

Is het databankenrecht wel geschikt ter bescherming van online databanken tegen specialistische zoekmachines?

mr. drs. M. Jansen^{1 2}

1. Inleiding

Voor websites geldt het adagium “Content is king”³: een website moet veel en goede inhoud bieden wil het publiek de site vinden en blijven bezoeken. Het zelf produceren van die inhoud (*content*) is kostbaar. Vandaar ook dat sommige exploitanten liever investeren in het ontwikkelen van een specialistische zoekmachine om inhoud van andere websites te presenteren. De houders van die andere sites ervaren dat wel als “parasiterend” gebruik.

Regelmatig wordt het databankenrecht in stelling gebracht tegen dergelijk “parasiterend” gebruik⁴. Dit *sui generis* recht is echter tot stand gekomen toen databanken nog middels CD-Rom’s en andere vaste, onveranderlijke dragers werden geëxploiteerd. Inmiddels worden databanken vooral online geëxploiteerd en verandert de inhoud ervan continue. In dit artikel zal ik kritisch onderzoeken in hoeverre het databankenrecht (nog) wel geschikt is om deze online databanken te beschermen, meer specifiek door te onderzoeken hoe de strijd tussen exploitanten van websites en exploitanten van specialistische zoekmachines moet worden gezien in het licht van de actuele stand van zaken in het databankenrecht⁵. Ter illustratie gebruik ik steeds het fictieve voorbeeld van de strijd tussen enerzijds de exploitant van een advertentiewebsite voor vacatures en anderzijds de exploitant van een specialistische zoekmachine voor vacatures.

De relevante kernbegrippen van het databankenrecht zal ik plaatsen in het perspectief van de (technische) werkwijze van een specialistische zoekmachine. In dat kader behandel ik allereerst het begrip “*substantiële investering in de databank*” en meer specifiek de vraag of de kosten gemoeid met

¹ Mark Jansen is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen NV te Arnhem. Met dank aan Theo Bosboom en Jaap Kronenberg voor hun commentaar op het concept van dit artikel.

² Dit artikel is inhoudelijk afgesloten op 11 januari 2011 en daarna nog slechts op kleine punten aangepast.

³ Dit adagium wordt door velen gebruikt. Gewezen kan worden op het boek “Content is King” van David Mill (Butterworth-Heinemann, 2005), het artikel van David Callan uit 2006 <<http://www.akamarketing.com/content-is-king.html>>, het artikel van Mark Jackson van 1 mei 2007 <<http://searchenginewatch.com/3625720>> en vele andere bronnen.

⁴ Zie in dat kader bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 04 juni 2006, NVM v Zoekallehuizen, IEPT20060604, Gerechtshof Arnhem (kort geding) 24 juni 2008, *LJN BG1062* (Internetnotarissen / Openbareverkoop), Rechtbank ’s-Gravenhage 11 februari 2009, Wegener v. Innoweb, IEPT20091102.

⁵ Dit artikel beperkt zich tot dit onderwerp en zal daarom niet alle begrippen uit de Databankenwet (cq. de Databankenrichtlijn) bespreken. Ook wordt niet alle jurisprudentie besproken, aangezien niet alle uitspraken richting geven over de interpretatie van begrippen uit de Databankenwet die relevant zijn voor mijn vraagstelling. Voor een uitvoerige behandeling van het databankenrecht wordt verwezen naar het proefschrift van Beunen: Beunen, *Protection for databases: The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007.

softwareontwikkeling daarvoor wel mogen meetellen (zie § 2). Omdat de meest actuele gegevens op Internet veelal ook de meeste waarde hebben, onderzoek ik vervolgens in § 3 in hoeverre recent aan de databank toegevoegde gegevens wel door het databankenrecht beschermd worden. In online databanken zijn vaak eenvoudig allerlei deelverzamelingen van gegevens te onderscheiden, zoals de verzameling nieuwe advertenties of de verzameling advertenties uit één bepaalde regio. In dat kader behandel ik in § 4 de vraag of in grote databanken deeldatabanken kunnen, of zelfs moeten, worden onderscheiden. Welke verstreckende consequenties daaruit kunnen voortvloeien voor de (duur van de) bescherming van de in de overkoepelende moederdatabank opgeslagen gegevens komt aan de orde in § 5.

Vervolgens ga ik in op de handelingen die exclusief zijn voorbehouden aan de databankproducent: opvragen (§ 6) en hergebruiken (§ 7). Dit plaats ik specifiek in de context van de specialistische zoekmachine. Van verboden opvragen of hergebruiken is alleen sprake wanneer het een “*substantieel deel*” van de gegevens uit de databank betreft. Aangezien specialistische zoekmachines, afhankelijk van hun werkwijze, soms maar een heel klein deel van de gegevens uit een databank opvragen, behandel ik in § 8 de vraag wat moet worden verstaan onder een substantieel deel van de databank en beschouw ik kritisch hoe hier in de praktijk door de feitenrechters mee wordt omgesprongen. De specialistische zoekmachine die steeds maar een heel klein deel van een databank opvraagt, maar na verloop van tijd toch een substantieel deel van de gegevens heeft opgevraagd en/of hergebruikt, is mogelijk te bestrijden met het verbod een databank “leeg te melken”. In § 9 bespreek ik dit verbod kritisch en geef ik aan tot welke problemen de toepassing van dit verbod in een online omgeving kan leiden. Ik sluit af met een conclusie (§ 10).

2. Substantiële investering: een lastige horde

De exploitant van een website die zich wil beroepen op het databankenrecht, wordt geconfronteerd met de vraag of de gegevensverzameling die hij beschermd wil zien wel voldoet aan de eis dat daarin substantieel geïnvesteerd is⁶. Diverse databankrechtelijke procedures stranden op deze eis⁷.

Die substantiële investering moet volgens het Hof van Justitie betrekking hebben “*op de investering ten behoeve van het aanleggen van deze databank als zodanig*”⁸ en het begrip 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*”⁹. Hierna zal ik nader ingaan op de precieze betekenis van het begrip ‘substantiële investering’ en de moeilijkheden die de exploitant van een databank tegenkomt bij een beroep hierop.

⁶ Artikel 1 lid 1 sub a, slot Databankenwet

⁷ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2008, KNMP v. ID/Farma, IEPT20080710; Rechtbank 's-Gravenhage 11 februari 2009, Wegener v. Innoweb, IEPT20091102; Gerechtshof Arnhem 04 juni 2006, NVM v Zoekallehuizen, IEPT20060604.

⁸ Hof van Justitie, 9 November 2004, The British Horseracing Board Ltd e.a. v. William Hill Organization Ltd, zaak C-203/02, overweging 30.

⁹ William Hill (noot 8), overweging 31.

criterium kwalitatieve investeringen moeilijk te duiden

Er mag sprake zijn van investeringen in kwalitatieve of in kwantitatieve zin¹⁰. Volgens het Hof van Justitie “*ziet de kwantitatieve beoordeling op middelen die te becijferen zijn en de kwalitatieve beoordeling op niet-kwantificeerbare inspanningen, zoals een intellectuele inspanning of energieverbruik*”¹¹. Het Hof van Justitie heeft op andere momenten benadrukt dat het databankenrecht juist de *investeringen* in gegevens¹² en niet de intrinsieke waarde van die gegevens beoogt te beschermen¹³. Dat betekent dus dat bij het inroepen van databankrechtelijke bescherming, gesteld zal moeten worden welke investeringen gepleegd zijn. De vraag is echter of het mogelijk is om te kunnen spreken over een databank louter op basis van investeringen in kwalitatieve zin. Hoe moeten immers investeringen, die volgens het Hof “*niet-kwantificeerbaar*” zijn, toch gemeten (en aldus gesteld) worden, zonder daarbij aansluiting te zoeken bij de intrinsieke waarde van die gegevens (hetgeen uitdrukkelijk niet is toegestaan)?

Hoe kwalitatieve investeringen in de praktijk moeten worden geduid blijft dan ook lastig te beantwoorden. In de praktijk zullen investeringen in kwalitatieve zin hooguit als vangnetbepaling¹⁴ fungeren.

criterium kwantitatieve investeringen per geval beoordelen

Eenvoudiger meetbaar – maar nog niet altijd eenvoudig toe te passen! – is de vraag wanneer sprake is van een substantiële investering in kwantitatieve zin. In de richtlijn is dit begrip, bewust, niet duidelijk afgebakend¹⁵. Van geval tot geval zal moeten worden bezien of de betreffende investering inderdaad substantieel is¹⁶. In Tabel 1 heb ik, ter illustratie, een overzicht opgenomen van investeringen die in de rechtspraak van het Hof van Justitie en door Nederlandse rechters als substantieel zijn aangemerkt¹⁷.

Datum	Instantie	Partijen	Investering	Vindplaats
30-11-2005	Rechtbank Zutphen (bodem)	(anoniem)	Actualiseren van de databank door “ <i>het bellen van zo’n 100.000 boeren op jaarbasis</i> ”.	LJN AU7454, B9 1317
21-11-2007	Rechtbank Utrecht (kort geding)	Wegener / Innoweb	<i>in elk geval een aanzienlijk deel van het hiervoor genoemde totaalbedrag van 1,9 miljoen euro betrekking heeft op occasions</i>	LJN BB8341, B9 5132

¹⁰ Databankenwet artikel 1 sub a slot, er moet sprake zijn werkzaamheden met betrekking tot het aanleggen van de databank die “*in kwaliteit of kwantitatief opzicht getuigen van een substantiële investering*”. Dezelfde eis staat verwoord in artikel 7 lid 1 Databankenrichtlijn.

¹¹ Hof van Justitie, 9 november 2004, Fixtures Marketing Ltd /OPAP, C-444/02, rechtsoverweging 44.

¹² Databankenrichtlijn, overweging 39, 40 en 48. Zie bijvoorbeeld ook William Hill (noot 8), rechtsoverweging 46.

¹³ Hof van Justitie William Hill (noot 8) benadrukt in overweging 72 (en 78) zelfs dat “*de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft*”.

¹⁴ Zie ook proefschrift Beunen (noot 5), p. 106.

¹⁵ Proefschrift Beunen (noot 5), p. 138 e.v..

¹⁶ Proefschrift Beunen (noot 5), p. 141.

¹⁷ Zonder ex parte beslissingen, aangezien deze beslissingen in beginsel geen inhoudelijk oordeel over het al dan niet substantiële karakter van de investeringen in de databank omvatten.

Datum	Instantie	Partijen	Investering	Vindplaats
24-06-2008	Gerechtshof Arnhem (kort geding)	Internetnotarissen / Openbareverkoop	€540.430,-- gesteld en bedrag is onvoldoende betwist	LJN BG1062, B9 6342, AMI 2009/1 met noot Beunen, CR 2008/138 met noot Volgenant
09-10-2008	Hof van Justitie	Albert-Ludwigs Universitat Freiburg / Directmedia	€34.900 (volgens verwijzende Duitse rechter, niets over gezegd door Hof van Justitie)	Curia C-304/07, B9 6488, AMI 2009/22 met noot Hugenholtz, IER 2009/8 met noot AKS, CR 2009/5 met noot Volgenant
11-02-2009	Rb. Den Haag (bodem)	Wegener / Innoweb	het "op zich al substantiële bedrag van ruim 1,7 miljoen euro" is met facturen onderbouwd. Gesteld werd een bedrag van circa 4 miljoen euro.	B9 7570, AMI 2009/21 met noot Hugenholtz, CR 2009/107 met noot Volgenant
29-04-2009	Raad van State	Gemeente Amsterdam / Landmark	4 tot 5 medewerkers sinds 2003 fulltime bezig geweest met onder meer het digitaliseren, controleren en invoeren van data in de gegevensverzameling + daarbij komende "aanzienlijke kosten"	LJN BI2651, AMI 2009/23 met noot Van Eechoud.

Tabel 1: overzicht omvang kwantitatieve investeringen aangemerkt als "substantieel"

Zolang het Hof van Justitie geen duidelijke (bepalingsmethode voor de) ondergrens heeft aangegeven wanneer een investering voldoende *substantieel* is, is het overzicht van Tabel 1 maar betrekkelijk van waarde. Beunen werpt nog als suggestie op dat door middel van het vergelijken van de betreffende databank met databanken van gelijke omvang en over een soortgelijk onderwerp, kan worden gezien of de investering in de betreffende databank substantieel is¹⁸. Ik vraag me af of dergelijke benchmarkdatabanken bestaan¹⁹ en, als ze al bestaan, of de gegevens over de gepleegde investeringen in die databanken – nodig om de vergelijking te kunnen maken – beschikbaar zijn. Het is dan ook maar de vraag of deze toets praktisch hanteerbaar zal zijn.

Investeringen in databank in relatie tot kosten totale bedrijfsvoering

Opvallend is dat de rechtbank Amsterdam in een vonnis van 1 oktober 2009 overwoog dat "investeringen in verhouding moeten worden gezien (...) in het licht van de totale kosten voor de bedrijfsvoering"²⁰. De redenering van de rechtbank lijkt een variatie op de inmiddels uitdrukkelijk verworpen²¹ spin-off theorie: waar de spin-off theorie inhoudt dat een databank die als toevallig bijproduct van een hoofdactiviteit ontstaat niet beschermd wordt door het databankenrecht, lijkt de

¹⁸ Proefschrift Beunen (noot 5), p. 145.

¹⁹ Naar mijn idee zal in de praktijk met name de bescherming worden ingeroepen van databanken met grote waarde. Die waarde zal gelegen zijn in de unieke inhoud en samenstelling, wat weer tot gevolg heeft dat er geen soortgelijke referentiedatabanken bestaan.

²⁰ Rechtbank Amsterdam 1 oktober 2009, LJN: BJ9179, rechtsoverweging 4.3 (onderdeel 2).

²¹ Zie bijvoorbeeld arrest Fixtures Marketing (noot 11), rechtsoverweging 45. Er zijn overigens meerdere arresten over Fixtures Marketing van het Hof van Justitie en de rechtbank verwijst niet specifiek naar één van deze arresten.

redenering van de rechtbank Amsterdam er op neer te komen dat wanneer het maken van een databank niet de (of één van de) hoofdactiviteit(en) van de onderneming is er geen sprake kan zijn van een beschermde databank.

Deze redenering lijkt me echter, in algemene zin gesteld, niet juist. De aldus door de rechtbank geformuleerde eis staat niet in de wet of richtlijn. Als eis geldt een substantiële investering, niet een investering die substantieel is in relatie tot de totale bedrijfskosten. Zou dit laatste wel gelden, dan zou dit betekenen dat een zeer grote onderneming die, naast allerlei andere activiteiten, ook databanken ontwikkelt hier welhaast nooit databankrechtelijke bescherming voor zou kunnen inroepen. Ik kan mij niet voorstellen dat de wetgever dit heeft bedoeld.

Overigens achtte de rechtbank Amsterdam het betreffende kort geding ongeschikt om te beoordelen of sprake was van een substantiële investering, vandaar dat deze uitspraak niet is opgenomen in Tabel 1.

Mogen alle kosten voor ontwikkeling van software meetellen?

Opvallend – en relevant voor de exploitanten van online databanken – is dat het Gerechtshof Arnhem in de Internetnotarissen-zaak²² ook meetelt de kosten van ontwikkeling voor de software die gebruikt wordt om de databank te kunnen gebruiken. Het Gerechtshof beschouwt deze investeringen als investeringen die zien “*op het aanleggen (en het onderhouden) van de databank als zodanig*” en concludeert vervolgens dat Internetnotarissen “*voor de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud van de databank een substantiële investering als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub a Dw heeft gedaan*”²³. De rechtbank ’s-Gravenhage neemt later in de Gaspedaal-zaak²⁴ aan dat investeringen in de software investeringen in de “*presentatie van de inhoud*”²⁵ (en dus geen investeringen in de verkrijging of controle van de inhoud) van de databank zijn. Dit is in lijn met Beunen, die in paragraaf 4.2.5²⁶ van haar proefschrift stelt dat kosten voor hard- en software die specifiek zijn aangeschaft voor de databank in principe mogen meetellen.

Hier staat tegenover het oordeel van de rechtbank Utrecht van 28 juni 2010 in het geschil tussen Ryanair en PR Aviation (exploitant van: Wegolo.com)²⁷. Onder verwijzing naar het Fixtures arrest van het Hof van Justitie²⁸ stelt de rechtbank in rechtsoverweging 4.18 dat “*alleen die kosten die worden gemaakt om de databank gegevens te kunnen laten verwerken*” mogen meetellen bij het begrip substantiële investering. Dat betekent volgens de rechtbank dat de kosten voor het maken van een website slechts mogen meetellen “*indien de kosten verband houden met het geschikt maken van de*

²² Gerechtshof Arnhem (kort geding) 24 juni 2008, *LJN BG1062* (Internetnotarissen / Openbareverkoop).

²³ Internetnotarissen (noot 22), rechtsoverweging 5.12.

²⁴ Rechtbank ’s-Gravenhage, 11 februari 2009, B9 7570 (Wegener ICT Media/Innoweb - “Gaspedaal”), rechtsoverweging 4.6.

²⁵ Databankenwet, artikel 1 lid 1 sub a.

²⁶ Proefschrift Beunen (noot 5), p. 135.

²⁷ Rechtbank Utrecht 28 juli 2010, *LJN BN2268* (Ryanair/ PR Aviation). Overigens niet in Tabel 1 opgenomen omdat in deze kwestie geen databankrechtelijk relevante substantiële investering is erkend.

²⁸ Fixtures Marketing (noot 11).

gegevensverzameling voor het uitvoeren van zoekopdrachten door het publiek”. Voor algemene onderhoudskosten aan de website geldt dat deze (in beginsel) in een “*te ver verwijderd verband staan tot de kosten voor ‘afzonderlijke toegankelijkheid van de gegevens*””, aldus de rechtbank in overweging 4.24. Zoals ik hierna nader zal toelichten juist ik dit vonnis en deze kritische benadering van het begrip “substantiële investering” door de rechtbank toe. De benadering moet in mijn optiek wellicht nog kritischer.

Investerings in presentatie van inhoud lijken beperkt tot zaken als index en logische ordening

De discussie over de vraag of investeringen in software gebruikt voor de werking van een databank mogen meetellen als substantiële investering in die databank, kent een lange geschiedenis. Het was Speyart die al in 1996 constateerde dat in de richtlijn onduidelijk is of investeringen in de software mogen meetellen²⁹. Hij concludeerde vervolgens dat vermoedelijk de enige aan software gerelateerde investeringen die mogen meetellen de investeringen in de indexering van de gegevens en de daarbij horende thesaurus zijn³⁰. Dit kent een opvallende parallel met het – door de rechtbank Utrecht in de hiervoor besproken uitspraak tussen Ryanair en PR Aviation aangehaalde – latere Fixtures Marketing arrest van het Hof van Justitie (reeds aangehaald).

Het databankenrecht onderscheidt drie typen investeringen: investeringen in de verkrijging, in de controle of in de presentatie van de inhoud van de databank³¹. Het Hof van Justitie geeft aan dat de investeringen in de verkrijging van de inhoud van de databank ziet op “*de middelen die worden aangewend om bestaande zelfstandige elementen te verkrijgen en in deze databank te verzamelen, met uitsluiting van de middelen die worden aangewend voor het creëren van die zelfstandige elementen*”³². Dit kan volgens mij worden samengevat als de investeringen gemoeid met het verzamelen van al bestaande gegevens. De investeringen in de controle van de inhoud van de databank zien volgens het Hof van Justitie 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*”³³. Het gaat hierbij dus om controle van de afzonderlijke in de databank op te nemen dan wel opgenomen gegevens.

De investeringen in de software die wordt gebruikt voor het functioneren van de databank vallen niet onder voornoemde twee typen investeringen. Deze typen investeringen zien immers beide louter op het verzamelen dan wel het onderhouden van de in databank opgenomen elementen en niet op het functioneren van de databank als geheel van al die elementen. Dat betekent dat investeringen in software voor het functioneren van de databank onder het te onderscheiden derde type investeringen (“*investeringen in de presentatie van de inhoud van de databank*”) zouden moeten vallen willen ze kunnen meetellen.

²⁹ Mr. H.M.H Speyart, *De databankrichtlijn en haar gevolgen voor Nederland (I)*, Informatierecht/AMI oktober 1996, nr. 8, p. 151 e.v..

³⁰ Speyart p. 155 (noot 29)

³¹ Zie artikel 1 sub a slot Databankenwet.

³² Fixtures, overweging 40 (noot 11).

³³ Fixtures, overweging 43 (noot 11).

Het Hof van Justitie heeft in het aangehaalde Fixtures Marketing arrest overwogen dat het begrip investering in de presentatie van de inhoud van de databank ziet op “*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*”³⁴. Eerder in diezelfde uitspraak heeft het Hof overwogen dat de definitie van een databank impliceert dat deze “*een technisch middel bevat (...) welke het mogelijk maakt ieder zelfstandig element dat erin is opgenomen, op te zoeken*”. Een dergelijk (technisch) middel is bijvoorbeeld een index of een logische ordening³⁵. De twee overwegingen samengevat en in samenhang gelezen staat er dat een (technisch) middel zoals een index of een logische ordening in de databank noodzakelijk is om gegevens in de databank op te kunnen zoeken (r/o 30) en dat investeringen in de presentatie van de inhoud van de databank bestaan uit dergelijke technische middelen (r/o 43). Het Hof maakt hiermee duidelijk dat onder investeringen in de “*presentatie van de inhoud*” in ieder geval de investeringen in de index en de logische ordening mogen worden verstaan.

In deze Fixtures uitspraak sluit het Hof niet expliciet uit dat ook investeringen in de gebruikte software zouden mogen meetellen. En hoewel de regering destijds in de memorie van toelichting heel voorzichtig opmerkte dat de investeringen gemoeid “*met het bouwen van een gebruikersinterface*” waarschijnlijk mogen meetellen³⁶, meen ik dat het past in de lijn van deze latere uitspraak van het Hof van Justitie om de kosten van dergelijke algemene software voor het functioneren van het systeem als geheel niet te beschouwen als investeringen in de presentatie van de inhoud van de databank en aldus niet mee te tellen bij het bedrag dat in aanmerking wordt genomen om te zien of sprake is van een substantiële investering. Het Hof spreekt immers over investeringen in middelen aangewend voor de ordening van de in de databank opgenomen elementen³⁷ en de organisatie van hun afzonderlijke toegankelijkheid en niet over investeringen in middelen voor het in algemene zin functioneren van het gehele systeem van software en opgeslagen data. Zie in dezelfde zin ook de benadering van rechtbank Utrecht, die algehele onderhoudskosten als te ver verwijderd beschouwd van investeringen in de afzonderlijke toegankelijkheid van de gegevens³⁸.

Bij kosten gemoeid met het toegankelijk maken van individuele elementen in de databank moet – volgens mij – bijvoorbeeld gedacht worden aan kosten gemoeid met kwalificeren van data³⁹, niet aan

³⁴ Fixtures Marketing (noot 11), rechtsoverweging 43.

³⁵ Fixtures Marketing (noot 11), rechtsoverweging 30.

³⁶ Kamerstukken II 1997–1998, 26 108, nr. 3, p. 8.

³⁷ Niet alleen in het Nederlands. Engels: ‘*the materials contained in that database*’, Duits: ‘*in der Datenbank enthaltenen Elemente*’, Frans: ‘*éléments contenus dans cette base*’.

³⁸ Ryanair/PR Aviation (noot 27), rechtsoverweging 4.24.

³⁹ Zoals het toevoegen van zogenaamde ‘metadata’ aan bepaalde elementen. Op basis van dergelijke metadata is het element op bepaalde kenmerken terug te vinden. Denk bij een databank van vacatures aan het door de exploitant toevoegen van kenmerken bij vacatures, zoals ‘opleidingsniveau: wo’, ‘salarisindicatie: €50.000,- tot €60.000,-’, ‘plaatsingsdatum: 10 mei 2010’, ‘uiterste sollicitatiedatum: 31 mei 2010’, etc.

de kosten van de aanschaf van hardware of licenties op software. Dit is ook in lijn met het oordeel van Advocaat-Generaal Stix-Hackl in deze Fixtures zaak⁴⁰. Met betrekking tot het begrip “*presentatie van de inhoud*” onderscheidt zij enerzijds de investeringen in presentatie voor de gebruiker (door haar aangeduid als “externe opmaak”) en anderzijds de “*conceptuele opmaak, zoals de structurering van de inhoud*”⁴¹. Wat hier meer concreet onder moet worden verstaan maakt zij overigens niet duidelijk. Het ligt echter voor de hand dat zij doelt op de kosten van een index, logische ordening of metadata.

Softwarekosten niet dubbel meetellen

Ook de tekst en considerans van de richtlijn bevestigen volgens mij dat niet alle investeringen in alle software mogen meetellen. In artikel 1 lid 3 van de Databankenrichtlijn staat expliciet dat de bescherming die deze richtlijn biedt niet geldt voor computerprogramma's gebruikt bij de fabricage of de werking van databanken. Daarvoor geldt immers het regime van de softwarerichtlijn⁴². Dat wil overigens niet zeggen dat beide regimes eenvoudig van elkaar te onderscheiden zijn. Van regeringszijde werd bij de Memorie van Toelichting al opgemerkt: “*de grens tussen de ontsluitingssoftware van de inhoud van een databank en die inhoud zelf zal soms moeilijk te trekken zijn*”⁴³. Speyart concludeerde ook dat de precieze strekking van artikel 1 lid 3 van de Databankenrichtlijn onduidelijk is⁴⁴.

Wat mij betreft bevestigt artikel 1 lid 3 Databankenrichtlijn juist dat investeringen in de voor de databank gebruikte (en al dan niet specifiek ontwikkelde) software niet mogen meetellen. Meetellen van investeringen in de software voor databankrechtelijke bescherming leidt namelijk tot bescherming onder twee regimes. Enerzijds helpt die software de databank (mogelijk) over de drempel van substantiële investeringen heen, anderzijds wordt de software zelf waarschijnlijk beschermd door het auteursrecht. Het wringt omdat de software zelf expliciet *niet* valt onder de bescherming van de Databankenwet, maar de investering om die software te maken c.q. te gebruiken in dat geval wel mee zou tellen voor bescherming onder de Databankenwet.

Softwarekosten meetellen leidt tot onbillijke uitkomsten

Naast mijn hiervoor genoemde argumenten ontleend aan de Fixtures- uitspraak en aan doel en strekking van artikel 1 lid 3 van de Databankenrichtlijn, meen ik ook dat het wel meetellen van die investeringen ook anderszins kan leiden tot moeilijk te rechtvaardigen uitkomsten. Toegespitst op mijn voorbeeld: is het billijk dat een exploitant van een vacaturewebsite die zijn eigen databank verwerkt/beheert met bijvoorbeeld de gratis en open source databaseserver MySQL⁴⁵ of PostgreSQL⁴⁶ minder snel de drempel van substantiële investeringen haalt dan een exploitant die hiervoor gebruik

⁴⁰ Conclusie A-G Stix-Hackl, 8 juni 2004, Fixtures Marketing Ltd /OPAP, C-444/02

⁴¹ Conclusie A-G Stix-Hackl (noot 40), rechtsoverweging 78.

⁴² Zie ook rechtsoverweging 23 van de Databankenrichtlijn.

⁴³ Kamerstukken II 1997–1998, 26 108, nr. 3, p. 11.

⁴⁴ Zie ook Speyart (noot 29)

⁴⁵ Gratis voor een ieder te downloaden op <http://www.mysql.com/downloads/>.

⁴⁶ Gratis voor een ieder te downloaden op <http://www.postgresql.org/download/>

maakt van commercieel verkrijgbare databaseserversoftware als Oracle⁴⁷ of Microsoft SQL Server⁴⁸? Of moet gebruik van dure softwareontwikkelaars eerder tot bescherming leiden dan gebruik van goedkope ontwikkelaars? Wanneer de softwarekosten aan het begrip “*investeringen in de databank*” zouden mogen worden toegerekend, heeft de dure software(ontwikkelaar) de voorkeur. Naar mijn idee zou dat niet zo moeten zijn en is het ook niet zo bedoeld.

Bovendien roept dit de aanverwante vraag op: hoe om te gaan met softwarelicenties die al eerder door de databankproducent zijn betaald⁴⁹? Moeten deze kosten naar rato worden toegerekend? Zo ja, hoe dan? Betekent dit ook dat de berekening van de gemaakte investeringen in een bepaalde databank gecorrigeerd moet worden, zodra met dezelfde software later een nieuwe databank wordt gemaakt? Dit alles is volstrekt onduidelijk. Het lijkt mij echter meest logisch om in die situaties waar dezelfde investering voor de productie of onderhoud van verschillende databanken gebruikt is, in totaal niet meer dan het bedrag gemoeid met deze ene investering toe te rekenen aan de vereiste ‘substantiële investering’ voor de verschillende databanken. Het herhaald toerekenen van dezelfde investering aan verschillende databanken zou er immers toe leiden dat niet-bestaande investeringen toch leiden tot een beschermingswaardige databank⁵⁰. Dan kan ongetwijfeld niet de bedoeling van de wetgever zijn. Het databankenrecht is bedoeld als investeringsbescherming en slechts reële investeringen zouden wat mij betreft mogen meetellen.

Investeringen in software zien op meer dan de inhoud van de databank

Daarbij komt dat niet alle kosten gemoeid met de presentatie van de databank mogen meetellen, maar slechts de investeringen die betrekking hebben op de “*presentatie van de inhoud*” (onderstreping MJ). De in mijn voorbeeld van de vacaturewebsite gebruikte software voor het gehele systeem zal slechts voor een (klein) deel als functie om de inhoud van de databank te presenteren. Voor het overige zal de software niet zien op de *inhoud* van de databank, maar bijvoorbeeld op de ontwikkeling van bijkomende functies in de software die niets met de presentatie van de data van doen hebben. Te denken valt bijvoorbeeld aan chatfuncties en het zoekmachinevriendelijk maken van de website. Is bij de ontwikkeling van dergelijke functies in de software nog sprake van investeringen in de presentatie van inhoud van de databank? Ik denk van niet. Als investeringen in software rechtens al mogen meetellen bij de vraag of sprake is van een substantiële investering, dan zullen die investeringen in ieder geval kritisch tegen het licht gehouden moeten worden.

⁴⁷ <http://www.oracle.com/>

⁴⁸ <http://www.microsoft.com/sql>

⁴⁹ Een licentie op een databaseserver (met databasesoftware) geeft vaak ruimte om oneindig veel databases op die server aan te maken en op te slaan.

⁵⁰ Wanneer met een investering van €100.000,- twee databanken te produceren zijn en diezelfde investering aan beide databanken zou mogen worden toegerekend, zou het databankenrecht €200.000,- aan investeringen beschermen (waarvan €100.000,- nooit gepleegd).

Louter investeringen in bestaande gegevens

Een ander lastig punt voor de praktijk is dat sinds het William Hill-arrest⁵¹ duidelijk is dat investeringen gemoeid met het creëren van gegevens niet mogen worden meegerekend. De investeringen die mogen meetellen zijn die voor de verzameling van *bestaande* elementen in een databank⁵² en het (al dan niet later) controleren van de juistheid van de (nieuwe of bestaande) elementen in de databank.

Het onderscheid tussen bestaande en nieuwe gegevens is overigens lastig en voor de praktijk nog erg onduidelijk⁵³. Hoe lastig het kan zijn blijkt bijvoorbeeld ook uit de (bodem)beslissing van de rechtbank Utrecht in de Wegolo-zaak⁵⁴. De rechtbank Utrecht neemt hier aan dat het herzien (hernieuwd vaststellen) van gegevens moet worden aangemerkt als het *creëren* van die gegevens en dat de daarmee gemoeide kosten dus niet meetellen als investering in de databank, maar tegelijk dat de kosten gemoeid met het doorvoeren van de uit die herziening voortvloeiende wijzigingen wel meetellen als investering in de databank⁵⁵. Dit onderscheid zal in de praktijk niet altijd eenvoudig te maken zijn. Het risico bestaat echter dat een zaak verloren wordt wanneer dit onderscheid niet gemaakt wordt. In de Wegolo-zaak had Ryanair dit bijvoorbeeld nagelaten, met als gevolg dat de rechtbank oordeelde dat zij de door Ryanair aangevoerde investeringen “*niet kan beoordelen*”⁵⁶.

In het geval van aankoop van advertenties bij een andere bron door de exploitant van de vacaturewebsite, zal duidelijk zijn dat deze exploitant investeringen heeft gepleegd in het verkrijgen van bestaande gegevens. Die kosten tellen dus mee als investering in de databank. Wat echter als diezelfde exploitant die bestaande gegevens gaat verrijken door hier nieuwe data aan toe te voegen (bijvoorbeeld hyperlinks naar andere advertenties van dezelfde adverteerder). Mogen die investeringen nu wel of niet meetellen? Ook kan gedacht worden aan bijvoorbeeld gebruikersbeoordelingen van of -commentaar bij advertenties: zijn dit bestaande of nieuwe gegevens en wie investeert hier nu eigenlijk in, de bezoeker of de exploitant van de website? Tot hierover meer duidelijkheid komt in de rechtspraak, zal de exploitant in ieder geval goed moeten documenteren wat de herkomst is van de gegevens en welke investeringen er door wie in deze gegevensverzameling zijn gepleegd.

3. Beschermingsduur online databanken: nieuwe gegevens wel beschermd?

Indien eenmaal duidelijk is dat sprake is van een substantiële investering, moet nog de vraag worden onderzocht of de gegevens (nog) wel vallen binnen de beschermingsduur van het databankenrecht⁵⁷. Het exclusieve databankenrecht gaat in principe in “*op het tijdstip waarop de fabricage van de*

⁵¹ William Hill (noot 8)

⁵² William Hill (noot 8), rechtsoverweging 31.

⁵³ Zie ook proefschrift Beunen (noot 5), § 4.2.3.8.

⁵⁴ Ryanair/PR Aviation (noot 27).

⁵⁵ Ryanair/PR Aviation (noot 27), rechtsoverweging 4.22

⁵⁶ Ryanair/PR Aviation (noot 27), rechtsoverweging 4.22 slot.

⁵⁷ Zie ook proefschrift Beunen (noot 5), §4.5.4.2.

databank is voltooid” en loopt vervolgens 15 jaar door⁵⁸. Artikel 6 lid 2 bepaalt dat zodra een onvoltooide databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld⁵⁹ het recht ook na 15 jaar vervalt⁶⁰. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat het recht ook op de onvoltooide databank ontstaat zodra deze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mits aan de overige criteria wordt voldaan. De 15 jaar termijn loopt telkens vanaf 1 januari na het moment van ontstaan van het recht. De regels lijken wellicht eenvoudig, maar in de praktijk kunnen nog vele vragen hierover rijzen.

Gaandeweg aan een bestaande databank toegevoegde nieuwe gegevens worden in beginsel niet beschermd. Voorwerp van bescherming is immers een voltooide databank⁶¹ of een databank die voor verstrijken voltooiing aan het publiek ter beschikking is gesteld⁶². Alleen wanneer sprake is van een “*substantiële wijziging van de inhoud van een databank (...) die (...) getuigt van een nieuwe substantiële investering*”⁶³ ontstaat een nieuwe databank met databankrechtelijke bescherming voor het geheel (dus inclusief oude elementen)⁶³. De producent moet aantonen⁶⁴ dat deze situatie zich voordoet. Uit dit stelsel volgt dat bij databanken die voor het moment van voltooiing aan het publiek ter beschikking zijn gesteld, slechts de elementen zoals deze op het moment van ter beschikkingstelling in de databank waren opgenomen door het *sui generis* recht worden beschermd. Dit levert voor de exploitant van een advertentiewebsite mogelijk een lastige situatie op: de meest actuele (recent toegevoegde) advertenties zijn (in beginsel) onbeschermd, behoudens tegenbewijs dat die nieuw toegevoegde gegevens hetzij een zelfstandige databank, hetzij een substantiële wijziging van de bestaande databank vormen. Dit terwijl in de regel de actuele advertenties, in vergelijking met de oudere (of zelfs al vervallen) advertenties, de meeste waarde zullen vertegenwoordigen. De voor de producent meeste waardevolle gegevens zijn aldus mogelijk onbeschermd. Dat is wellicht een ongewenste consequentie, maar het alternatief (continu wijzigende databanken zijn continu en volledig beschermd) zou niet te rijmen zijn met de tekst en strekking van artikel 6 lid 3 Databankenwet.

Nu kan een producent, mits de databank goed is ingericht⁶⁵, te allen tijde de inhoud van de databank zoals die op een bepaalde datum was reproduceren. Ook kan hij, mits zijn financiële administratie op orde is, ongetwijfeld achterhalen hoeveel tot een bepaalde datum in die databank is geïnvesteerd. De

⁵⁸ Databankenwet, Artikel 6 lid 1.

⁵⁹ In het artikel staat overigens alleen wanneer het recht vervalt en niet wanneer het ontstaat, maar dit lijkt de enig logische uitleg.

⁶⁰ Artikel 6 lid 2 Databankenwet.

⁶¹ Artikel 6 lid 1 Databankenwet.

⁶² Artikel 6 lid 2 Databankenwet.

⁶³ Daar is overigens wel kritiek op, zie proefschrift Beunen (noot 5), p. 37 en de daar opgenomen verwijzingen.

⁶⁴ Rechtsoverweging 54 Databankrichtlijn.

⁶⁵ Sommige databases zijn technisch zo ingericht dat wijziging van gegevens feitelijk niet leidt tot wijziging van het betreffende *record*, maar tot het tegelijkertijd toevoegen van een nieuw *record* en het instellen van een einddatum voor geldigheid voor het oude *record*. Bij een dergelijke inrichting kan eenvoudig de database worden gereproduceerd voor iedere gewenste datum. Overigens is dit ook al heel behoorlijk mogelijk wanneer van ieder *record* wordt bijgehouden op welk moment het aangemaakt en vervolgens gewijzigd is (waarbij dus wel de *records* zelf worden gewijzigd).

producent heeft echter geen concrete handvatten om te kunnen beoordelen wanneer sprake is van een *substantiële* wijziging, laat staan wanneer sprake is van een *substantiële investering* in die wijziging. De producent die in een procedure stelt dat de meest actuele gegevens beschermd zijn, zal dat ook moeten bewijzen. Dat zal niet altijd te realiseren zijn. In dat geval ontbeert de exploitant bescherming van de nieuwe gegevens.

Overigens is wel denkbaar dat die nieuwe gegevens weliswaar niet als substantiële wijziging van de al bestaande databank in de zin van artikel 6 lid 3 Databankenwet zijn te beschouwen⁶⁶ en dat aldus geen nieuwe overkoepelende beschermingswaardige databank ontstaat, maar dat de nieuwe gegevens wel op zichzelf voldoen aan de criteria om als afzonderlijke databank te beschouwen. De databankproducent die bescherming wil inroepen voor actuele gegevens zal hierop bedacht dienen te zijn.

4. Altijd deeldatabanken onderscheiden in grotere moederdatabank?

De beschermingsduur van online databanken is op zichzelf al een lastig vraagstuk. Het arrest *Apis v. Lakorda*⁶⁷ heeft dit vraagstuk echter niet eenvoudiger gemaakt. Op grond van dit arrest moet immers bij een databank “*die bestaat uit verschillende afzonderlijke „subgroepen” (...) [vooraf, MJ] worden bepaald of deze subgroep zelf een databank is*”⁶⁸. Dit oordeel is overigens materieel gelijk aan een overweging van de Hoge Raad in het eerdere *El Cheapo* arrest⁶⁹.

Wanneer is sprake van een deeldatabank?

Het Hof van Justitie maakt in het *Apis v. Lakorda* arrest niet duidelijk wat ze nu bedoelt met databanken die uit subgroepen bestaan. Dat verrast op zichzelf ook niet, dat was immers een gegeven uit de prejudiciële vraag en kennelijk ziet het Hof geen aanleiding deze vraag te herformuleren. Daarmee is echter niet duidelijk geworden waar nu de ondergrens ligt voor een deeldatabank. Gezien het antwoord dat het Hof van Justitie in die zaak geeft, lijkt die grens te liggen bij de ondergrens van de substantiële investering in de (deel)databank⁷⁰. Of anders gezegd: zodra de investeringen in een deeldatabank de drempel van een substantiële investering overstijgen, is er sprake van een beschermd (deel) databank⁷¹.

Gelden voor een deeldatabank dezelfde criteria?

⁶⁶ Omdat de betreffende wijziging (dat zal veelal een aanvulling zijn) ten opzichte van de al bestaande databank niet voldoende *substantieel* van karakter is.

⁶⁷ HvJEG, arrest 03 mei 2009, *Apis-Lakorda*, C-545/07.

⁶⁸ *Apis-Lakorda* (noot 67), rechtsoverweging 62.

⁶⁹ HR 22 maart 2002, NJ 2003/149, rechtsoverweging 3.3.2.

⁷⁰ Waar die praktisch gezien ligt, zou ik ook niet weten (zie tabel 1 en bijbehorend commentaar).

⁷¹ Overigens is onduidelijk of de rechter ambtshalve moet onderzoeken of er sprake is van deeldatabanken. Gezien de lijdelijkheid van de rechter komt mij meest logisch voor dat partijen de vrijheid hebben zelf te kiezen.

Het is dus denkbaar dat in een grote moederdatabank verschillende deeldatabanken te onderscheiden zijn. Voor een databankproducent kan het aantrekkelijk zijn te stellen dat inderdaad van een deeldatabank sprake is, aangezien in dat geval eerder dan bij het inroepen van bescherming voor de (veel omvangrijkere) moederdatabank sprake zal zijn van verboden opvragen of hergebruik omdat het opgevraagde of hergebruikte deel van de gegevens uit de deeldatabank een *substantieel deel* van die deeldatabank vertegenwoordigt⁷². De vraag is of de databankenproducent de vrijheid heeft naar eigen behoefte al dan niet deeldatabanken te onderscheiden in een grotere moederdatabank.

Beunen stelt in dat kader dat – naast de algemene eisen die gelden om van een ‘databank’ te kunnen spreken – van een deeldatabank alleen sprake zou kunnen zijn wanneer de betreffende gegevens duidelijk te onderscheiden zijn en een zelfstandige entiteit binnen de grotere moederdatabank vormen⁷³. Zij verwijst hiervoor naar de conclusie van Advocaat-Generaal Spier bij het El-Cheapo arrest, die onder andere stelt dat bij elke elektronische databank “*in theorie de mogelijkheid deze in stukjes te knippen*” bestaat en dat “*voor zover de deilverzamelingen die aldus ontstaan echter slechts onderdelen vormen van de primaire ordening die de gehele databank aanbrengt, zou dit ertoe leiden dat de eis van art. 2 lid 1 onder a Dw. dat sprake moet zijn van het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud goeddeels zijn zin zou verliezen*”⁷⁴.

Deze redenering lijkt mij ondertussen ingehaald door het hiervoor genoemde Apis v. Lakorda arrest van het Hof van Justitie. Het Hof zegt immers kortweg dat wanneer bescherming wordt ingeroepen voor een deeldatabank, getoetst zal moeten worden of die deeldatabank voldoet aan alle eisen die gesteld worden aan een databank (waaronder dat er substantieel in is geïnvesteerd). Aanvullende criteria voor deeldatabanken ten opzichte van ‘gewone’ databanken worden door het Hof (en de richtlijn) niet gesteld. Het lijkt er daarmee op dat een databankproducent vrij is zelf te stellen dat sprake is van een deeldatabank, zolang die deeldatabank maar overigens aan de criteria van een ‘databank’ voldoet. Naar mijn idee mogen dan dezelfde investeringen niet dubbel worden meegeteld (zowel voor moeder- als deeldatabank).

Moeten investeringen heel specifiek aan moeder- of deeldatabank worden toegerekend?

Dat maakt echter nog niet duidelijk of sprake moet zijn geweest van investeringen die gericht waren op het creëren van die specifieke deeldatabank (*doelbinding*), of dat voldoende is dat een substantieel deel van de gemaakte totale investeringen in zowel moeder- als deeldatabanken (naar rato) kan worden toegerekend aan een aan te wijzen deeldatabank. Toegespitst op mijn voorbeeld van de vacaturewebsite kan de vraag als volgt worden geformuleerd. Stel dat de producent een deeldatabank met daarin alleen de juridische vacatures wenst te onderscheiden. Dat betekent dat daarvoor de drempel van “substantiële investeringen” moet worden behaald. Kan die drempel slechts worden behaald door alleen die investeringen mee te tellen die specifiek zijn toe te rekenen aan de betreffende juridische vacatures (*doelbinding*)? Of mag eenvoudigweg het aandeel in de investeringen in de

⁷² Zie ook Beunen (noot 5), p. 189.

⁷³ Beunen (noot 5), p. 190.

⁷⁴ Conclusie A-G Spier 11 januari 2002 bij Hoge Raad NVM/Telegraaf, 22 maart 2002, LJN: AD9138, rechtsoverweging 4.19.

moederdatabank, gelijk aan het aandeel van juridische vacatures in die moederdatabank, worden toegerekend aan de deeldatabank van juridische vacatures?

Naar mijn mening zou de vraag in laatstgenoemde zin moeten worden beantwoord en zou de eis van doelbinding zoals hiervoor genoemd dus niet toepasselijk moeten zijn. Die eis wordt immers niet door de richtlijn of het Hof van Justitie gesteld. Het Hof verlangt slechts dat getoetst wordt of sprake is van een ‘databank’ (deeldatabank of niet) in de zin van de richtlijn.

Bovendien zou het hanteren van de eis van doelbinding het spin-off argument weer vol terug in beeld brengen. De gedaagde partij, beweerdelijk inbreukmaker op het databankenrecht, zou zich dan immers eenvoudig kunnen verweren met de stelling dat de investeringen van de producent niet op de deeldatabank gericht waren (geen doelbinding), maar op het creëren van de moederdatabank. Daarmee zou de deeldatabank als “spin-off” van de moederdatabank hebben te gelden. Dit terwijl het spin-off argument nu juist uitdrukkelijk verworpen is⁷⁵. Het lijkt me niet juist, noch opportuun, die discussie met de introductie van deeldatabanken weer terug het databankenrecht in te trekken.

Een voorbeeld maakt dit wellicht nog duidelijker. Stel dat een exploitant van een vacaturewebsite voor de betreffende vacatures/advertenties databankrechtelijk relevante investeringen heeft gedaan en stel dat op die website 40% van de vacatures juridisch van aard is. Ik zie er dan geen bezwaar tegen wanneer de betreffende exploitant van die website databankrechtelijke bescherming inroept voor de deeldatabank van alleen juridische vacatures en daartoe 40% van het totaal aan de door hem gepleegde databankrechtelijk relevante investeringen toerekent aan deze deeldatabank, zolang hij maar niet diezelfde investeringen ook toerekent aan de overkoepelende databank (van juridische vacatures en overige vacatures) in een poging ook daar bescherming voor in te roepen⁷⁶. Het is vervolgens aan de rechter om te bezien of die 40% van het totaal aan investeringen voldoet aan de eis dat sprake is van een *substantiële* investering. Denkbaar is in dat geval ook dat de investeringen gemoeid met de overige vacatures als zodanig ook die drempel overstijgen dat sprake is van voldoende *substantiële* investeringen. Mocht dat zo zijn, dan is – juist omdat de rechtens relevante investeringen m.i. maar één keer mogen worden meegeteld – het niet waarschijnlijk dat ook nog een substantiële investering kan worden aangewezen in de overkoepelende moederdatabank. Die bestaat dan immers slechts uit twee elementen: de twee deeldatabanken. Dat is een aspect waar de databankproducent in een procedure rekening mee zal dienen te houden.

Een ander argument waarom het vereiste van doelbinding volgens mij niet geldt is meer technisch van aard. De meeste vacaturewebsites zullen, in technische zin, niet opgebouwd zijn uit losse databases

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld arrest Fixtures Marketing (noot 11), rechtsoverweging 45. Strikt genomen is het verworpen spin-off argument overigens niet exact hetzelfde als het hier beschreven spin-off argument. De achterliggende ratio is dat m.i. echter wel.

⁷⁶ Het is wat mij betreft dus niet correct wanneer in de ene procedure betoogd wordt dat sprake is van diverse kleine (deel)databanken, terwijl in een andere procedure met betrekking tot dezelfde gegevens betoogd wordt dat sprake is van een overkoepelende moederdatabank.

met daarin verschillende subsets aan gegevens, maar juist uit één grote (relationele) database⁷⁷. Deze websites zijn weliswaar meestal zo ingericht dat eenvoudig een selectie van gegevens uit die databank te tonen is (zoals alleen de vacatures in Gelderland of alleen de vacatures voor onbepaalde tijd). Dat betekent echter nog niet dat in het aanleggen van die deeldatabanken ook afzonderlijk substantieel geïnvesteerd is. Sterker nog, dat afgebakende deel aan gegevens wordt in de praktijk opgevraagd door simpelweg een andere *query* op de database los te laten⁷⁸. De enige investeringen die dus specifiek aan het maken van die deeldatabank zijn toe te rekenen, zijn de kosten gemoeid met het bedenken van die andere *query*. Volgens mij kan per definitie lastig worden volgehouden dat in het bedenken van een dergelijke *query* substantieel is geïnvesteerd. In deze redenering zou daarmee, wanneer doelbinding *wel* vereist zou zijn, als gevolg van de technische inrichting van de databank geen beschermingswaardige deeldatabank, te onderscheiden zijn. Dit terwijl het Hof juist voor de uitleg van andere begrippen uit de richtlijn heeft geoordeeld dat de techniek irrelevant is⁷⁹.

De voorgaande stellingname heeft wellicht *de facto* tot consequentie dat de rechthebbende zelf kan stellen wat de omvang van zijn databank is, maar dat acht ik niet bezwaarlijk. Het is volgens mij niet wezenlijk anders dan een auteursrechthebbende die zelf bepaalt welke beschermende trekken hij in rechte inroept om aldus de bescherming voor een ‘werk’ in de zin van de Auteurswet te verkrijgen. Een databankproducten zal zich echter wel bewust dienen te zijn van de consequenties van de keuzes die hij maakt, nu dezelfde investeringen m.i. niet vaker (voor verschillende databanken) opgevoerd mogen worden.

5. Problematiek van beschermingsduur bij deeldatabanken

Gezien het voorgaande lijkt het voor een exploitant van een vacaturewebsite wellicht interessant om bij een eventueel geschil te betogen dat zijn website bestaat uit diverse kleine deeldatabanken. Hoe kleiner immers de databank waarvoor bescherming wordt ingeroepen, hoe eerder er sprake zal zijn van overname van een substantieel deel van de elementen uit die databank door de beweerdelijk inbreukmaker.

Gevaar van versnippering bescherming van gegevens in moederdatabank

⁷⁷ Het is technisch vaak helemaal niet efficiënt om gegevens in afzonderlijke databases/bestanden op te slaan en vervolgens aan de hand van een verzoek van een bezoeker deze verschillende databases al dan niet samen te voegen en vervolgens aan de gebruiker te presenteren. Logischer is dan vaak om gegevens in een groot bestand op te slaan, in dat bestand een filter toe te passen en het resultaat daarvan aan de gebruiker te presenteren. Zie bijvoorbeeld de paragraaf “*Disadvantages of Creating Many Tables in the Same Database*” (<<http://dev.mysql.com/doc/refman/5.1/en/creating-many-tables.html>>) in de handleiding van de populaire MySQL database.

⁷⁸ De query om alle vacatures te tonen zou bijvoorbeeld (vereenvoudigd weergegeven) kunnen luiden “*SELECT * FROM `vacatures`;*”. De query om alleen de vacatures in Gelderland te tonen zou (wederom vereenvoudigd weergegeven) dan luiden “*SELECT * FROM `vacatures` WHERE `provincie`=' gelderland';*” en de query om alleen vacatures te tonen voor onbepaalde tijd “*SELECT * FROM `vacatures` WHERE `duur`=' onbepaald';*”.

⁷⁹ HvJEG, arrest 9 oktober 2008, Directmedia Publishing GmbH-Albert Ludwigs, C-304/07, overweging 37-38 en 49.

Een dergelijke keuze kan zich echter – met name bij de wat oudere databanken – ook tegen de producent keren, aangezien dit ertoe kan leiden dat bepaalde gegevens in de moederdatabank of een deeldatabank onbeschermd raken vanwege het aflopen van de 15 jaar beschermingstermijn, tenzij sprake is van een substantiële wijziging die getuigt van een substantiële investering waardoor een nieuwe databank is ontstaan (zie hiervoor § 4). Schematisch kan de problematiek als volgt worden samengevat:



Figuur 1: beschermingsduur bij deeldatabanken

Gevaar van verval bescherming bij online databanken al binnen enkele jaren actueel

Het voorgaande lijkt misschien een wat theoretische discussie, maar is dat zeker niet. Denkbaar is immers dat delen van databanken die meer dan 15 jaar⁸⁰ online staan, mogelijk niet meer voor bescherming in aanmerking komen⁸¹. Wanneer immers in die (moeder)databank afzonderlijke deeldatabanken zijn aan te wijzen, is denkbaar dat voor niet al die deeldatabanken ook is aan te tonen dat deze substantieel zijn gewijzigd door een substantiële investering in deze deeldatabank.

Die termijn van vijftien jaar wordt binnen enkele jaren actueel. De richtlijn moest voor 1 januari 1998 zijn geïmplementeerd (artikel 16 Databankenrichtlijn), wat betekent dat vanaf die datum op grond van richtlijnconforme interpretatie databanken voor bescherming in Europa in aanmerking komen. Op grond van het overgangsrecht van artikel 14 van de Databankenrichtlijn worden bovendien ook (voorheen onbeschermd) databanken vanaf 1 januari 1998 beschermd conform het nieuwe regime tot uiterlijk 1 januari 2013. Het is niet ondenkbaar dat er online databanken bestaan die al vanaf 1998

⁸⁰ Te rekenen vanaf 1 januari na voltooiing of terbeschikkingstelling van de databank.

⁸¹ Uiteraard kan ook de gehele databank vrij komen te vallen, indien er gedurende 15 jaar niet substantieel in de betreffende databank is geïnvesteerd.

worden aangeboden, aangezien internet toen alweer een aantal jaren algemeen beschikbaar was⁸² en op het internet toen ook steeds meer diensten waren te vinden. Illustratief is dat Google in 1998 werd gelanceerd, juist om het groeiende aanbod van informatie op internet overzichtelijker vindbaar te maken. Met name bij online databanken komt dus mogelijk binnen enkele jaren het vraagstuk van de duur van de bescherming nadrukkelijker naar voren. Exploitanten van websites die zich willen weren tegen specialistische zoekmachines dienen hier rekening mee te houden.

6. Opvragen: iedere toe-eigening van elementen uit de databank

Pas nadat de exploitant van een vacaturewebsite alle hiervoor genoemde hobbels heeft genomen – er is een databank, daarin is substantieel geïnvesteerd en de beschermingsduur is nog niet verlopen – zal hij nog moeten onderzoeken of de exploitant van de specialistische zoekmachine zich schuldig maakt aan handelingen die exclusief aan hem toekomen (opvragen en hergebruiken). Allereerst zal ik, vanuit het digitale perspectief, ingaan op het begrip ‘opvragen’ (artikel 1 lid 1 sub c Databankenwet). Het begrip hergebruiken komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Wat wordt verstaan onder ‘opvragen’?

Uit het William-Hill arrest – later bevestigd in het arrest Apis v. Lakorda⁸³ – volgt dat opvragen verwijst naar elke toe-eigening van de gehele inhoud van een databank of een substantieel deel daarvan⁸⁴, zonder dat daarvoor toestemming is verleend, ongeacht de aard en de vorm van het daartoe gebruikte procedé. Uit het Directmedia-arrest⁸⁵ vloeit voort dat het begrip “opvragen” (zeer) ruim moet worden gezien: getoetst hoeft slechts te worden of (een deel van) de inhoud van de databank is terug te vinden op een andere drager⁸⁶, ongeacht aard en vorm van ingezette middelen⁸⁷. Ook wanneer de opgevraagde gegevens in een andere rangschikking in de nieuwe databank zijn terug te vinden⁸⁸ of kritisch zijn geanalyseerd voordat ze zijn overgenomen⁸⁹, blijft er sprake van een vorm van opvragen van de elementen. Uit het Apis v. Lakorda-arrest volgt wel weer dat wanneer dezelfde elementen terug zijn te vinden in een andere databank dit hooguit een aanwijzing (en nog geen bewijs) vormt dat van opvragen sprake is⁹⁰. Voor inbreuk moet er sprake zijn van daadwerkelijk overbrengen van gegevens

⁸² De eerste Nederlandse provider voor consumenten, XS4ALL, betrad in 1993 de Nederlandse markt: <http://nl.wikipedia.org/wiki/Geschiedenis_van_het_internet_in_Nederland>, <<http://www.xs4all.nl/overxs4all/geschiedenis/index.php>>. In 1999 overspoelden diverse aanbieders de markt met zogenaamd “gratis internet”: <<http://webwereld.nl/nieuws/28783/1999--de-opkomst-van-gratis-internet.html>>.

⁸³ Arrest Apis-Lakorda (noot 67).

⁸⁴ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 67.

⁸⁵ Arrest Directmedia (noot 79).

⁸⁶ Arrest Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 36 en rechtsoverweging 53.

⁸⁷ Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 35.

⁸⁸ Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 39; Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 48.

⁸⁹ Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 47.

⁹⁰ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 52.

op een andere drager en het is aan de nationale rechter om te beoordelen of in het concrete geval daarvan sprake is⁹¹.

Onderscheid tijdelijk en permanent overbrengen inhoud databank door zoekmachine

Wie een vacature-databank exploiteert en de inhoud hiervan aan derden toegankelijk maakt, kan niet op grond van het databankenrecht verhinderen dat deze databank door deze derden doorzocht wordt⁹². Het wordt pas “opvragen” wanneer de gegevens uit de databank terug zijn te vinden op een andere drager (zie hiervoor). Het lijkt me in dat kader goed om allereerst twee typen zoekmachines te onderscheiden⁹³:

type 1. regelmatig (dagelijks) bezoekt (*harvest*) de specialistische zoekmachine de te doorzoeken website(s) op actuele wijzigingen in de database van deze website(s) en verwerkt deze wijzigingen in zijn eigen database (kopiëren van gegevens). Bij een zoekvraag van de bezoeker doorzoekt deze specialistische zoekmachine die eigen database.

Voorbeeld: Google, meer specialistisch voorbeeld: Google Product Search⁹⁴;

type 2. op het moment van een zoekvraag van de bezoeker speelt de specialistische zoekmachine de zoekvraag door aan de interne zoekmachine van één of meer andere websites, die daarop hun eigen database doorzoeken en welk zoekresultaat door de specialistische zoekmachine (*bij meer dan één doorzochte website*: wordt gecombineerd en vervolgens) aan diens eigen gebruiker gepresenteerd wordt

Voorbeeld: Gaspedaal.

Beide zoekmachines geven *deeplinks* naar de detailpagina op de doorzochte website. Het kenmerkende verschil tussen de beide typen zoekmachines is de database die doorzocht wordt. De beschreven werking van een zoekmachine type 1 is hoe veel klassieke, al dan niet gespecialiseerde, zoekmachines werken (zoals Google). Iets is pas te vinden bij deze zoekmachines wanneer het in de databank van die zoekmachine staat. Deze zoekmachine slaat die gegevens dan ook permanent op. De zoekmachine type 2 doorzoekt de database van de te doorzoeken site(s) (of beter: laat deze doorzoeken) en hierbij is dus een object te vinden zodra het in de database van de te doorzoeken site(s) staat. Deze zoekmachine slaat niets permanent op, de gegevens worden slechts in het werkgeheugen geplaatst en vervolgens direct doorgestuurd aan de eindgebruiker.

⁹¹ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 51.

⁹² Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 53.

⁹³ Dit onderscheid is anders dan het onderscheid dat Visser in zijn artikel maakt. Hij onderscheidt immers algemene zoekmachines en specifieke zoekmachines, de laatste al dan niet gericht op een specifiek thema (‘dedicated’ zoekmachines), terwijl mijn artikel slechts ziet op specifieke/specialistische zoekmachines. Het onderscheid dat ik maak ziet op de *werking* van specifieke zoekmachines. Zie voor het andere onderscheid Visser, ‘Doorzoekalldatabanken.nl. Enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content-databanken, auteursrecht en databankenrecht’, in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel: Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p.359-367 (tevens B9 7614).

⁹⁴ <http://www.google.com/products>. Voorheen ook wel ‘Froogle’ genoemd (<http://www.froogle.com/>).

Opslag in werkgeheugen valt onder ‘opvragen’

Het Hof van Justitie heeft opslag in het werkgeheugen expliciet aangemerkt als vorm van “tijdelijke overbrenging” van gegevens op een andere drager⁹⁵ en daarmee als “opvragen”. Anders dan Maas⁹⁶ stelt, is hiervan ook sprake wanneer de specialistische zoekmachine alleen een *deeplink* naar de achterliggende website van de derde aanbiedt, aangezien voor het tonen van die *deeplink* de specialistische zoekmachine (in zijn werkgeheugen) moet hebben geanalyseerd of de teruggezonden resultaten (elementen uit de doorzochte databank) voldoen aan de zoekvraag van de eindgebruiker⁹⁷. Hieruit volgt dat het onderscheid tussen de twee verschillende typen zoekmachines databankrechtelijk voor het begrip *opvragen* dus niet relevant is.

Onderscheid tussen tijdelijk en permanent opvragen in beginsel niet relevant

Daarmee is de kous echter niet helemaal af. Opvallend is namelijk dat het Hof van Justitie in het Apis-Lakorda arrest eerst benadrukt dat de Databankenrichtlijn niet beoogt permanent of tijdelijk overbrengen als te onderscheiden vormen van opvragen aan te merken⁹⁸, maar vervolgens stelt dat dit onderscheid wel kan meespelen bij de vraag hoe ernstig de inbreuk is en hoe omvangrijk de geleden schade is⁹⁹. Dit moet in concreto door de nationale rechter worden beoordeeld.

Het wonderlijke is dat het Hof voor dit – op EU-niveau niet relevante – onderscheid toch definities geeft: tijdelijke overbrenging van gegevens betekent dat deze voor bepaalde tijd op een andere drager zijn opgeslagen en permanente overbrenging vereist duurzame opslag van die gegevens op een andere drager¹⁰⁰. De vraag is of deze criteria veel verhelderen, aangezien bijna alle elektronische gegevensdragers het mogelijk maken om de daarop opgeslagen gegevens eenvoudig te wissen. De vraag is in hoeverre dan wel sprake is van duurzame opslag. De exploitant van een type 2 zoekmachine zal dit ook kunnen aangrijpen om te betogen dat de omvang van de geleden schade klein is (er is immers slechts tijdelijk, alleen in het werkgeheugen, opgeslagen).

Opvragen veelal ook eenvoudig aan te tonen

Dat de specialistische zoekmachine heeft “opgevraagd” zal in de praktijk veelal eenvoudig aan te tonen zijn. Wanneer de vacaturewebsite unieke vacatures vermeldt en de specialistische zoekmachine diezelfde vacatures aan het publiek aanbiedt, moeten deze welhaast zijn “opgevraagd”. Bij een minder uniek aanbod zou de exploitant van de vacaturewebsite door opname van zogenaamde ‘sleepers’¹⁰¹ in de databank of door het bijhouden van hele goede serverlogboeken kunnen aantonen dat de specialistische zoekmachine heeft “opgevraagd”. Anders dan Ad Hoc Data in de procedure voor de

⁹⁵ Zie Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 44.

⁹⁶ Wim Maas, *Gaspedaal.nl: dedicated meta search engines onder vuur*, B9 7615, 26 februari 2009.

⁹⁷ Bovendien is die *deeplink* zelf m.i. veelal ook een ‘element’ uit de doorzochte databank.

⁹⁸ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 42.

⁹⁹ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 43.

¹⁰⁰ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 44.

¹⁰¹ Bewust onjuiste gegevens in de databank, louter om later inbreuk aan te kunnen tonen.

Rechtbank Groningen¹⁰² zie ik het bezwaar tegen sleepers niet echt, aangezien deze bij online databanken immers eenvoudig continu te vernieuwen zijn. Gebruik van de eigen serverlogboeken om opvragen aan te tonen stuit mogelijk praktisch gezien af op de (enorme) bestandsomvang van die logboeken en de (zwakke) bewijskracht van dergelijk zelfopgestelde documenten.

7. Hergebruiken: ter beschikking stellen van de databank aan het publiek

Hergebruiken ziet volgens het Hof van Justitie op “*elke verspreiding onder het publiek van de inhoud van een beschermde databank of een deel daarvan, zonder toestemming*”¹⁰³.

Specialistische zoekmachine type 1: sprake van ‘hergebruik’ gegevens uit databank

Bij een specialistische zoekmachine van het type 1 – die de inhoud van een databank eerst volledig gekopieerd (opgevraagd) heeft – zal geen discussie zijn over de vraag of sprake is van hergebruiken. Het is in dat geval immers de specialistische zoekmachine zelf die de volledige inhoud van de (een kopie van de oorspronkelijke) databank aan het publiek ter beschikking stelt en aldus een substantieel deel van de inhoud van die databank (namelijk: het geheel) hergebruikt¹⁰⁴.

Specialistische zoekmachine type 2: veel geen sprake van hergebruik

Een zoekmachine type 2 zal naar mijn mening veelal niet aan “hergebruiken” doen¹⁰⁵. Hoewel het “technisch procedé”¹⁰⁶ volgens het Hof van Justitie niet van belang is, moet volgens mij toch naar de werking van specialistische zoekmachines worden gekeken om dit goed te kunnen beoordelen. Specialistische zoekmachines van dit type stellen niet een substantieel deel van de inhoud van de databank ter beschikking, zij geven slechts de zoekresultaten die zij ontvangen van de exploitant van de databank –al dan niet gecombineerd met resultaten van andere websites – door aan de eindgebruiker¹⁰⁷.

Een voorbeeld illustreert ongetwijfeld nog beter wat ik bedoel. Wanneer een bezoeker aan de website van de specialistische zoekmachine voor vacatures een zoekopdracht ingeeft, bijvoorbeeld “secretaresse”, dan wordt deze zoekopdracht door de specialistische zoekmachine uitgezet bij de

¹⁰² Rechtbank Groningen, 16 december 2009, LJN: BL3206 / B9: 8585, Ad Hoc Data B.V. tegen [gedaagde], h.o.d.n. Digicom Media.

¹⁰³ Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 49 onder verwijzing naar Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 61 en 67.

¹⁰⁴ Gedacht kan worden aan de zaak Internetnotarissen/Openbareverkoppen (noot 22). Openbareverkoppen presenteerde zich weliswaar niet als zoekmachine maar deed voorkomen alsof de van Internetnotarissen gekopieerde advertenties van haarzelf afkomstig waren, maar dit neemt niet weg dat de technische werking van Openbareverkoppen vergelijkbaar was met hiervoor omschreven werking van een type 1 zoekmachine.

¹⁰⁵ Het ‘gewone’ hergebruiken in de zin van artikel 2 lid 1 sub a Databankenwet, over herhaald en systematisch hergebruiken meer in § 10.

¹⁰⁶ Directmedia (noot 79), rechtsoverweging 37.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld de werking van Gaspedaal (noot 24).

verschillende websites die zij doorzoekt¹⁰⁸. Dit levert voor al die websites een resultatenpagina op met daarop de eerste tien¹⁰⁹ treffers. Het zijn *die* resultaten die door de specialistische zoekmachine worden gecombineerd en vervolgens aan het publiek ter beschikking worden gesteld. Die gecombineerde gegevens zijn per definitie *geen* substantieel deel van de databank¹¹⁰, aldus ook de rechtbank Den Haag in de Gaspedaal zaak¹¹¹. Weliswaar kan een bezoeker van een specialistische zoekmachine vaak na de eerste pagina met resultaten verder gaan met zoeken, maar dat betekent praktisch gezien dat een *nieuwe* zoekopdracht bij de te doorzoeken websites wordt uitgezet die vervolgens opnieuw wordt gecombineerd¹¹². Dat zal steeds niet resulteren in het ter beschikking stellen aan het publiek van een *substantieel* deel van de databank, maar slechts van een heel beperkt deel (dat wat overblijft na combineren van de eerste tien treffers van de verschillende doorzochte websites). Overigens zullen juist deze eerste tien treffers van een zoekresultaat vaak de meest relevante en daarmee meest waardevolle treffers zijn uit de doorzochte databank. Het databankenrecht beschermt echter investeringen¹¹³ in gegevens en geen intrinsieke waarde van die gegevens¹¹⁴.

In het algemeen zal er daarom geen sprake zijn van het verspreiden van een substantieel deel van de databank door een zoekmachine type 2. Toch zal elk geval weer kritisch moeten worden bekeken, omdat de beoordeling van “hergebruiken” afhankelijk is van de omvang van de databank en van het aantal resultaten dat daaruit ter beschikking is gesteld.

8. Opvragen en/of hergebruiken van een substantieel deel

De exploitant van een beschermende databank kan zich in beginsel alleen verzetten tegen het opvragen en hergebruiken van een (kwalitatief of kwantitatief) *substantieel deel* van de databank. De eerste uitspraak van het Hof van Justitie waarin nadere uitleg werd gegeven over wat te verstaan is onder “substantieel deel in kwantitatieve of kwalitatieve zin” was de William Hill uitspraak¹¹⁵. Op het eerste

¹⁰⁸ Dit proces zal overigens gebeuren zonder dat steeds de voorpagina van de te doorzoeken websites wordt bezocht. Ter illustratie: wie <http://www.google.nl/search?q=secretaresse> bezoekt komt direct op de (actuele) resultatenpagina voor de zoekterm secretaresse, zonder dat de voorpagina van Google is bezocht. Op soortgelijke wijze kunnen ook de resultatenpagina's van andere zoekmachines direct worden opgevraagd en vervolgens eenvoudig gecombineerd. Zie hier in een notendop de werking van zoekmachine “type 2”.

¹⁰⁹ Afhankelijk van de instellingen en werking van de interne zoekmachine van de doorzochte website. Evengoed denkbaar is dat de resultatenpagina 20, 30 of 50 treffers bevat.

¹¹⁰ Tenzij de doorzochte databank 10, althans niet veel meer, elementen bevat, maar welke exploitant van een specialistische zoekmachine wenst een zo kleine databank te doorzoeken?

¹¹¹ Gaspedaal bodem (noot 24), rechtsoverweging 4.15.

¹¹² Ter illustratie, wie naar pagina 4 van de zoekresultaten voor de term “advocaat” in Google wil, bezoekt hiervoor <http://www.google.nl/search?q=advocaat&start=30> (let op het *&start=30*).

¹¹³ Databankenrichtlijn, overweging 39, 40 en 48. Zie bijvoorbeeld ook rechtsoverweging 46 van Hof van Justitie William Hill (noot 8).

¹¹⁴ Hof van Justitie William Hill (noot 8) benadrukt in overweging 72 (en 78) zelfs dat “*de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft*”.

¹¹⁵ William Hill (noot 8).

gezicht lijkt deze uitspraak vrij duidelijk: vanuit een kwantitatief standpunt moet dit worden beoordeeld aan de hand van het aandeel van de overgenomen gegevens¹¹⁶ (kortweg: percentage gegevens) en vanuit een kwalitatief standpunt moet dit worden beoordeeld aan de hand van verhouding van de investeringen in de overgenomen gegevens ten opzichte van de gepleegde totale investeringen¹¹⁷ (kortweg: percentage waarde investeringen).

Substantieel is veel?

De gegeven uitleg roept echter nog veel vragen op. Zo stelt het Hof in genoemde William Hill uitspraak in absolute termen dat de investering in een “kwantitatief aanzienlijk deel” van een databank per definitie substantieel moet zijn geweest¹¹⁸. Of nog anders geformuleerd: wie *substantieel* veel gegevens opvraagt of hergebruikt, profiteert daarmee automatisch van een *substantieel* deel van de door de databankproducent gepleegde (en door het databankenrecht beschermde) investeringen. Het Hof overweegt dit echter in relatie tot de specifieke casus van dit arrest.

Ik ben zo vrij om vraagtekens te zetten bij de absolute geldigheid hiervan in alle omstandigheden. Een databank kan immers bestaan uit een groot aantal (zeer) gemakkelijk te verzamelen gegevens (waarin weinig is geïnvesteerd), gecombineerd met enkele moeilijk te verkrijgen gegevens (waarin dus veel is geïnvesteerd). Bij een vacaturewebsite kan in dat kader worden gedacht aan enerzijds vacatures die in bulk zijn aangekocht (bijvoorbeeld van uitzendbureaus), tegenover anderzijds vacatures waarvoor veel moeite en dus geld (arbeidsloon) is geïnvesteerd in het verkrijgen van die gegevens. Wanneer in dat geval een substantieel deel van de tegen lage kosten in bulk verkregen gegevens is overgenomen, is mogelijk geen sprake van het toe-eigenen van een substantieel deel van de investeringen.

Jurisprudentieoverzicht substantiële delen van de databank

In de Nederlandse jurisprudentie trof ik vier zaken aan over de vraag wat moet worden verstaan onder een substantieel deel van de databank.

Datum	Instantie	Partijen	Substantieel deel	Vindplaats
24-06-2008	Gerechtshof Arnhem (kort geding)	Internetnotarissen / Openbareverkoop	Kwantitatief: 131 advertenties op een, op een gemiddelde gebaseerd, totaal van 600 (=21,8%) Kwalitatief: niet duidelijk gemotiveerd	LJN BG1062, B9 6342, AMI 2009/1 met noot Beunen, CR 2008/138 met noot Volgenant
11-02-2009	Rb. Den Haag (bodem)	Wegener / Innoweb	Kwalitatief: de investering gemoeid met het verkrijgen van de overige gegevens is relatief en gering Mogelijk ook kwantitatief: 7 van de maximaal 24 beschikbare categorieën zijn overgenomen (=29,1%)	B9 7570, AMI 2009/21 met noot Hugenholtz, CR 2009/107 met noot Volgenant

Tabel 2: overzicht overgenomen gegevens als substantieel deel

¹¹⁶ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 70.

¹¹⁷ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 71.

¹¹⁸ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 70 2^e zin.

En in de volgende gevallen is de overgenomen hoeveelheid gegevens als niet-substantieel aangemerkt:

Datum	Instantie	Partijen	Substantieel deel	Vindplaats
21-11-2007	Rechtbank Utrecht (kort geding)	Wegener / Innoweb	Kwantitatief: “een uiterst klein deel van de databank (...) namelijk de foto (...) en de gegevens met betrekking tot merk, type, bouwjaar en kilometerstand”. (=5 gegevens van de (naar in de bodemprocedure blijkt) 24 =20,8%)	LJN BB8341, B9 5132
09-01-2008	Rb. Amsterdam (bodem)	VMS / Weborama	Kwantitatief: 27.800, althans 110, van 1 miljoen (=2,78% althans 0,011%) Kwalitatief: niet aan de orde “nu slechts URLs zijn opgevraagd”	LJN: BC3829 B9: 5598, CR 2008/66 met noot Volgenant.

Tabel 3: overzicht overgenomen gegevens aangemerkt als niet-substantieel deel

De verschillen zijn opvallend, met name omdat het overnemen van 20,8% als een niet-substantieel deel is aangemerkt (Rb. Utrecht), terwijl het overnemen van 21,8% wel als substantieel deel geldt (Gerechtshof Arnhem). Uiteraard is het zo dat iedere zaak op zijn eigen merites moet worden beoordeeld, maar dergelijke dicht tegen elkaar aanliggende percentages geven partijen in de markt bepaald geen zekerheid of houvast. Daarnaast zijn er nog twee andere opvallende punten uit het overzicht op te maken.

Overgenomen deel vergelijken met de totale (deel)databank

Het Hof van Justitie verlangt dat voor de vraag of sprake is van inbreuk de hoeveelheid overgenomen gegevens wordt vergeleken met de “de totale inhoud” van de databank¹¹⁹. In de Internetnotarissen-zaak vergelijkt het Hof Arnhem¹²⁰ de hoeveelheid overgenomen gegevens echter niet met de gehele databank, maar slechts met de hoeveelheid periodiek nieuw toegevoegde gegevens. Deze nieuw toegevoegde gegevens zijn in de procedure niet als aparte deeldatabank onderscheiden. Het oordeel van het Gerechtshof Arnhem lijkt niet helemaal correct gemotiveerd, aldus ook Volgenant¹²¹.

Mogelijk dat het Hof hier (onbewust) meer waarde heeft willen toekennen aan de overgenomen – de recent toegevoegde – gegevens dan aan de overige (oudere) gegevens uit de databank. Die intuïtieve redenering is begrijpelijk¹²². Het databankenrecht beschermt echter investeringen in gegevens en niet de intrinsieke waarde daarvan. De investeringen in de actuele gegevens zullen niet anders zijn geweest dan de investeringen in de oudere –voorheen actuele – gegevens die zich in dezelfde databank bevinden. Deze moeten dus gelijk gewogen worden.

¹¹⁹ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 70. Apis-Lakorda (noot 67), rechtsoverweging 63-64.

¹²⁰ Internetnotarissen/Openbareverkoop (noot 22).

¹²¹ Computerrecht 2008/138.

¹²² En in het kader van bijvoorbeeld de grondslag onrechtmatige daad ook relevant.

Een ander opvallend punt is dat in het arrest onbestreden is dat de databank uit een moederdatabank en daarvan afgeleide deeldatabanken bestaat¹²³, terwijl het Hof slechts onderzoekt of de *gehele* website als één beschermingswaardige databank is te beschouwen¹²⁴ en dit onderzoek achterwege laat voor wat betreft de deeldatabanken. Omdat het Hof duidelijk aangeeft welke (deel)databanken zij als uitgangspunt neemt voor de beoordeling of er een substantieel deel is overgenomen knelt de gemankeerde motivering des te meer.

Het gaat om de omvang van de investeringen in de overgenomen gegevens

In de bodemprocedure van de Gaspedaal-zaak¹²⁵ was sprake van het overnemen door Innoweb van 7 van de (maximaal 24) elementen uit autoadvertenties van Wegener. De rechtbank oordeelde dat de *“aanvullende investering die nodig is om de [niet overgenomen, MJ] gegevens te verkrijgen, controleren en presenteren relatief gering is”* en dat om die reden *“het deel van de databank dat Innoweb aan het publiek ter beschikking stelt, een substantiële investering vertegenwoordigt”*¹²⁶. Daarmee heeft de rechter mijns inziens de analyse voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een substantieel deel in kwalitatieve zin omgedraaid. De rechter had, op grond van William Hill, moeten beoordelen of de investeringen gemoeid met de overgenomen gegevens, feitelijk, ten opzichte van de totale investeringen, relatief groot zijn¹²⁷.

De investeringen in individuele advertenties zullen niet hoog zijn, al was het maar omdat een klant van AutoTrack deze zelf plaatst. Gaspedaal neemt maximaal 7 van de 24 elementen van een advertentie over, dus 17 van de 24 elementen niet. Met de stelling van de rechtbank dat het restant aan elementen eenvoudig te verkrijgen is, stelt zij in feite dat Gaspedaal de meest waardevolle gegevens uit de databank heeft overgenomen. Het databankenrecht beschermt echter geen waarde, maar investeringen. Tenzij AutoTrack anders aantoont, zullen de totale investeringen moeten worden omgeslagen over alle advertenties en alle categorieën binnen die advertenties. De constatering van de rechtbank dat 17/24^e (70,1 %) van de overgenomen gegevens relatief eenvoudig te verkrijgen is, is derhalve niet relevant. Wel relevant is de constatering dat Gaspedaal (maximaal) 7/24^e (29,2 %) van de investeringswaarde van de databank heeft overgenomen. Het is vervolgens aan de rechter om te beoordelen of dat overgenomen deel substantieel is. Voor exploitanten van specialistische zoekmachines wordt het met dit vonnis vooralsnog niet duidelijker hoeveel gegevens zij uit een andere bron mogen overnemen.

Uit het vonnis lijkt bovendien te volgen dat een belangrijk deel van de kosten die worden gemaakt voor de databank van AutoTrack bestaan uit kosten voor de computerprogrammatuur en de hardware¹²⁸. Of deze investeringen überhaupt mogen meetellen is naar mijn oordeel maar zeer de vraag (zie § 2)

¹²³ Internetnotarissen/Openbareverkoop (noot 21), rechtsoverweging 5.10.

¹²⁴ Internetnotarissen/Openbareverkoop (noot 21), rechtsoverweging 5.4.

¹²⁵ Gaspedaal bodem (noot 24).

¹²⁶ Gaspedaal bodem (noot 24), rechtsoverweging 4.20.

¹²⁷ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 71.

¹²⁸ Gaspedaal bodem (noot 24), rechtsoverweging 4.1-4.6.

9. Herhaald en systematisch opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen

Het databankenrecht beschermt slechts tegen het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de gegevens uit de databank. Dankzij artikel 2 lid 1 sub b Databankenwet is echter irrelevant of een derde *ineens* een substantieel deel van de gegevens uit een databank heeft opgevraagd, of dat juist stukje bij beetje steeds een niet-substantieel deel¹²⁹ van de gegevens is opgevraagd dat in totaal een substantieel deel van de gegevens uit een databank vormt.

Herhaald en systematisch opvragen

Om te kunnen spreken van herhaald en systematisch opvragen, moet het cumulatieve effect van deze handelingen zijn dat de gehele inhoud of een substantieel deel van de databank wordt gereconstrueerd¹³⁰. Een exploitant van het type 1 zoekmachine (zie § 6) doet dit per definitie, aangezien deze zoekmachine functioneert bij de gratie van het hebben van een (volledige) kopie van de te doorzoeken gegevens. Een exploitant van een type 2 zoekmachine (zie § 6) reconstrueert echter de databank niet, maar vraagt steeds kleine delen uit de doorzochte databank op zonder deze (ter reconstructie) op te slaan. Gezien de werking van dit type zoekmachine is het uitgesloten dat de hele vacature-databank wordt overgenomen¹³¹. Net zoals de rechtbank in het Gaspedaal vonnis¹³² overweegt, zal van herhaald en systematisch opvragen bij een type 2 zoekmachine dus geen sprake zijn (geen sprake van reconstructie).

Herhaald en systematisch hergebruiken

Om te kunnen spreken van herhaald en systematisch hergebruiken, moet het cumulatieve effect hiervan zijn dat de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een dergelijke databank ter beschikking wordt gesteld aan het publiek¹³³.

De rechtbank Den Haag heeft geoordeeld dat hiervan bij de (type 2 zoekmachine) Gaspedaal sprake is¹³⁴. Dit oordeel is volgens mij op zichzelf in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Tegelijkertijd moet niet vergeten worden dat dit Hof nog niet geoordeeld heeft over een situatie van een type 2 zoekmachine: geen opvragen, maar (mogelijk) wel hergebruiken. Juist om die reden kunnen er wel enige kanttekeningen bij dit oordeel worden geplaatst. Het is wat mij betreft best denkbaar, en te billijken, dat het Hof van Justitie bij een prejudiciële vraag anders zou oordelen over de casus Gaspedaal. Hierna zal ik enkele argumenten aanvoeren waarom dat zo zou kunnen zijn.

¹²⁹ Niet substantieel wil eenvoudigweg zeggen ieder deel van de databank dat niet voldoet aan de eis van substantieel in kwantitatieve of kwalitatieve zin, oftewel: *niet-substantieel* = *niet substantieel*. Zie William Hill (noot 8), rechtsoverweging 73.

¹³⁰ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 87 en 89.

¹³¹ Vergelijk ook William Hill (noot 8), rechtsoverweging 91.

¹³² Gaspedaal bodem (noot 24), rechtsoverweging 4.19.

¹³³ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 88 en 89.

¹³⁴ Gaspedaal bodem (noot 24), rechtsoverweging 4.20.

Zoekmachine is slechts een hulpmiddel

De werking van een zoekmachine type 2 moet namelijk niet uit het oog worden verloren (zie § 6). Met Beunen¹³⁵ wijs ik er op dat de specialistische zoekmachine slechts een middel is om een zoekproces in de te doorzoeken websites te starten, de specialistische zoekmachine stelt niet bij voorbaat al (een substantieel deel van) de inhoud van de doorzochte databank ter beschikking aan het publiek. Met andere woorden: wie met de specialistische zoekmachine zoekt op “secretaresse” zal nooit vacatures vinden voor “automonteurs” die vermeld staan op de doorzochte websites.

Specialistische zoekmachine biedt slechts potentiële mogelijkheid van “hergebruiken”

Voorts geldt dat de specialistische zoekmachine de *potentiële* mogelijkheid biedt om als hulpmiddel gebruikt te worden om enkele databanken te doorzoeken, maar of deze databanken ook daadwerkelijk (nagenoeg) volledig worden doorzocht (en aldus volledig ter beschikking worden gesteld aan het publiek, of kortweg: ‘hergebruiken’) is maar de vraag. Dit ontlokt bij mij de kritische vraag: moet een exploitant van een specialistische zoekmachine op grond van het databankenrecht worden veroordeeld omdat de volledige databank aan haar eindgebruikers ter beschikking *kon worden gesteld* (potentieel systematisch hergebruiken) of alleen wanneer deze databank daadwerkelijk aan het publiek ter beschikking *is* gesteld (feitelijk systematisch hergebruiken)? Vergelijk in dat kader het criterium van het Hof van Justitie voor opvragen: niet het *kunnen opvragen* vormt een inbreuk, maar slechts het daadwerkelijk overbrengen van gegevens op een andere drager (zie hiervoor § 5). Als dit “kunnen opvragen” al zou moeten kunnen worden bestreden dan meen ik, anders dan Visser¹³⁶, dat hier veeleer het leerstuk van de onrechtmatige daad past.

Doorzochte gegevens waarschijnlijk niet allemaal beschermd

Bovendien is de vraag of de doorzochte gegevens (nog wel of al wel) beschermd zijn. Er zal immers veelal door de *actuele* gegevens van de vacaturewebsite worden gezocht en het is de vraag of die actuele gegevens wel beschermd zijn (zie § 4, ook over de lastige bewijspositie van de exploitant).

Een substantieel deel is niet hetzelfde als “veel” gegevens

De specialistische zoekmachine zal na verloop van tijd weliswaar (cumulatief) *veel* gegevens uit de doorzochte databank aan het publiek ter beschikking hebben gesteld, maar dat dit hoeft geenszins ook een substantieel deel (in kwantitatieve of kwalitatieve zin) van de achterliggende databank te zijn. Goed denkbaar is immers dat door de specialistische zoekmachine (bewust¹³⁷) slechts een beperkt deel van de databank wordt doorzocht. Bovendien is de doorzochte databank zelf continu aan verandering onderhevig en vinden de zoekacties van de specialistische zoekmachine op verschillende momenten plaats. De specialistische zoekmachine zoekt dus steeds in een andere achterliggende databank. Het is mij niet duidelijk hoe gemeten (en dus gemotiveerd) moet worden dat desalniettemin sprake is van hergebruik van een substantieel deel van die gegevens.

¹³⁵ Proefschrift Beunen (noot 5), p. 167.

¹³⁶ Annotatie D.J.G Visser bij Vzr Rb Utrecht 21 november 2007, LJN BB8341, in: Mediaforum 2008-1, nr. 4, p. 48.

¹³⁷ Bijvoorbeeld bij een specialistische zoekmachine voor vacatures voor secretaresses, die ook generieke websites met vacatures doorzoekt.

Uitleg begrippen moet passen bij doel en strekking van de richtlijn

Ten slotte merk ik op dat de uitleg van de begrippen opvragen en hergebruiken steeds worden gezien in het licht van het doel van het databankenrecht¹³⁸. De begrippen zijn bedoeld om de investeringen in de databank te beschermen¹³⁹. Anders dan Visser¹⁴⁰ meen ik dat die investeringen door een specialistische zoekmachine worden gerespecteerd, aangezien de specialistische zoekmachine type 2 in de regel, juist omdat het gebruik en het belang van zoekmachines alleen maar toeneemt, leidt tot *extra* bezoek aan de website van de exploitant van de doorzochte website. Die exploitant heeft juist omwille van de advertentietarieven belang bij veel bezoekers. Dat is ook precies hoe het web werkt (zie ook Hugenholtz¹⁴¹). Van ondergraving van het business model van de doorzochte website is, anders dan Visser stelt, volgens mij geen sprake, nu juist de meest interessante (want contextgevoelige¹⁴²) advertenties op de doorzochte vacaturewebsite geplaatst zullen zijn op de pagina's die schuil gaan achter de *deeplinks*¹⁴³. En dat zijn nu precies de pagina's waar de specialistische zoekmachine de bezoeker heen leidt. De *click ratio* – het aantal keer dat geklikt wordt op een advertentie in verhouding tot het aantal vertoningen van die advertentie – zal dus vermoedelijk omhoog gaan, hetgeen voordeel oplevert voor de exploitant van de doorzochte databank.

Strijd met normale exploitatie geen apart criterium

Op grond van de tekst van artikel 2 lid 1 sub b lijkt ook sprake te moeten zijn van de aanvullende eis van “*handelingen die in strijd zijn met de normale exploitatie van de databank of die ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de belangen van de producent van de databank*”. Anders dan Maas¹⁴⁴ en Volgenant¹⁴⁵, maar met de rechtbank Den Haag¹⁴⁶, meen ik dat uit overweging 89 van het William Hill arrest volgt dat wanneer een databank systematisch wordt overgenomen op de wijze als in die casus besproken de betreffende strijd met de normale exploitatie een gegeven is. In die overweging staat immers kortweg dat wanneer sprake is van handelingen waarvoor geen toestemming is gegeven en waarvan het cumulatief effect is dat (een substantieel deel van) de databank wordt gereconstrueerd of aan het publiek ter beschikking wordt gesteld, de vereiste ernstige schade “aldus”¹⁴⁷ een gegeven is. Over strijd met normale exploitatie rept het Hof verder met geen woord, zodat kennelijk moet worden aangenomen dat genoemde handelingen per definitie in strijd met de normale exploitatie zijn. Het dictum en de daaraan voorafgaande overwegingen van het Directmedia

¹³⁸ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 45.

¹³⁹ William Hill (noot 8), rechtsoverweging 46.

¹⁴⁰ Annotatie D.J.G Visser (noot 136) en in artikel “*Doorzoekalldatabanken.nl*” (noot 93).

¹⁴¹ Zie <<http://webwereld.nl/nieuws/55311/-gaspedaal-vonnis-bedreigt-fundamenten-van-het-web-.html>>

¹⁴² Wie zoekt op vacatures voor secretaresses krijgt advertenties te zoeken voor cursussen voor secretaresses, terwijl bij vacatures voor advocaten bijvoorbeeld advertenties van juridische uitgeverijen staan vermeld.

¹⁴³ De bestemmingspagina van de doorzochte databank waar de specialistische zoekmachine naar verwijst.

¹⁴⁴ Wim Maas (noot 96).

¹⁴⁵ Annotatie in Computerrecht 2009/107.

¹⁴⁶ Gaspedaal bodem (24), rechtsoverweging 4.22.

¹⁴⁷ Engels: “thus”, Frans: “ainsi”, Duits: “dadurch”.

arrest bevestigen naar mijn mening deze visie: het reconstrueren van een databank door repetitief en systematisch delen uit een databank over te brengen is een “opvraging”¹⁴⁸.

10. Conclusie

De strijd tussen exploitanten van een databank en van een specialistische zoekmachine maakt pijnlijk duidelijk hoeveel onduidelijkheden er nog voor exploitanten van databanken bestaan. In 2006 werd bij de eerste evaluatie over de richtlijn al geconstateerd dat de bevraagde respondenten “*the scope of the right (...) unclear*” vonden¹⁴⁹. Die onduidelijkheden laten zich knellend voelen bij de bijzondere werkwijze van een specialistische zoekmachine.

In dit artikel heb ik geconstateerd dat (zeer) goed verdedigd kan worden dat investeringen die louter zien op het ontwikkelen en/of onderhouden van de software niet mogen meetellen bij het begrip “*substantiële investering in de databank*” (zie § 2). Dat betekent dat bij online exploitatie van databanken, waar gegevens vaak door derden zelf worden aangeleverd, het alleen om die reden al de vraag is of wel sprake is van een beschermingswaardige databank.

Daar komt bij dat de regels over de beschermingsduur er toe leiden dat recent toegevoegde gegevens in beginsel niet beschermd zijn, terwijl die gegevens online veelal het meest waardevol, immers het meest actueel, zijn (sommige gegevens zullen na verloop van tijd zelfs waardeloos worden, zoals achterhaalde vacatureadvertenties). Wil de databankexploitant die recente gegevens toch beschermd zien, dan is hij degene die zal moeten bewijzen dat na eerste publicatie voldoende nieuwe gegevens zijn toegevoegd en dat in die vernieuwing voldoende geïnvesteerd is (zie § 3). Dit brengt een administratieve last met zich mee waar exploitanten vermoedelijk niet op zitten te wachten.

In een grotere databank zullen veelal allerlei deelverzamelingen van gegevens onderscheiden kunnen worden. Wanneer dat in een procedure gebeurt, zal steeds moeten worden onderzocht of een dergelijke deelverzameling ook als “databank” is aan te merken (§ 4). Het lijkt voor de exploitant van de databank aantrekkelijk om dit onderscheid te maken, aangezien het leidt tot kleinere afzonderlijke databanken. De hoeveelheid door de specialistische zoekmachine uit die (kleinere) databank(en) overgenomen gegevens zal eerder als “substantieel” worden aangemerkt. Daar staat echter tegenover dat de procedure er bepaald niet eenvoudiger op wordt, aangezien er met dit onderscheid niet langer met één (moeder)databank maar met vele verschillende (deel)databanken rekening gehouden dient te worden. Daar komt bij dat het maken van dit onderscheid, in combinatie met de regels over beschermingsduur van gegevens, er toe leidt dat na verloop van tijd de in de (overkoepelende) moederdatabank opgenomen gegevens niet langer beschermd zullen zijn (§ 5).

Dat een specialistische zoekmachine gegevens “opvraagt” uit een databank zal voor de producent van een databank veelal niet moeilijk zijn om aan te tonen (zie § 6). Of er ook sprake is van “hergebruiken” is minder eenvoudig aantoonbaar. Bij een bepaald type specialistische zoekmachines

¹⁴⁸ Zie Directmedia (noot 79), overweging 59 en dictum.

¹⁴⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf, p. 23.

is het nog maar de vraag of deze wel aan hergebruiken doet (zie § 7). Vereist is immers dat een substantieel deel van de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld, terwijl deze zoekmachines slechts een klein deel van een databank hergebruiken. Uit een kritische analyse van de uitspraken over degelijke zoekmachines blijkt bovendien dat rechters geen eenduidige criteria gebruiken bij de vraag of een *substantieel deel* van de databank is opgevraagd of hergebruikt (zie § 8). Rechters blijken de criteria anders toe te passen dan het Hof van Justitie voorschrijft. Vergelijkbare percentages overgenomen gegevens worden bij de ene rechter wel als substantieel aangemerkt en bij de andere rechter niet.

Bij een bepaald type specialistische zoekmachine zal de exploitant van een databank moeten terugvallen op het verbod een databank stukje bij beetje “leeg te melken” (zie § 9). Die bepalingen lijken echter evenmin toegespitst op de praktijk van de specialistische zoekmachine. De regels van het databankenrecht lijken er vanuit te gaan dat een databank zich op een vaste drager bevindt en dat een inbreukmaker een partij is die een concurrerende databank uitbrengt, eveneens op een vaste drager. In de online wereld brengen de partijen die van inbreuk worden beticht echter veelal geen eigen databanken op de markt, maar slechts hulpmiddelen om de databank van de ander te doorzoeken. Zij worden nu ervan beticht aan “opvragen” dan wel “hergebruiken” te doen, terwijl in de offline wereld het op de markt brengen van hulpmiddelen nooit als dergelijke (primaire) inbreuk is aangemerkt. Daar komt bij dat de doorzochte online databank continu aan verandering onderhevig is en het maar de vraag is of een specialistische zoekmachine na verloop van tijd een “substantieel deel” van die (zich continu wijzigende) gegevens aan het publiek ter beschikking heeft gesteld.

De gesignaleerde knelpunten in de Databankenwet stellen de rechters voor een onmogelijke opgave. Het effect is dat eenduidige criteria niet te formuleren zijn en de rechtszoekende in grote onzekerheid blijft verkeren. Dat is onwenselijk en zal ook niet beoogd zijn met de invoering van regels ter bescherming van databanken. De oplossing zal naar mijn mening gezocht moeten worden in aanpassing van de regels. Dat vraagt om een Europees initiatief.