologie niet steeds consistent is.⁹⁷ Dat leidt er evenwel niet toe dat er categorieën werkzaamheden zijn die buiten de categorie van in aanmerking komende investering vallen, maar daar wel onder zouden vallen als het hof qua terminologie nauwkeuriger had aangesloten bij de terminologie van de Databankrichtlijn en de arresten van 9 november 2004. Anders gezegd, in dat geval zou de uitkomst niet anders zijn.
- 4.33 In de inleiding benoemt Pearson - tegen de achtergrond van de onderscheiden fases 1 tot en met 4 - de investeringen in gegevens die het hof categorisch uitsluit, terwijl die volgens haar wel als investering in de verkrijging van de inhoud van de databank in aanmerking moeten komen, waaronder:⁹⁸
- i) investeringen in de verkrijging van ‘ruwe’ meetgegevens;⁹⁹

⁹⁷ Zie hiervoor onder 4.4.

⁹⁸ Pearson verwijst naar hetgeen zij in haar memorie van grieven onder 14-45 omtrent de ontwikkeling van de psychologische tests heeft gesteld en de daarbij behorende producties 105 en 106.

⁹⁹ Pearson verwijst naar de bespreking van fase 1 in haar memorie van grieven onder 17-22 en de bijbehorende producties, haar memorie van grieven onder 25, grief XIX onder 115, grief XX en grief XXI onder 119, waar

- ii) investeringen in de bewerking van 'ruwe' meetgegevens om voor de doeleinden van de databank optimale gegevenswaarden te verkrijgen, en,¹⁰⁰
- iii) investeringen in de verkrijging van gegevens met toegevoegde waarde voortvloeiend uit de plaatsing in het combinatieraster van een tabel.¹⁰¹

4.34 Deze klacht, die onder III(a) nader wordt uitgewerkt, slaagt niet. Hiervoor is al toegelicht dat het hof de onder i) en ii) beoogde investeringen op goede grond buiten beschouwing heeft gelaten.¹⁰² Het gaat hier om investeringen die zijn gedaan in de totstandkoming van de normgegevens en in de controle in de fase waarin de normgegevens worden gecreëerd. Wat de investeringen onder iii) betreft, wijs ik er nogmaals op dat het hof niet heeft beoogd dat investeringen in het plaatsen van gegevens in de normtabel uitgesloten zijn. Het combineren van de drie elementen vindt niet plaats op het moment van het plaatsen van de gegevens in de normtabellen, maar daaraan voorafgaand bij het vaststellen van de normgegevens die vervolgens in de normtabellen worden opgenomen. In haar schriftelijke toelichting onder 78 wijst Bär Software er nog op dat het hof meer bijzonder met betrekking tot deze laatste categorie van investeringen heeft overwogen dat het niet voor de hand ligt dat daarmee substantiële investeringen gepaard zijn gegaan, nu het gaat om relatief eenvoudige in een handleiding afgedrukte tabellen, waarin cijfers worden weergegeven. Zoals eerder overwogen, geeft genoemd oordeel in zoverre niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onbegrijpelijk is het al evenmin.

4.35 Pearson klaagt voorts dat het bestreden arrest leidt tot een zeer restrictieve uitleg van het begrip 'databank', wat in strijd is met de door de Europese wetgever nagestreefde doelstelling daaraan een ruime betekenis toe te kennen. Met deze klacht ziet zij eraan voorbij dat het hof slechts toepassing heeft gegeven aan de door de Europese wetgever gestelde grenzen aan het *sui generis*-recht. Dat de Databankenwet alleen databanken beschermt waarin substantieel is geïnvesteerd leidt mogelijk tot verwarring, maar zo is het nu eenmaal bepaald.

4.36 De klacht onder III(b) berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en mist om die reden feitelijke grondslag. Het hof heeft geen betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de samenstelling van de databank in het onderhavige geval samenhangt met - c.q. de *spin-off* is van - de uitoefening van de hoofdactiviteit van

wordt gewezen op de relevantie van de investeringen in de verkrijging van ruwe data. Voorts verwijst zij naar haar inleidende dagvaarding onder 27-28.

¹⁰⁰ Pearson verwijst naar de bespreking van fase 2 en 3 in haar memorie van grieven onder 25 en 37-40 met de daarbij behorende productie 105 en grief XVIII, waarin is aangevoerd dat de investeringen in de bewerking van de ruwe data relevant zijn.

¹⁰¹ Pearson verwijst naar de bespreking van fase 2, 3 en 4 in haar memorie van grieven onder 25, 37-40 en 41-44 met de bijbehorende producties 105 en 106.

¹⁰² Zie met name hetgeen hierboven onder 4.19 en 4.20 is overwogen.

Pearson, noch om die reden databankenrechtelijke bescherming uitgesloten geacht. Met de overweging dat *“aan de orde is (...) of Bär c.s door het gebruik in het RSP van de normtabellen met normgegevens afkomstig uit de handleidingen van de tests van Pearson inbreuk maakt op een (sui generis) databankenrecht van Pearson op grond van de databankenwet”* heeft het hof slechts een neutrale beschrijving van de herkomst van de gegevens gegeven zonder daaraan gevolgen te verbinden, zoals Bär Software terecht opmerkt.¹⁰³

- 4.37 In de daarnaast door Pearson geciteerde overweging dat *“de werkzaamheden die zij beschrijft (...) met name [zien] op het ontwikkelen en controleren van (de inhoudelijke waarde/deugdelijkheid van) het toetsingsmateriaal dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven en niet op de wijze van ontsluiting van dit materiaal”* ligt de nadruk niet op de samenhang van de samenstelling van de databank met de hoofdactiviteit van Pearson, maar daarop dat de werkzaamheden het creëren van de gegevens (*“het ontwikkelen en controleren van (de inhoudelijke waarde/deugdelijkheid van) het toetsingsmateriaal”*) betreffen en niet de verkrijging, de controle of de presentatie daarvan. Waar het hof deze werkzaamheden om die reden buiten beschouwing heeft gelaten bij de beoordeling of sprake is geweest van een substantiële investering, geeft het bestreden arrest niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
- 4.38 Ook onderdeel III faalt derhalve.
- 4.39 De slotsom uit al het voorgaande is dat het beroep faalt en er geen aanleiding bestaat vragen van uitleg te stellen aan het Hof van Justitie.

Afronding

- 4.40 Onder 3.23, 3.29, 3.37, 3.41 en 3.42 hiervoor ben ik, in navolging van diverse auteurs, ingegaan op enkele vragen die na de arresten van 9 november 2004 zijn gerezen en met name de vraag of moet worden aangenomen dat deze algemene toepassing hebben. Deze rechtspraak zou dan ook van toepassing zijn op digitale databanken waarbij creatie van gegevens en opname in de databank samenvallen en op databanken waarbij met het oog op de totstandbrenging daarvan aanzienlijk is geïnvesteerd in de creatie van gegevens. Dergelijke databanken zijn niet zonder meer over één kam te scheren met de databanken die in genoemde rechtspraak aan de orde waren, te weten: databanken die een afgeleide zijn van een andere (primaire) activiteit en doorgaans alleen informatie uit één bron (*single source*) bevatten. Ook heb ik gewezen op het risico van een ongelijk speelveld naar gelang een uitgever

¹⁰³ Vgl. schriftelijke toelichting van Bär Software onder 81.

gegevens zelf genereert of bestaande gegevens gebruikt en opneemt in de databank, naast het feit dat er in de praktijk tal van tussenvarianten zullen bestaan.

- 4.41 Dergelijke aspecten zouden vroeg of laat in de vorm van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen worden voorgelegd. Ik meen echter dat deze zaak zich daar niet goed voor leent. Daar zijn enkele redenen voor.
- 4.42 Ten eerste voert het middel een technische discussie die bovendien sterk met de feiten verweven is. Er komt niet echt een duidelijke rechtsvraag boven drijven die aan ‘Luxemburg’ zou kunnen worden voorgelegd. Pearson heeft de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan het slot van de cassatiedagvaarding genoemd, maar weinig concreet. Zij is daar in de schriftelijke toelichting niet op teruggekomen.
- 4.43 Ten tweede vraag ik mij af of deze zaak zich zodanig onderscheidt van de zaken die tot de arresten van 9 november 2004 hebben geleid, dat prejudiciële vragen noodzakelijk zijn voor de in cassatie te nemen beslissing. Het gaat hier om gegevens gebaseerd op wetenschappelijke grondslag en tot stand gekomen na statistische en andere controles. Dat lijkt inderdaad heel wat anders dan het opstellen van speelschema’s. Hoewel het hof dat niet heeft vastgesteld (zie subonderdeel III(b)) komt het mij voor dat de normtabellen in de handleidingen van Pearson evenzeer bestaan bij de gratie van een ander product, namelijk de tests. Uit de gedingstukken blijkt dat Pearson hieromtrent een ander standpunt huldigt; zij benadrukt dat de normtabellen in de handleiding onderdeel van de tests zijn en niet een daarvan afgeleid product.¹⁰⁴ Ik acht niettemin aannemelijk dat de investeringen in de totstandbrenging van de normgegevens worden terugverdiend door de verkoop van tests.¹⁰⁵ Enkel omdat de normtabellen voldoen aan het ruim opgerekte begrip ‘databank’ uit de Databankrichtlijn, opent zich het perspectief van een (extra) exploitatiemogelijkheid voor iets dat een klein deel is van een groter geheel. Het lijkt mij onwaarschijnlijk - ik geef toe: dit is een aanname en geen vastgesteld feit - dat de kosten voor het tot stand brengen van de normgegevens uit ruwe data, die Pearson in deze zaak integraal als relevant aangemerkt wil zien, in betekenende mate zouden kunnen worden gedekt uit licenties op grond van het sui generis-recht. Dat gegeven bevestigt m.i. dat die investeringen niet (of hooguit voor een klein deel) kunnen worden toegerekend aan de verkrijging van de inhoud van de databank.

¹⁰⁴ Zie o.a. pleitnota voor comparitie d.d. 6 september 2011 onder 48: “Pearson herhaalt daarbij dat de normen bij haar tests de kern vormen van haar tests. De normen zijn met andere woorden géén spin-off product van een ander product.” Pleitnota van 13 maart 2013 onder 85: “Normgegevens worden dus alleen ontwikkeld om die in de handleiding van de betreffende test te publiceren en op die manier betekenis te geven aan die test. Alleen al hierom moeten dus de inspanningen bij het ontwikkelen van normgegevens wel degelijk meetellen bij de beoordeling van de normtabellen.” En pleitaantekeningen van 2 juli 2015 in appel onder 38 e.v.

¹⁰⁵ Pearson zelf heeft gesteld (pleitnota comparitie d.d. 6 september 2011 onder 5): “De crux is hier dat (...) het RSP de normgegevens heeft gekopieerd van Pearson die nu juist de kern vormen van de test én de exploitatiemogelijkheden en dus de inkomsten van Pearson.” (onderstreping toegevoegd; A-G).

- 4.44 Hoe dan ook acht ik de kans erg klein dat het Hof van Justitie zijn rechtspraak over art. 7 lid 1 van de Databankrichtlijn niet onverkort van toepassing zal achten op een databank als die van Pearson. Deze rechtspraak bevat ferme keuzes, die voor een deel een rechtspoliteik karakter hebben. Mijn inschatting is dat het Hof van Justitie niet geneigd zal zijn daar iets aan af te doen, laat staan daar op terug te komen.¹⁰⁶ Er zijn tussen eind 2004 en nu voor zover ik kan nagaan geen nieuwe vragen van uitleg over art. 7 lid 1 gesteld, wat erop lijkt te wijzen dat de rechtspraak zich met de bestaande rechtspraak goed weet te redden. Verder zou het invoeren van weer een nieuw onderscheid, zoals dat tussen databanken die een afgeleide zijn van (althans direct samenhangen met) een kernactiviteit van dezelfde onderneming en databanken waarvoor dat niet geldt, voor nieuwe afbakeningsproblemen kunnen zorgen. Onwaarschijnlijk acht ik ook dat het Hof van Justitie mee zou gaan in de gedachte dat het onderscheid tussen investeringen in de creatie van gegevens en in de verkrijging van de inhoud niet zou kunnen worden toegepast op (digitale) databanken waar nieuwe gegevens direct in worden opgenomen.¹⁰⁷ Een dergelijke databank is hier overigens niet aan de orde.
- 4.45 Het wachten is daarom op een andere zaak waarin, om toch in sporttermen af te sluiten, de bal netjes op de stip kan worden gelegd.

5. Conclusie

Het cassatieberoep moet worden verworpen. Pearson dient in de kosten te worden veroordeeld op de voet van art. 1019h Rv, nu deze zaak een geschil met betrekking tot een recht van intellectuele eigendom betreft. Tussen partijen bestaat overeenstemming over de hoogte van de kosten.¹⁰⁸

De Procureur-Generaal

Bij de Hoge Raad der Nederlanden



A-G

¹⁰⁶ Het valt op dat in nagenoeg alle zaken over de Databankrichtlijn K. Lenaerts rechter-rapporteur is, ook in de recentere zaken toen hij al president van het Hof was. Verschillende zaken zijn zonder conclusie A-G afgedaan.

¹⁰⁷ Zoals opgemerkt onder 3.24 heeft het Hof op dat punt A-G Stix-Hackl, die een uitleg van die strekking had voorgesteld, niet gevolgd. In de literatuur is gesuggereerd dat in een dergelijke situatie een kostentoekening moet worden gemaakt. Vgl. M. Vogel, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, Kommentar, 2017, § 87a/54: "Fällt die Datengenerierung mit der sammelnden, sichtenden und ordnenden Tätigkeit bei der Erstellung einer Datenbank zusammen, (...) sind genaue Zuordnungen der Kosten vorzunehmen."

¹⁰⁸ Vgl. de schriftelijke toelichting van Pearson onder 52 en de schriftelijke toelichting van Bär Software onder 85, alsook de schriftelijke re- en dupliek.