

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 8 juni 2004¹

I — Opmerking vooraf

II — De toepasselijke regelingen

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 1 van de richtlijn bevat bepalingen over het toepassingsgebied van de richtlijn. Het bepaalt onder meer:

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing is een van vier parallelle procedures² over de uitlegging van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken³ (hierna „de richtlijn”). Evenals in de andere gaat het in deze procedure om het zogenoemde recht *sui generis* en de draagwijdte ervan op het gebied van sportweddenschappen.

„1. Deze richtlijn betreft de rechtsbescherming van databanken in ongeacht welke vorm.

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

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — De andere zijn de zaken C-46/02, C-203/02 en C-338/02, waarin ik vandaag eveneens conclusie neem (arresten van 9 november 2004, Jurispr. blz. I-10365, I-10415, I-10497).

3 — PB L 77, blz. 20.

3. Hoofdstuk III met de artikelen 7 tot en met 11 regelt het recht sui generis. Artikel 7 betreft het voorwerp van het recht en luidt:

door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht om controle uit te oefenen op de doorverkoop van die kopie in de Gemeenschap.

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

Openbare uitlening wordt niet als opvraging of hergebruik beschouwd.

2. In dit hoofdstuk wordt:

3. Het in lid 1 bedoelde recht kan overgedragen, afgestaan of contractueel in licentie gegeven worden.

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

[...]

b) onder ‚hergebruik’ verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, online-transmissie of in een andere vorm. De eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een databank

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

4. Artikel 8 regelt de rechten en plichten van de rechtmatige gebruikers. Lid 1 van dit artikel bepaalt:

een nieuwe substantiële investering, gaat voor de door die investering ontstane databank een eigen beschermingstermijn in.”

„De fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken. Voorzover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen en/of te hergebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.”

5. Artikel 9 bepaalt, dat de lidstaten uitzonderingen op het recht sui generis kunnen bepalen.

6. Artikel 10 regelt de beschermingsduur; lid 3 ervan bepaalt:

„Met elke in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële wijziging van de inhoud van een databank, met name elke substantiële wijziging ingevolge opeenvolgende toevoegingen, weglatingen of wijzigingen, die in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van

B — *Nationaal recht*

7. De richtlijn is in Griekenland geïmplementeerd bij wet nr. 2819/2000. Volgens artikel 7, alinea B, van de memorie van toelichting bij deze wet „vloeit de noodzaak van bescherming van de databanken voort uit het feit dat het maken van databanken aanzienlijke investeringen van menselijke, technische en financiële aard vereist, terwijl het kopiëren of raadplegen van databanken veel minder kost dan het onafhankelijk opbouwen ervan”. Volgens alinea E krijgt de fabrikant naast het recht van intellectuele eigendom een recht sui generis op de databank, zodat hij het zonder zijn toestemming opvragen en/of hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud van een databank kan verbieden.

III — De feiten en het hoofdgeding

A — *Algemeen*

8. De beroepsvoetbalwedstrijden in de hoogste competitie worden in Engeland georganiseerd door „The Football Association Premier League Limited” en „The

Football League Limited" en in Schotland door „The Scottish Football League". De Premier League en de Football League (met Division One, Division Two en Division Three) omvatten samen vier divisies. Vóór elk speelseizoen worden de wedstrijdkalenders voor de in elke divisie te spelen wedstrijden opgesteld. De gegevens worden elektronisch opgeslagen en zijn voor iedereen toegankelijk. De wedstrijdkalenders worden onder meer in brochures afgedrukt, zowel chronologisch als per elftal dat in de betrokken divisie speelt. De wedstrijden worden aangegeven in de vorm X tegen Y (bijvoorbeeld Southampton tegen Arsenal). Verdeeld over 41 weken, vinden er per seizoen ongeveer 2000 ontmoetingen plaats.

9. De organisatoren van de Engelse en de Schotse voetbalcompetitie hebben de Schotse vennootschap Football Fixtures Limited opdracht gegeven het gebruik van de wedstrijdkalenders door middel van het verlenen van licenties e.d. te regelen. Football Fixtures Limited heeft haar rechten op het beheer en het gebruik buiten Groot-Brittannië weer overgedragen aan Fixtures Marketing Limited (hierna „Fixtures").

B — Bijzonderheden

10. Fixtures heeft verscheidene procedures gevoerd tegen de naamloze vennootschap

Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (hierna: „OPAP"). Zij verwijt OPAP, onrechtmatig en zonder toestemming van de Engelse en Schotse vennootschappen die de kalenders van de in Engeland en Schotland te spelen voetbalwedstrijden hebben gecreëerd en opgesteld en ze ook gebruiken, herhaaldelijk een aanzienlijk aantal clubkoppelingen op te vragen en over te brengen naar haar internetsites „Pame Stoichima", „Podosfairio Kathe Mera", „Chryso Podosfairio" en „Propo", die zij verspreidt en ter beschikking van het Griekse publiek stelt, en daardoor inbreuk te maken op het recht sui generis van de door Fixtures vertegenwoordigde vennootschappen. Met een beroep op spoedeisendheid verzoeken deze dan ook om een voorlopige voorziening, in concreto een verbod voor OPAP, onder bedreiging met een geldboete voor iedere overtreding, om het recht van Fixtures op de kalenders van de in Engeland en Schotland te spelen voetbalwedstrijden te schenden, met openbaarmaking van het vonnis in de Atheense dagbladen op kosten van verweerder.

IV — De prejudiciële vragen

11. Het Monomeles Protodikeio Athinon verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Wat moet worden verstaan onder databank, en wat is de werkingssfeer van richtlijn 96/9/EG, inzonderheid van artikel 7, betreffende het recht sui generis?

2) Strekt de werkingssfeer van de richtlijn zich ook uit tot kalenders van voetbalwedstrijden, in dier voege dat die kalenders bescherming genieten als databanken waarop de fabrikant een recht sui generis heeft, en zo ja, onder welke voorwaarden?

3) Hoe wordt het recht op de databank precies geschonden en geniet dit recht ook bescherming na wijziging van de inhoud van de databank?"

13. De Commissie wijst er enkel op, dat het met de door de verwijzende rechter verstrekte informatie niet mogelijk zou zijn de bepalingen van de richtlijn op de concrete feiten toe te passen. Twijfel aan de ontvankelijkheid uit de Commissie echter niet.

14. Volgens vaste rechtspraak staat het uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die daarin uitspraak moet doen, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden.⁴

V — De ontvankelijkheid

12. Volgens de Finse regering voldoet de verwijzingsbeschikking niet aan de door de rechtspraak van het Hof ontwikkelde criteria voor de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen. Zo ontbreekt een bevredigende uiteenzetting van de situatie naar nationaal recht. Overigens wordt naar artikel 3 in plaats van naar het toepasselijke artikel 7 van de richtlijn verwezen. Verder bestaat het feitenrelaas uitsluitend uit een samenvatting van de argumenten van Fixtures. Zo ontbreekt een beschrijving van wat OPAP precies is. Ook wordt het verband tussen de rechtsvoorschriften en de feiten niet gepreciseerd. De gegevens zijn zo karig, dat de Finse regering geen uitvoerige opmerkingen kan indienen.

15. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijke en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om

⁴ — Arresten van 22 mei 2003, *Korhonen Oy* (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punt 19); 22 januari 2002, *Canal Satélite* (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 18), en 13 maart 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38).

een nuttig antwoord op de gestelde vragen te kunnen geven.⁵

16. In deze zaak blijkt niet, dat de vragen van de verwijzende rechter aan een van die hypothesen beantwoorden. In de eerste plaats valt niet aan te nemen dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, want de beslissing in het hoofdgeding hangt onder meer af van de betekenis van „databank” in artikel 1 van de richtlijn. In de tweede plaats heeft de verwijzende rechter het Hof, al is het in beknopte vorm, alle nodige gegevens verschaft om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te kunnen geven.

17. Het is vaste rechtspraak, dat de nationale rechter wegens het vereiste om tot een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, een omschrijving moet geven van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, althans de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd.⁶ Aangezien de toepassing op de concrete feiten tot de taak van de nationale rechter behoort, zijn het Hof voldoende gegevens betreffende het feitelijk en juridisch kader meegedeeld om het in staat te stellen een nuttig antwoord op de prejudiciële vragen te geven. De verwij-

zingsbeschikking bevat zelfs gegevens die in de door de Finse regering niet bekritiseerde verwijzingsbeschikking in de parallelle zaak C-46/02 ontbreken, te weten over de verhouding tussen Fixtures en Football Fixtures Limited. Met betrekking tot de activiteit van OPAP is voldoende informatie verschaft.

18. De in de verwijzingsbeschikkingen verstrekte gegevens dienen echter niet enkel om het Hof in staat te stellen een bruikbaar antwoord te geven, maar ook om de regeringen van de lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid te bieden, overeenkomstig artikel 23 van 's Hofs Statuut opmerkingen te maken. Het Hof dient erop toe te zien, dat deze mogelijkheid gewaarborgd blijft, in aanmerking genomen dat ingevolge voormelde bepaling alleen de verwijzingsbeschikkingen ter kennis van de belanghebbende partijen worden gebracht.⁷

19. Uit de talrijke overeenkomstig artikel 23 van 's Hofs Statuut ingediende opmerkingen — overigens ook van de Finse regering — blijkt, dat de gegevens in de verwijzingsbeschikking de partijen zeer wel in staat hebben gesteld tot een standpuntbepaling met betrekking tot de aan het Hof voorgelegde vragen.

5 — Arresten van 8 mei 2003, Agrargenossenschaft Alkersleben (C-268/01, Jurispr. blz. I-4353, punt 46), en 13 maart 2001, PreussenElektra, reeds aangehaald, punt 39.

6 — Arresten van 11 september 2003, Altair Chimica SpA/ENEL Distribuzione SpA (C-207/01, Jurispr. blz. I-8875, punt 24), en 21 september 1999, Brentjens (C-115/97-C-117/97, Jurispr. blz. I-6025, punt 38).

7 — Arrest van 11 september 2003, Altair Chimica SpA/ENEL Distribuzione SpA, reeds aangehaald, punt 25; beschikkingen van 30 april 1998, Testa en Modesti (C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 6), en 11 mei 1999, Anssens (C-325/98, Jurispr. blz. I-2969, punt 8).

20. Verder heeft het Hof beslist, dat de nationale rechter een minimum aan toelichting moet geven over de redenen waarop zijn keuze van de uit te leggen gemeenschapsbepalingen is gebaseerd, en over het verband dat er volgens hem bestaat tussen die bepalingen en de nationale voorschriften die op het geding van toepassing zijn.⁸

23. Op enkele punten hebben de prejudiciële vragen echter geen betrekking op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, dus van de richtlijn, maar op de toepassing van de richtlijn op een concreet geval. In zoverre ben ik het eens met de Commissie, dat in het kader van een prejudiciële procedure overeenkomstig artikel 234 EG dat laatste niet de taak van het Hof, maar van de nationale rechter is, en dat het Hof zich in deze procedure tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht moet beperken.

21. Volgens 's Hofs rechtspraak is het echter voldoende, dat de door de nationale rechter beschreven feiten het waarschijnlijk maken dat de feiten van het hoofdgeding onder de toepassing vallen van de voorschriften waarvan uitlegging wordt gevraagd. Het Hof kan de verwijzende rechter immers aanwijzingen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht geven, die voor de beslissing in het hoofdgeding nuttig zijn. Daarbij kan het Hof rekening houden met bepalingen van gemeenschapsrecht waaraan de verwijzende rechter in zijn vraag niet heeft gerefereerd.⁹

24. Immers, volgens vaste rechtspraak van het Hof behoort in de procedure krachtens artikel 234 EG, die op een duidelijke taakverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie berust, de beoordeling van de concrete feiten tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter.¹⁰

22. Gelet op het voorgaande zijn de prejudiciële vragen van het Monomeles Protodikeio Athinon in principe ontvankelijk.

25. Het Hof is dus niet bevoegd om over de feiten van het hoofdgeding te beslissen of de door hem uitgelegde gemeenschapsvoorschriften op nationale regelingen of situaties toe te passen, daar dit de uitsluitende bevoegdheid van de verwijzende rechter is. De beoordeling van bepaalde details met

8 — Arrest van 21 januari 2003, Bacardi-Martini SAS en Cellier des Dauphins (C-318/00, Jurispr. blz. I-905, punt 44), en beschikking van 28 juni 2000, Laguillaumie (C-116/00, Jurispr. blz. I-4979, punt 16).

9 — Arresten van 16 januari 2003, Libor Cipra en Vlastimil Kvasnicka (C-439/01, Jurispr. blz. I-745, punt 22), en 19 november 2002, Strawson en Gagg & Sons (C-304/00, Jurispr. blz. I-10737, punten 57 en 58).

10 — Arresten van 15 november 1979, Denkavit (36/79, Jurispr. blz. 3439, punt 12); 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzaro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punt 37); 22 juni 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Jurispr. blz. I-4785, punt 31), en 16 oktober 2003, Traunfellner (C-421/01, Jurispr. blz. I-11941, punten 21 e.v.).

betrekking tot de in geding zijnde databank vergt een feitelijke beoordeling, die de nationale rechter dient te verrichten.¹¹ Voor het overige is het Hof bevoegd de gestelde vragen te beantwoorden.

richtlijn verwezen naar criteria die pas bij de bepaling van het voorwerp van het recht sui generis een rol spelen.

VI — De gegrondheid — Beoordeling

26. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechter betreffen de uitlegging van een reeks bepalingen van de richtlijn, in wezen de uitlegging van bepaalde begrippen. De aspecten die daarbij ter sprake komen, behoren tot verschillende gebieden en moeten dienovereenkomstig worden geordend. Terwijl enkele rechtsvragen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn betreffen, hebben andere betrekking op de voorwaarden waaronder het recht sui generis functioneert, en op de inhoud van dit recht.

28. Bij de uitlegging van het begrip „databank” in de zin van artikel 1, lid 2, gaat het om een van de basiscriteria voor de toepassing van de richtlijn en daarmee voor het materiële toepassingsgebied ervan. Daarvan moet worden onderscheiden het materiële toepassingsgebied van het recht sui generis, dus het in artikel 7 van de richtlijn geregelde „voorwerp van de bescherming”. Deze bepaling knoopt weliswaar aan bij de wettelijke definitie van databank, maar stelt enkele aanvullende criteria voor het voorwerp van het recht sui generis. Dit betekent dat niet alle databanken in de zin van artikel 1, lid 2, tegelijkertijd voorwerp van bescherming in de zin van artikel 7 van de richtlijn zijn.

A — *Het materiële toepassingsgebied: het begrip „databank” (eerste en tweede prejudiciële vraag)*

27. Enkele partijen hebben in hun schriftelijke opmerkingen over het begrip „databank” in de zin van artikel 1, lid 2, van de

29. Dit onderscheid is ook in de considerans van de richtlijn te vinden. Zo gaat het in punt 17 om het begrip databank en in punt 19 om het voorwerp van het recht sui generis. Bij de keuze van de daar genoemde voorbeelden om de verschillende betekenissen te illustreren, heeft men echter geen gelukkige hand gehad. Zo geldt de vastlegging van een werk van kunst, bijvoorbeeld een muzikaal werk, zelfs niet als databank, terwijl daarentegen een compilatie van vastleggingen van muziekwerken niet tot de beschermde voorwerpen behoort. Dit laatste volgt echter al uit de omstandigheid, dat er in een dergelijk geval helemaal geen sprake is van een databank.

¹¹ — Zie arrest van 4 december 2003, EVN (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 59).

30. Vervulling van het criterium „databank” is dus een noodzakelijke, maar nog geen voldoende voorwaarde voor het toekennen van het in artikel 7 verankerde recht sui generis.

31. Een eerste aanknopingspunt voor de uitlegging van het begrip „databank” vormen volkenrechtelijke regelingen die als oriëntatie kunnen dienen. Daartoe behoort in de eerste plaats artikel 10, lid 2, van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-Overeenkomst)¹², ofschoon die bepaling niet alle criteria van artikel 1, lid 2, van de richtlijn bevat. Verder behoort daartoe artikel 2, lid 5, van de herziene Berner Conventie. Volkenrechtelijke regelingen die van jongere datum dan de richtlijn zijn, kunnen daarentegen geen bruikbare maatstaf vormen. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 5 van het WCT WIPO Copyright Treaty, dat eerst in 1996 is aangenomen. Naar uit de voorstukken van de richtlijn en in het bijzonder de stukken van de Commissie blijkt, moest de richtlijn zich vooral aan de herziene Berner Conventie oriënteren.

32. Uitlegging in het licht van genoemde volkenrechtelijke regelingen brengt ons evenwel wat het begrip „databank” betreft, niet veel verder, omdat artikel 1, lid 2, van de

richtlijn een, weliswaar niet erg precieze, definitie bevat waarin meerdere criteria worden genoemd, waarvan de betekenis in het volgende zal worden verduidelijkt. Daarbij dienen wij echter voor ogen te houden dat het Hof de nationale rechter weliswaar nuttige aanwijzingen voor diens beslissing in het hoofdgeding moet geven, maar dat het de taak van de nationale rechter blijft om die door het Hof uitgelegde communautaire bepalingen of de overeenkomstige nationale bepalingen van de implementatiewetgeving op het concrete geval toe te passen.

33. Reeds de structuur van artikel 1 van de richtlijn, dat verschillende regelingen met betrekking tot databanken bevat, wijst in de richting van een ruime uitlegging. Zo geldt de richtlijn volgens artikel 1, lid 1, voor „databanken in ongeacht welke vorm”. Verder spreekt ook de omstandigheid dat artikel 1, lid 3, een uitzondering vastlegt, en wel voor computerprogramma's, voor een ruime uitlegging van het begrip „databank”.

34. Ten gunste van een ruime uitlegging kan ook worden verwezen naar de bedoeling van de communautaire wetgever zoals in de voorstukken tot uiting komend.¹³

¹² — PB 1994, L 336, blz. 214.

¹³ — Jens-Lienhard Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, 1999, paragraaf 58 e.v.

35. Van wezenlijk belang voor de bepaling van het begrip „databank” is echter, dat aan de in artikel 1, lid 2, genoemde drie criteria wordt voldaan.

38. In deze zaak gaat het veel meer om de vraag of aan het criterium van zelfstandigheid van de gegevens of elementen is voldaan.

36. In de eerste plaats moet er een „verzameling van werken, gegevens of andere *zelfstandige* elementen” zijn (cursivering van mij). Of het in het hoofdgeding om gegevens dan wel om elementen gaat, is een vraag waarover wij ons het hoofd niet behoeven te breken. In concreto betreft het ofwel gegevens, in de zin van reeksen tekens met de functie feiten weer te geven, dat wil zeggen elementaire mededelingen met een potentieel informatiegehalte¹⁴, ofwel om elementen als herkenbare eenheden.

39. Dit criterium moet zo worden begrepen, dat de gegevens of elementen niet van elkaar afhankelijk mogen zijn of althans zonder verlies aan informatiegehalte gescheiden kunnen worden¹⁵, wat bijvoorbeeld betekent dat klanken of beelden van een film er niet onder vallen. Een mogelijke uitlegging is, dat niet slechts op de wederzijdse afhankelijkheid van de elementen wordt gelet, maar op de afhankelijkheid binnen een verzameling.¹⁶

37. Bij gebreke van precisering in de richtlijn is daarbij echter niet vereist, dat het een aanzienlijk aantal gegevens of elementen betreft. Ofschoon het Parlement een dergelijke precisering wenste, heeft de Raad noch de Commissie daar gevolg aan gegeven. Kwantitatieve criteria vinden we pas in de regeling van het recht sui generis in artikel 7, lid 1, van de richtlijn, waar sprake is van een „substantiële investering”.

40. In de tweede plaats geldt de richtlijn slechts voor verzamelingen die systematisch of methodisch geordend zijn. Punt 21 van de considerans verduidelijkt, dat het niet nodig is dat de gegevens fysiek geordend zijn opgeslagen. Door deze voorwaarde worden ongeordende gegevensverzamelingen uitgesloten en enkel planmatige verzamelingen¹⁷,

14 — Josef Krähn, *Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken, unter besonderer Berücksichtigung des sui-generis-Rechts*, 2001, blz. 7.

15 — Matthias Leistner, „The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2000, blz. 950, 956.

16 — Simon Chalton, „The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive”, *E.I.P.R.* 1998, blz. 178, 179.

17 — Matthias Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000, blz. 53 e.v.

dat wil zeggen gegevens die volgens bepaalde criteria¹⁸ geordend zijn, onder de toepassing van de richtlijn gebracht. Daarbij volstaat het, dat een gegevensstructuur wordt vastgelegd en de ordening pas door de toepassing van een speciaal zoekprogramma ontstaat¹⁹, in wezen dus door sorteren, eventueel door middel van indexering. Onder de richtlijn vallen zowel statische als dynamische²⁰ databanken.

41. In de derde plaats verlangt artikel 1, lid 2, van de richtlijn, dat de gegevens „afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk” zijn. Het enkele opslaan van gegevens valt dus niet onder het begrip „databank” in de zin van artikel 1, lid 2.

42. Een en ander betekent dat het begrip „databank” in de zin van artikel 1, lid 2, ruim moet worden uitgelegd. Beperkingen volgen echter uit de in artikel 7, lid 1, van de richtlijn genoemde criteria voor het voorwerp van bescherming.

43. Enkele regeringen zijn van mening, dat de keuze en ordening van de inhoud van de databank betreffende sportwedstrijden geen eigen intellectuele prestatie is. Dienaangaande herinner ik eraan, dat creativiteit geen kenmerk van een databank in de zin van artikel 1 van de richtlijn is. Dat creativiteit een kenmerk is, is zelfs met betrekking tot het voorwerp van het recht sui generis twijfelachtig. Dat een databank een eigen intellectuele schepping is, is echter wel een essentiële voorwaarde voor de bescherming ervan door het in hoofdstuk II van de richtlijn (artikel 3 e.v.) geregelde auteursrecht. Artikel 7, lid 4, van de richtlijn bepaalt, dat het recht sui generis geldt ongeacht de mogelijkheid dat de databank of de inhoud ervan door het auteursrecht wordt beschermd.

44. Het voorwerp van het recht sui generis is niet hetzelfde als dat van het auteursrecht. In tegenstelling tot het auteursrecht, dat de creatieve prestatie beschermt, beoogt dit nieuw gecreëerde recht de bescherming van de geïnvesteerde middelen.²¹ Ook met betrekking tot de rechthebbende is er een verschil. Terwijl het recht sui generis de fabrikant van een databank beschermt, beschermt het auteursrecht, zoals de naam al zegt, de auteur.

18 — Silke von Lewinski, in: Michel M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, paragraaf 20 ad artikel 1 van de databankrichtlijn.

19 — Herman M. H. Speyart, „De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland”, *Informatierecht — AML* 1996, blz. 151, 155.

20 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 6 ad artikel 1.

21 — Ibid.

45. Enkele regeringen hebben in hun schriftelijke opmerkingen erop gewezen, dat de hier in geding zijnde databank niet systematisch of methodisch geordend is, omdat het koppelen van de teams door middel van loting gebeurt. Dienaangaande kan worden opgemerkt, dat de inhoud van de databank niet slechts gegevens betreft die door loting zijn ontstaan, maar ook aanvullende gegevens, zoals plaats en tijd van de wedstrijd.

gaat het dus om de bescherming van wat is gefabriceerd, waarbij indirect ook de daartoe verrichte inspanning, dat wil zeggen de investering, wordt beschermd.²²

48. De in artikel 7 van de richtlijn genoemde voorwaarden komen bij die welke in artikel 1, lid 2, zijn omschreven. Daardoor is de definitie van het beschermde voorwerp enger dan die van „databank” in de zin van artikel 1.

B — Voorwerp van bescherming: voorwaarden (eerste en tweede prejudiciële vraag)

46. Voorwaarde voor de toepasselijkheid van het in artikel 7 van de richtlijn bedoelde recht sui generis, is dat de databank aan de in die bepaling vastgelegde criteria voldoet, en het is de uitlegging van enkele van die criteria die in deze procedure aan de orde is.

47. In dit verband wil ik herinneren aan de juridische discussie over de vraag of dat recht sui generis dient ter bescherming van de prestatie, dat wil in wezen zeggen de werkzaamheid bestaande in het fabriceren van een databank, of van het daardoor voortgebrachte resultaat. De richtlijn, zo merk ik op, beschermt databanken respectievelijk de inhoud ervan, doch niet de daarin opgeslagen informatie als zodanig. Uiteindelijk

49. Het door de richtlijn ingevoerde recht sui generis gaat terug op de Noordse catalogrechten en de Nederlandse „geschriften-bescherming”. Dit mag ons er echter niet toe verleiden, de in de doctrine en de rechtspraak in verband met deze oudere regelingen ontwikkelde inzichten in de richtlijn terug te willen vinden. Het is integendeel de richtlijn die maatstaf voor de uitlegging van het nationale recht moet zijn, ook in lidstaten waar al vóór de richtlijn soortgelijke bepalingen golden. Ook in deze lidstaten moesten de nationale regelingen aan het model van de richtlijn worden aangepast.

²² — Malte Grützmacher, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken*, 1999, blz. 329; Georgios Koumantos, „Les bases de données dans la directive communautaire”, *Revue internationale du droit d’auteur* 1997, blz. 79. Anderen zien daarentegen de investering als voorwerp van bescherming (aldus Von Lewinski, paragraaf 3 ad artikel 7, en de bij Grützmacher op blz. 329 in voetnoot 14 aangehaalde literatuur).

1. „Substantiële investering”

50. Een sleutelbegrip bij de bepaling van het voorwerp van het recht sui generis is de term „substantiële investering” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Dit criterium wordt nader gepreciseerd door de toevoeging dat de investering in „kwalitatief of kwantitatief opzicht” substantieel moet zijn. Definities van deze twee alternatieven ontbreken echter in de richtlijn. Duidelijkheid op dit punt wordt in de doctrine van het Hof verwacht. Deze verwachting is zonder meer legitiem, want alleen zo is een autonome en eenvoudige uitlegging binnen de Gemeenschap gewaarborgd. Daarbij mag men echter niet over het hoofd zien dat de toepassing van de uitleggingscriteria uiteindelijk de taak van de nationale rechterlijke instanties is, wat het gevaar van verschillende toepassing meebrengt.

51. Zoals reeds uit de structuur van artikel 7, lid 1, van de richtlijn blijkt, moet het begrip „substantiële investering” relatief worden opgevat. Volgens de motivering van het gemeenschappelijk standpunt waarin deze bepaling haar definitieve formulering kreeg, moesten de investeringen worden beschermd die voor de opslag en verwerking van de inhoud van een databank zijn ver-²³richt.

52. De investeringen moeten dus betrekking hebben op bepaalde activiteiten in verband met de fabricage van een databank. Artikel 7 noemt er in dit verband drie: het verkrijgen, controleren en presenteren van de inhoud van de databank. Daar deze definitiebestanddelen het onderwerp zijn van een andere prejudiciële vraag, zal ik hier niet op de betekenis ervan ingaan.

53. Welke soorten investeringen bedoeld kunnen zijn, blijkt uit punt 40 van de considerans van de richtlijn. Het laatste zinsdeel daarvan luidt: „[...] deze investering [kan] een kwestie [...] zijn van geld en/of tijd, moeite en energie”. Volgens punt 7 van de considerans gaat het om „aanzienlijke menselijke, technische en financiële inspanningen”.

54. Verder moet ook de term „substantieel” relatief worden begrepen, en wel enerzijds met betrekking tot de kosten en de afschrijving²⁴ en anderzijds in verhouding tot de omvang, de soort en de inhoud van de databank en de materie waarop zij betrekking heeft.²⁵

23 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, door de Raad vastgesteld op 10 juli 1995 (PB C 288, blz. 14).

24 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 9 ad artikel 7.

25 — Koumantos, o.c., blz. 119.

55. Beschermd worden dus niet slechts investeringen die absoluut gezien een hoge waarde vertegenwoordigen.²⁶ Toch mag het criterium „substantieel” niet enkel maar relatief worden opgevat. Als een soort minimalisering stelt de richtlijn voor beschermde investeringen namelijk ook een absolute ondergrens.²⁷ Dat valt af te leiden uit punt 19 van de considerans, volgens hetwelk de investering „voldoende substantieel” moet zijn.²⁸ Deze ondergrens moet echter wel laag worden gelegd. Dat suggereert in de eerste plaats punt 55 van de considerans²⁹, waarin een precisering omtrent de hoogte ontbreekt. In de tweede plaats volgt dat ook uit de omstandigheid dat de richtlijn een harmonisatie van verschillende stelsels tot stand moet brengen. In de derde plaats zou een te hoge ondergrens de functie van de richtlijn — een stimulans voor investeringen bieden — verzwakken.

56. In verschillende schriftelijke opmerkingen wordt uitgegaan van de zogenoemde „spin-off-theorie”, volgens welke bijproducten niet onder de bescherming vallen. Licentierechten mogen enkel worden verlangd voorzover zij ertoe dienen, de investeringen terug te verdienen. Deze belanghebbenden hebben erop gewezen dat de in geding zijnde databank nodig is voor het organiseren van sportwedstrijden, dat wil zeggen voor dit doel is gefabriceerd. De

investering dient het organiseren van wedstrijden en niet of niet uitsluitend de fabricage van de databank. De investering zou in elk geval zijn verricht, ook omdat er een verplichting met betrekking tot dat organiseren bestaat. De databank is dus slechts een bijproduct op een andere markt.

57. Wij zullen hier dus moeten nagaan, of en hoe de zogenoemde spin-off-theorie een rol kan spelen bij de uitlegging van de richtlijn en in het bijzonder van het recht sui generis. Gezien de in deze zaak geformuleerde bedenkingen met betrekking tot de bescherming van databanken die niet meer dan bijproducten zijn, lijkt het mij gewenst de spin-off-theorie te ontmythologiseren. Afgezien van nationale wortels, kan deze theorie om te beginnen in verband worden gebracht met het in de considerans van de richtlijn (punten 10-12) omschreven doel, te weten investeringen stimuleren door de bescherming ervan te verbeteren. Zij berust echter ook op de gedachte, dat investeringen door inkomsten uit de hoofdactiviteit moeten worden terugverdiend. En ten slotte is er een verband met de omstandigheid, dat de richtlijn slechts die investeringen beschermt, die onder meer voor het verkrijgen van de inhoud van een databank noodzakelijk zijn.³⁰ Al deze argumenten hebben hun waarde en moeten bij de uitlegging van de

26 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 11 ad artikel 7.

27 — Krähn, o.c., blz. 138 e.v.; Matthias Leistner, o.c., blz. 958.

28 — Gunnar W. G. Karnell, „The European Sui Generis Protection of Data Bases”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, blz. 994.

29 — J. van Manen, „Substantial Investments”, in: *Allied and in friendship: for Teartse Schaper*, 2002, blz. 123, 125.

30 — Zie hiervoor P. Bernt Hugenholtz, „De spin-off theorie uitgesponnen”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht* 2002, blz. 161 e.v.

richtlijn worden meegenomen. Dat mag er echter niet toe leiden dat elk spin-off-effect uitsluitend met beroep op een theorie wordt uitgesloten. Voor de uitlegging van de richtlijn zijn en blijven de voorschriften ervan beslissend.

vinden dat de bescherming van een databank van het doel ervan afhangt.

58. Voor de oplossing van het door deze zaak opgeworpen rechtsprobleem is verder van belang, of de verlening van bescherming aan een databank van de bedoeling van de fabrikant of van het doel van de databank afhangt, wanneer deze niet samenvallen. Dienaangaande zou men kunnen volstaan met op te merken, dat de richtlijn noch in artikel 1 noch in artikel 7 over het doel van de databank spreekt. Had de communautaire wetgever een dergelijke voorwaarde willen stellen, dan had hij dat zeker gedaan. Want zowel artikel 1 als artikel 7 bewijst, dat de communautaire wetgever stellig bereid was een reeks voorwaarden vast te leggen. Het doel van de databank is dus geen criterium voor de beoordeling van de vraag of zij onder de bescherming valt. Doorslaggevend zijn juist de in artikel 7 genoemde voorwaarden. Daaraan kan ook het door sommigen aangehaalde punt 42 van de considerans niets veranderen. In de eerste plaats gaat het daar om de draagwijdte van het recht sui generis en in de tweede plaats komt het ook hierbij erop aan, dat de investering niet wordt geschaad.

60. In de praktijk kunnen er bovendien ook fabrikanten zijn die met een databank meer dan één doel hebben. Het kan dan ook gebeuren dat de verrichte investeringen niet met één bepaald doel in verband kunnen gebracht of niet splitsbaar zijn. In dat geval zou het doelcriterium geen duidelijke oplossing bieden. Ofwel zou de investering onafhankelijk van een ander doel beschermd zijn ofwel wegens dat andere doel volledig onbeschermd. Het doelcriterium blijkt dus ofwel in de praktijk onbruikbaar ofwel onverenigbaar met het doel van de richtlijn. De uitsluiting van databanken die voor meer doelen bestemd zijn, zou immers ingaan tegen het doel investeringen te stimuleren. Investerings in multifunctionele databanken zouden daarmee enorm worden gedwarsboomd.

59. Maar ook elders in de considerans waar naar investeringen wordt verwezen en het belang ervan wordt beklemtoond, zoals in de punten 12, 19 en 40, is geen aanwijzing te

61. De hier in geding zijnde databank is een voorbeeld, dat de fabricage van de databank ook met het doel van opstelling van wedstrijdkalenders plaatsvindt. Voor elk afzonderlijk doel een eigen, mogelijksterwijs bijna identieke databank inrichten zou ingaan tegen fundamentele economische overwe-

gingen, en we mogen niet veronderstellen dat dat in de geest van de richtlijn zou zijn.

de „verkrijging”, „controle” of „presentatie” van de inhoud van een databank beschermd.

62. De vraag of in het hoofdgeding van een substantiële investering sprake is, betreft de toepassing van bovengenoemde criteria op een concrete situatie. Volgens de taakverdeling in een prejudiciële procedure overeenkomstig artikel 234 EG is daarvoor de nationale rechter bevoegd. Bij de beoordeling van de investeringen in de databank moeten in elk geval de omstandigheden een rol spelen die bij de vaststelling van de wedstrijdkalender in aanmerking worden genomen, zoals de attractiviteit van de wedstrijd voor de toeschouwers, de belangen van de bookmakers, de commerciële exploitatie door de clubs, andere evenementen ter plaatse op de geplande datum, een passende geografische verdeling van de wedstrijden en het vermijden van problemen voor de openbare orde. Ten slotte moet ook met het aantal wedstrijden rekening worden houden. Het bewijs van de verrichte investeringen moet daarbij worden geleverd door degene die zich op het recht sui generis beroept.

64. Wij moeten uitgaan van dat wat het recht sui generis wil beschermen, te weten het fabriceren van een databank. Fabricage kan dan ook worden beschouwd als het algemeen begrip³¹, dat de verkrijging, de controle en de presentatie omvat.

65. In het hoofdgeding gaat het om een veel besproken juridisch probleem, namelijk of en — eventueel onder welke voorwaarden — in hoeverre de richtlijn niet slechts bestaande, maar ook door de fabrikant nieuw gecreëerde gegevens beschermt. Wanneer verkrijging enkel betrekking heeft op bestaande gegevens, dan geldt ook de bescherming van investeringen enkel voor de verkrijging van bestaande gegevens. Gaat men dus van dit begrip verkrijging uit, dan hangt de bescherming van de in geding zijnde databank ervan af, of bestaande gegevens zijn verkregen.

2. „Verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

63. Een van de geschilpunten in casu is, of er sprake is van verkrijging in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Volgens deze bepaling zijn immers enkel investeringen in

66. Gaat men echter uit van het algemene begrip fabricage, dus het voorzien van de

31 — Giovanni Guglielmetti, „La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE”, *Contratto e impresa. Europa*, 1997, blz. 177, 184.

databank met inhoud³², dan kan het om zowel bestaande als nieuw gecreëerde gegevens gaan.³³

67. Opheldering zou een vergelijking van het in artikel 7, lid 1, gebruikte begrip „verkrijging” met de in punt 39 van de considerans van de richtlijn genoemde activiteiten kunnen brengen. Ik moet er echter al meteen op wijzen, dat de verschillende taalversies uiteenlopen.

68. Gaat men uit van het in de Duitse versie van artikel 7, lid 1, gebruikte begrip „Beschaffung” (verkrijging), dan kan dat enkel bestaande gegevens betreffen, want het kan alleen slaan op iets dat al bestaat. Zo gezien is „Beschaffung” juist het tegendeel van „Erschaffung” (creëren). Tot hetzelfde resultaat komt men bij de Portugese, de Franse, de Spaanse en de Engelse versie, die alle een woord gebruiken dat op het Latijnse „obtenere”, verkrijgen, teruggaat. Ook de Finse en de Deense versie pleiten voor een enge uitlegging. De door sommige partijen gekozen ruime uitlegging van de Duitse en de Engelse versie berust dan ook op een vergissing.

69. Meer aanwijzingen voor de juiste uitlegging van „verkrijging” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn zijn te vinden in punt 39 van de considerans, waarmee het consideransgedeelte betreffende het voorwerp van het recht sui generis wordt ingeleid. Met betrekking tot de beschermde investeringen noemt punt 39 slechts twee activiteiten, te weten „verkrijgen” en „verzamelen” van de inhoud. Maar ook hier ontstaan er problemen door de verschillen tussen de taalversies. In de meeste wordt voor de als eerste genoemde activiteit hetzelfde begrip gebruikt als in artikel 7, lid 1. Voor het overige beschrijven de gebezigde begrippen niet steeds dezelfde activiteit, maar in de kern betreffen zij wel het zoeken en verzamelen van de inhoud van een databank.

70. De taalversies die in punt 39 van de considerans twee van artikel 7, lid 1, afwijkende begrippen gebruiken, moeten aldus worden uitgelegd, dat de twee genoemde activiteiten als subvormen van verkrijging in de zin van artikel 7, lid 1, zijn te beschouwen. Daarmee rijst dan wel de vraag, waarom punt 39 van de considerans enkel een nadere omschrijving van verkrijging geeft, maar niet van controle of presentatie. Deze laatste twee begrippen duiken eerst in punt 40 op.

32 — Andrea Etienne Calame, *Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften*, 2002, blz. 115, voetnoot 554.

33 — Grüzmacher, o.c., blz. 330 e.v.; Leistner, o.c., blz. 152.

71. De taalversies die in punt 39 van de considerans en in artikel 7, lid 1, hetzelfde begrip gebruiken, zal men daarentegen aldus moeten uitleggen dat het begrip „verkrijging” in punt 39 eng en in artikel 7, lid 1, ruim moet worden opgevat, dat wil zeggen mede de andere in punt 39 genoemde activiteit omvat.

zijn verkregen. De richtlijn beschermt de gegevensverkrijging immers ook, wanneer de gegevens niet met het oog op een databank zijn verkregen.³⁷ Dit pleit er ook voor, een externe databank die op een interne databank is gebaseerd, onder de bescherming te brengen.

72. Alle taalversies laten dan ook een uitlegging toe waarbij „verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn weliswaar niet het loutere produceren, dat wil zeggen het genereren van gegevens omvat³⁴, dus niet de voorbereidingsfase³⁵, maar wanneer het genereren van gegevens samenvalt met het verzamelen en ordenen ervan, valt dat wel onder de bescherming van de richtlijn.

74. Aan de hand van de hiervóór geschetste uitlegging van het begrip „verkrijging” zal de nationale rechter de activiteiten van Fixtures moeten beoordelen. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de kwalificatie van de gegevens en van wat ermee is gedaan, van het moment van verkrijging tot hun invoering in de in geding zijnde databank, alsook om de vraag hoe het vaststellen van de wedstrijdkalenders, dat wil in wezen zeggen het verzamelen van de namen van de teams, het bepalen van de paren en het vaststellen van plaats en tijd van elke wedstrijd, moet worden beoordeeld. Dat het in casu om bestaande gegevens gaat, lijkt mij te volgen uit het feit dat de wedstrijdkalender het resultaat is van overleg tussen een aantal partijen, in het bijzonder politie, voetbalclubs en fanclubs. Ook uit het feit dat de gegevens, zoals sommigen hebben betoogd, voor een ander doel dan de fabricage van de databank zijn gecreëerd, zou men kunnen afleiden dat het bestaande gegevens betreft.

73. In dit verband wil ik opmerken dat de spin-off-theorie niet kan worden gevolgd. Ook het doel waarmee de inhoud van de databank wordt verkregen, kan derhalve geen rol spelen.³⁶ Dit betekent evenwel, dat bescherming ook dan mogelijk is wanneer de gegevens aanvankelijk voor een andere doel dan de fabricage van de betrokken databank

34 — Leistner, o.c., blz. 152.

35 — Guglielmetti, o.c., blz. 184; Karnell, o.c., blz. 993.

36 — Over de diverse meningen zie Hugenholtz, o.c., blz. 161, 164, voetnoot 19.

37 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 5 ad artikel 7.

75. Maar ook wanneer men de in geding zijnde activiteiten als het creëren van nieuwe gegevens kwalificeert, zou er toch sprake kunnen zijn van „verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn, en wel wanneer het creëren van de gegevens in de tijd samenvalt met het verwerken ervan en daar niet van kan worden gescheiden.

3. „Controle” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

76. Het gebruik van de databank zowel voor het organiseren van de wedstrijden als voor hun economische exploitatie vergt een doorlopende controle van de inhoud van de databank. Blijkens het dossier wordt de databank continu op juistheid gecontroleerd. Wanneer daarbij blijkt dat wijzigingen noodzakelijk zijn, worden de nodige aanpassingen aangebracht.

77. Dat sommige van die aanpassingen geen controle van de inhoud van de databank vormen, is geen probleem. Voor de toepassing van het recht sui generis is enkel vereist, dat sommige van de verrichte activiteiten als controle in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt en de substantiële investeringen tenminste ook op het onder artikel 7 valende gedeelte van de activiteiten betrekking hebben.

4. „Presentatie” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

78. Voorwerp van het recht sui generis is naast het verkrijgen en de controle van de inhoud van een databank ook de „presentatie” ervan. Daartoe behoort niet slechts de presentatie voor de gebruiker van een databank, dus de externe opmaak, maar ook de conceptuele opmaak, zoals de structurering van de inhoud. Voor een betere ontsluiting van de gegevens dienen veelal een indexeringssysteem en een thesaurus. Zoals blijkt uit punt 20 van de considerans, kunnen ook zulke elementen, die het raadplegen van de databank vergemakkelijken, onder de bescherming van de richtlijn vallen.³⁸

C — De inhoud van het recht sui generis

79. Om te beginnen herinner ik eraan, dat het recht sui generis niet met het doel van harmonisatie is ingevoerd, maar dat daarmee welbewust een nieuw recht in het leven is geroepen³⁹, dat verder gaat dan de tot dan toe bestaande openbaarmakings- en vervelvoudigingsrechten. Hiermee moet bij de

³⁸ — Calame, o.c., blz. 116.

³⁹ — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, reeds aangehaald.

uitlegging van de verboden handelingen rekening worden gehouden. De wettelijke definities in artikel 7, lid 2, van de richtlijn zijn daarom van bijzonder belang.

die verboden kunnen worden en dus ongeoorloofd zijn, zijn (1) opvraging en (2) hergebruik. Deze begrippen zijn nader gedefinieerd in artikel 7, lid 2, van de richtlijn.

80. Artikel 7 van de richtlijn bevat op het eerste gezicht twee groepen van verbodsbepalingen of, vanuit het standpunt van de rechthebbende, dat wil zeggen de fabrikant van een databank, twee verschillende groepen van rechten. Terwijl lid 1 een verbodsrecht met betrekking tot het substantiële deel van een databank vastlegt, verbiedt lid 5 bepaalde handelingen met betrekking tot niet-substantiële delen van een databank. Gaat men uit van de verhouding tussen substantieel en niet-substantieel, dan kan men lid 5 ook als uitzondering op de uit lid 1 resulterende uitzondering opvatten.⁴⁰ Lid 5 moet het ontduiken van het in lid 1 neergelegde verbod uitsluiten⁴¹ en kan daarom ook als beschermingsclausule⁴² worden bestempeld.

82. Het in artikel 7, lid 1, geregelde verbod is echter niet onbeperkt, maar onderstelt dat de ongeoorloofde handeling betrekking heeft op de gehele inhoud van een databank of een substantieel deel daarvan.

83. Uitgaande van het voor de toepassing van artikel 7, lid 1 en lid 5, beslissende criterium „substantieel” respectievelijk „niet-substantieel” deel, zal ik thans nader op die twee elementen ingaan. Aansluitend zal ik de in lid 1 en lid 5 verboden handelingen onderzoeken.

1. Substantiële of niet-substantiële delen van een databank (eerste en tweede prejudiciële vraag)

81. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn kent de fabrikant het recht toe bepaalde handelingen te verbieden. Dit impliceert tevens dat die handelingen ongeoorloofd zijn. Handelingen

a) Algemene opmerkingen

40 — Gaster, o.c., paragraaf 492.

41 — Oliver Hornung, *Die EU-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht*, 1998, blz. 116 e.v.; Leistner, o.c., blz. 180; Von Lewinski, o.c., paragraaf 16 ad artikel 7.

42 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, reeds aangehaald.

84. In deze procedure is betoogd dat artikel 7, lid 1, van de richtlijn enkel handelingen

verbiedt die ertoe leiden, dat de gegevens even systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk toegankelijk zijn als in de oorspronkelijke databank.

88. De in artikel 7 geregelde bescherming zou immers door een dergelijk aanvullend criterium worden uitgehold, omdat men het eruit voortvloeiende verbod met een paar wijzigingen in delen van de databank eenvoudig zou kunnen omzeilen.

85. Dit argument moet zo worden begrepen, dat het een voorwaarde voor de toepassing van het recht sui generis formuleert. Of die voorwaarde daadwerkelijk bestaat, zullen wij moeten vaststellen aan de hand van de bepalingen over het voorwerp van dit recht, in het bijzonder de in artikel 7, lid 2, neergelegde wettelijke definities van de ingevolge artikel 7, lid 1, verboden handelingen.

89. Dat de richtlijn echter ook een nieuwe samenstelling van de inhoud van de databank als mogelijke inbreukhandeling wil verbieden, blijkt uit punt 38 van de considerans, waar op dit gevaar en op het tekortschieten van de auteursrechtelijke bescherming wordt gewezen.

90. De richtlijn beoogt juist een nieuw recht in het leven te roepen, en dit valt ook niet te weerleggen met een beroep op punt 46 van de considerans, dat een ander aspect betreft.

86. Lid 1 noch lid 5 van artikel 7 van de richtlijn noemt bovenbedoelde voorwaarde uitdrukkelijk of bevat ook maar iets wat op het bestaan ervan wijst. Uit de omstandigheid dat artikel 1, lid 2, wel uitdrukkelijk naar de „systematische of methodische ordening” verwijst, terwijl dit in artikel 7 volledig ontbreekt, zou men omgekeerd juist kunnen concluderen, dat de communautaire wetgever er geen voorwaarde voor de toepassing van artikel 7 van wilde maken.

91. Zelfs punt 45 van de considerans, volgens hetwelk de auteursrechtelijke bescherming niet tot blote feiten of gegevens uitgebreid dient te worden, pleit niet voor het bestaan van een extra criterium. Dit betekent echter niet, dat de gegevens zelf, laat staan afzonderlijke gegevens beschermd zijn. Voorwerp van bescherming is en blijft de databank.

87. Maar ook met het doel van de richtlijn is dit criterium niet overeen te brengen.

92. De conclusie moet dus zijn, dat dezelfde systematische of methodische presentatie als

in de oorspronkelijke databank geen criterium voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de ten aanzien van de databank verrichte handelingen vormt. Het is dus principieel onjuist, dat de richtlijn niet gegevens beschermt die gewijzigd of anders gestructureerd worden.

ook substantieel kan zijn wanneer het niet in kwantitatieve, maar wel in kwalitatieve zin substantieel is. De stelling, dat er ook steeds van een kwantitatief minimum sprake moet zijn, moet daarom worden afgewezen.

b) „Substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

95. Bij het kwantitatieve alternatief gaat het om de vraag, hoe groot het opgevraagde/hergebruikte deel van de databank moet zijn om van een verboden handeling te kunnen spreken. De volgende vraag is dan, of dit relatief of absoluut moet worden gezien, dat wil zeggen of het betrokken gedeelte moet worden vergeleken met de gehele inhoud van de databank⁴³ of op zich moet worden beschouwd.

93. Met deze vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van het begrip „substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Anders dan bij andere sleutelbegrippen geeft de richtlijn van dit begrip geen definitie. Deze is in de loop van het wetgevingsproces, nauwkeuriger gezegd bij het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, geschrapt.

96. Een relatieve benadering zal in de regel nadelig zijn voor fabrikanten van grote databanken⁴⁴, want hoe omvangrijker de databank hoe minder substantieel het opgevraagde/hergebruikte deel. In zo'n geval zou een aanvullende kwalitatieve beoordeling van nut kunnen zijn bij de afweging, aangezien een relatief klein gedeelte toch kwalitatief substantieel kan zijn. Het is evenzeer mogelijk de twee kwantitatieve benaderingen te combineren en een relatief klein deel wegens de absolute grootte ervan toch als substantieel aan te merken.

94. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn voorziet in twee mogelijkheden. Naar al uit de tekst blijkt, kunnen er twee redenen zijn waarom het een substantieel deel betreft, een kwantitatieve en een kwalitatieve. Deze door de gemeenschapswetgever gekozen constructie moet aldus worden uitgelegd, dat een deel

43 — Zie onder vele anderen Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

44 — Grütmacher, o.c., blz. 340.

97. Verder rijst de vraag, of de kwantitatieve met de kwalitatieve beoordeling kan worden gecombineerd. Deze vraag is echter enkel van belang voor de gevallen waarin een kwalitatieve beoordeling überhaupt mogelijk is. Er is dan niets op tegen om de betrokken delen volgens beide methoden te beoordelen.

98. Bij de kwalitatieve beoordeling speelt in elk geval de technische of economische waarde een rol.⁴⁵ Zo kan ook een vrij klein, maar qua waarde substantieel deel in aanmerking worden genomen. Met betrekking tot de waarde van lijsten op sportgebied kan bijvoorbeeld de volledigheid en nauwkeurigheid van die lijsten worden genoemd.

99. De economische waarde van een deel moet in de regel worden afgemeten aan de vermindering van de vraag⁴⁶, die het gevolg is van het feit dat dat deel niet op marktvoorwaarden, maar op andere wijze wordt opgevraagd of hergebruikt. De economische waarde van het opgevraagde/hergebruikte gedeelte kan echter ook vanuit het standpunt van de handelende persoon worden beoordeeld, dat wil zeggen afgemeten aan wat deze zich door het opvragen/hergebruik heeft bespaard.

100. Gezien het doel van artikel 7 van de richtlijn — bescherming van de investering — moeten bij de beoordeling van het substantiële karakter steeds ook de door de fabrikant verrichte investeringen in aanmerking worden genomen.⁴⁷ Naar uit punt 42 van de considerans van de richtlijn volgt, moet het verbod op het opvragen en hergebruik verhinderen dat schade aan de investeringen wordt toegebracht.⁴⁸

101. Voor de vaststelling van de waarde van het betrokken deel van een databank kan dus ook worden aangeknoopt bij de investeringen, in het bijzonder de verkrijgingskosten.⁴⁹

102. Ook voor de benedengrens van wat als substantieel is te beschouwen, ontbreekt in de richtlijn een definitie. De bepaling daarvan heeft de communautaire wetgever volgens de unanieme mening in de literatuur welbewust aan de rechtspraak overgelaten.⁵⁰

45 — Gaster, o.c., paragraaf 495; Grützmacher, o.c., blz. 340; Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

46 — Krähn, o.c., blz. 162.

47 — Guglielmetti, o.c., blz. 186; Krähn, o.c., blz. 161; Leistner, o.c., blz. 172.

48 — Volgens sommigen volstaat reeds de abstracte geschiktheid om schade toe te brengen, zie Leistner, o.c., blz. 173; vgl. Speyart, o.c. blz. 171, 174.

49 — Carine Doutrelepon, „Le nouveau droit exclusif du producteur de bases de données consacré par la directive européenne 96/9/CE du 11 mars 1996: un droit sur l'information?“, in: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, blz. 903, 913.

50 — Doutrelepon, o.c., blz. 913; Gaster, o.c., paragraaf 496; Leistner, o.c., blz. 171; Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

103. Of een deel substantieel is, mag echter niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van substantiële schade.⁵¹ De desbetreffende verwijzing op één plaats in de considerans, namelijk aan het einde van punt 42, is waarschijnlijk niet voldoende om de beschermingsdrempel zo hoog te leggen. Overigens is het de vraag, of „substantiële schade” wel een criterium kan zijn voor de bepaling van wat een substantieel deel is, omdat punt 42 ook zo kan worden begrepen, dat „substantiële schade” een extra voorwaarde is in het geval dat al vaststaat dat het om een substantieel deel gaat. Zelfs het in punt 8 van de considerans genoemde effect van verboden handelingen, te weten „ernstige economische en technische gevolgen”, kan geen rechtvaardiging opleveren voor een al te strenge beoordeling op het punt van de schade. Beide overwegingen willen veel meer de economische noodzaak van de bescherming van databanken beklemtonen.

104. Wat de waardebepaling van de in casu opgevraagde/hergebruikte delen van de databank betreft, staat het vast dat de handelingen elke week plaatsvinden. De vraag rijst dan, of bij een relatieve benadering die delen met het geheel van de databank of met het geheel van de betrokken week vergeleken moeten worden. Ten slotte kan men zich voorstellen, dat alle wekelijks opgevraagde/hergebruikte delen voor het gehele wedstrijdseizoen worden gecumuleerd en dat door het zo verkregen totaal met het geheel van de databank wordt vergeleken.

105. Enkel een vergelijking op basis van hetzelfde tijdsbestek voor zowel het opgevraagde/hergebruikte deel als voor het geheel is dus in overeenstemming met een op het doel van het recht sui generis gerichte uitlegging. Een dergelijke vergelijking kan ofwel op weekbasis ofwel op basis van het gehele wedstrijdseizoen worden gemaakt. Wanneer het om meer dan de helft van de wedstrijden gaat, kan men het opgevraagde/hergebruikte deel in elk geval als substantieel aanmerken. Maar ook een kleiner aandeel dan de helft van alle wedstrijden kan volstaan, wanneer bijvoorbeeld het aandeel in sommige wedstrijdcategory's, zoals de Premier League, groter is.

106. Bij een absolute benadering zouden de telkens opgevraagde/hergebruikte delen zo lang bij elkaar geteld moeten worden tot de drempel tussen niet-substantieel en substantieel wordt overschreden. Zo kan men bepalen, vanaf welk tijdsbestek gezegd kan worden dat het substantiële delen betreft.

2. Verboden met betrekking tot het substantiële deel van de inhoud van een databank (tweede prejudiciële vraag en eerste gedeelte van de derde prejudiciële vraag)

107. Uit het in artikel 7, lid 1, van de richtlijn verankerde recht van de fabrikant om

51 — Zo evenwel Karnell, o.c., blz. 1000; Krähn, o.c., blz. 163.

bepaalde handelingen te verbieden, kan een verbod van deze handelingen, te weten opvraging en hergebruik, worden afgeleid. In de considerans wordt gesproken van het „zonder toestemming” verrichten van deze handelingen.⁵²

tiële delen van de inhoud van een databank moeten betreffen, stelt de gemeenschaps-wetgever aan deze handelingen geringere eisen dan in het kader van lid 5, dat voor niet-substantiële delen geldt.

108. In het volgende gaat het om de uitlegging van de begrippen „opvraging” en „hergebruik” en daartoe zullen wij moeten uitgaan van de definities van artikel 7, lid 2, van de richtlijn. Ook hier moet weer aan het doel van de richtlijn, de instelling van een nieuw recht, worden herinnerd. Bij de uitlegging van de twee begrippen zullen wij ons dat doel steeds voor ogen moeten houden.

109. Voor beide verboden handelingen geldt, dat het doel of de bedoeling van degene die van de inhoud van de databank gebruik maakt, geen rol speelt. Het is dus ook niet van belang, of het gebruik zuiver commercieel is. Beslissend zijn uitsluitend de in de wettelijke definities genoemde elementen.

110. Eveneens geldt voor beide verboden handelingen, dat anders dan in artikel 7, lid 5, niet slechts herhaalde en systematische handelingen verboden zijn. Omdat de ingevolge lid 1 verboden handelingen substan-

111. In dit verband wijs ik op een weeffout in de richtlijn.⁵³ Omdat ook de definitie van artikel 7, lid 2, spreekt van het geheel of een substantieel deel, verdubbelt zij onnodig deze al in lid 1 genoemde voorwaarde. De definitie van artikel 7, lid 2, leidt in samenhang met artikel 7, lid 5, zelfs tot een contradictie. Lid 5 verbiedt immers het opvragen en hergebruik van niet-substantiële delen. Legt men nu opvragen en hergebruik uit overeenkomstig de definitie van artikel 7, lid 2, dan komt men tot het eigenaardige resultaat, dat artikel 7, lid 5, bepaalde handelingen met betrekking tot niet-substantiële delen slechts verbiedt wanneer deze handelingen het geheel of substantiële delen betreffen.

112. In diverse opmerkingen is ook op het mededingingsaspect gewezen. Hierbij moet men bedenken, dat de definitieve tekst van de richtlijn niet meer de oorspronkelijk door de Commissie voorgestelde dwanglicentie-regeling bevat.

52 — Bijvoorbeeld de punten 41, 42, 45 en 46.

53 — Zie Koumantos, o.c., blz. 121.

113. Bij de tegenstanders van een vergaande bescherming van de fabrikant van een databank bestaat de vrees dat zo'n vergaande bescherming het gevaar van monopolievorming, in het bijzonder bij vrij toegankelijke gegevens, in zich bergt. Zo zou een fabrikant met een machtspositie op de markt deze positie kunnen misbruiken. Ik wil hier eraan herinneren dat de richtlijn de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het primaire en het afgeleide recht niet uitsluit. Met de mededingingsregels strijdig gedrag van fabrikanten van databanken blijft aan die voorschriften onderworpen. Dat volgt zowel uit punt 47 van de considerans als uit artikel 16, lid 3, van de richtlijn, volgens hetwelk de Commissie onderzoekt of de toepassing van het recht sui generis tot misbruik van machtspositie of andere aantastingen van de vrije mededinging heeft geleid.

114. In deze procedure is ook de vraag van de juridische behandeling van vrij toegankelijke gegevens opgeworpen. Op dat punt verdedigen juist de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, de opvatting, dat publieke gegevens niet door de richtlijn worden beschermd.

115. In dit verband wijs ik er in de eerste plaats op, dat de bescherming enkel voor de inhoud van databanken geldt en niet voor de gegevens. Het gevaar dat de bescherming zich ook tot de in de databank opgeslagen informatie gaat uitstrekken, kan worden voorkomen door enerzijds de richtlijn, zoals hier voorgesteld, op dat punt eng uit te leggen, terwijl anderzijds de verplichting

bestaat in voorkomend geval de nationale en communautaire instrumenten van het mededingingsrecht aan te wenden.

116. Met betrekking tot de bescherming van gegevens die de inhoud vormen van een databank die de gebruiker van de gegevens niet kent, wijs ik erop, dat de richtlijn enkel bepaalde handelingen, namelijk opvragen en hergebruik, verbiedt.

117. Terwijl het in de richtlijn geregelde opvraagverbod onderstelt dat de gebruiker de databank kent, behoeft dat bij hergebruik niet het geval te zijn. Op dit probleem moeten wij dus bij de bespreking van hergebruik terugkomen.

a) „Opvraging” in de zin van artikel 7 van de richtlijn

118. Het begrip „opvraging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aan de hand van de definitie in artikel 7, lid 2, sub a, worden uitgelegd.

119. Een eerste element is het overbrengen van de inhoud van een databank naar een

andere informatiedrager, waarbij de overbrenging permanent of tijdelijk kan zijn. Uit de zinsnede „ongeacht op welke wijze of in welke vorm” kunnen wij concluderen, dat de communautaire wetgever het begrip „opvraging” ruim heeft opgevat.

geheel of een substantieel deel”), verwijs is naar mijn uiteenzetting over het begrip substantieel.

120. Het gaat dus niet enkel om overbrenging op een drager van dezelfde soort⁵⁴, maar ook op een drager van een ander soort.⁵⁵ Ook het enkele printen valt daarmee onder het begrip opvraging.

123. Het is de taak van de nationale rechter om bovengenoemde criteria op de concrete feiten van het hoofdgeding toe te passen.

b) „Hergebruik” in de zin van artikel 7 van de richtlijn

121. Verder mag het begrip „opvraging” („Entnahme”) natuurlijk niet zo worden begrepen, dat, wil het verbod van toepassing zijn, de opgevraagde delen daardoor uit de databank verdwenen moeten zijn. Tegelijkertijd mag het niet zo ruim worden uitgelegd, dat ook indirecte overname eronder valt. Nodig is de directe overbrenging op een andere informatiedrager. Anders dan in het geval van hergebruik hoeft er echter geen openbaarmaking bij te pas te komen. Overbrenging in privé is voldoende.

124. Blijkens de definitie van artikel 7, lid 2, sub b, van de richtlijn gaat het bij hergebruik om het ter beschikking stellen aan het publiek.

125. Door bewust de term „hergebruik” („Weiterverwendung”) te bezigen in plaats van „verdere exploitatie” („Weiterverwertung”), wilde de communautaire wetgever echter duidelijk maken dat de bescherming ook tegen handelingen van niet-commerciële gebruikers is gericht.

122. Wat het tweede element betreft, te weten het object van de opvraging („het

126. De in de wettelijke definitie genoemde wijzen van hergebruik, zoals verspreiding

54 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 19 ad artikel 7.

55 — Gaster, o.c., paragraaf 512.

van kopieën, verhuur en on-linetransmissie, worden slechts als voorbeeld genoemd, zoals ook blijkt uit de toevoeging „of in een andere vorm”.

127. Zoals de toevoeging „elke vorm” in artikel 7, lid 2, sub b, duidelijk maakt, moet het begrip „ter beschikking stellen” bij twijfel ruim⁵⁶ worden uitgelegd. Simpele ideeën⁵⁷ of het zoeken van informatie op zich in een databank⁵⁸ vallen er echter niet onder.

128. Van verschillende kanten is opgemerkt, dat de gegevens waarom het in casu gaat, bij het publiek bekend zijn. Of dat inderdaad het geval is, is een feitelijke vraag, die door de nationale rechter moet worden beantwoord.

129. Maar ook wanneer de nationale rechter tot de conclusie zou komen dat het om algemeen bekende gegevens gaat, sluit dat niet uit, dat de delen van de databank die algemeen bekende gegevens bevatten, toch beschermd zijn.

130. Artikel 7, lid 2, sub b, van de richtlijn bevat immers ook een regeling over de uitputting van het recht. Hiervan is enkel onder bepaalde voorwaarden sprake. Eén van die voorwaarden is „eerste verkoop van een kopie”. Daaruit valt af te leiden, dat slechts bij dergelijke fysieke voorwerpen uitputting kan optreden. Vindt het hergebruik op andere wijze dan door een kopie plaats, dan is er geen uitputting. Met betrekking tot on-linetransmissie wordt dat in punt 43 van de considerans ook uitdrukkelijk gezegd. Het recht sui generis is dus niet slechts bij het eerste „aan het publiek ter beschikking stellen” van toepassing.

131. Aangezien de richtlijn niet spreekt over het aantal transacties na het eerste „aan het publiek ter beschikking stellen”, kan dat aantal ook niet relevant zijn. Indien het dus een substantieel deel van de inhoud van een databank betreft, is dit ook beschermd wanneer het uit een onafhankelijke bron, zoals een printmedium of het internet, en niet uit de databank zelf wordt verkregen. Anders dan opvragen omvat hergebruik namelijk ook indirecte wegen van verkrijging van de inhoud van een databank. Het element „overbrengen” moet daarom ruim worden uitgelegd.⁵⁹

56 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 27 ad artikel 7.

57 — Ibid., paragraaf 31 ad artikel 7.

58 — Grützmacher, o.c., blz. 336.

59 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 38 ad artikel 7.

132. Het is aan de nationale rechter om bovengenoemde criteria op de concrete feiten van het hoofdgeding toe te passen.

moeten begrijpen, dat niet elke afzonderlijke handeling een van de twee verboden gevolgen behoeft te hebben, maar dat een verboden gevolg het resultaat is van alle handelingen tezamen.⁶⁰ Artikel 7, lid 5, van de richtlijn heeft evenals lid 1 de bescherming van het afschrijvingsbelang tot doel.

3. Verboden met betrekking tot het niet-substantiële deel van de inhoud van een databank (tweede prejudiciële vraag en eerste gedeelte van de derde prejudiciële vraag)

133. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn behelst, zoals gezegd, een verbod op het opvragen en/of hergebruik van niet-substantiële delen van de inhoud van een databank. Deze bepaling onderscheidt zich in de eerste plaats van artikel 7, lid 1, doordat niet elk, maar enkel een gekwalificeerd opvragen en/of hergebruik verboden is; vereist is dat het om „herhaalde en systematische” handelingen gaat. In de tweede plaats onderscheidt lid 5 zich van lid 1 door het voorwerp van de verboden handeling; het verbod is al van toepassing bij niet-substantiële delen. Als compensatie voor dit ten opzichte van lid 1 geringere vereiste dat aan het opgevraagde/hergebruikte deel wordt gesteld, bepaalt lid 5 in de derde plaats, dat de verboden handelingen een bepaald gevolg moeten hebben. Lid 5 noemt hier twee mogelijkheden: ofwel is de verboden handeling in strijd met een normale exploitatie van de databank, ofwel brengt zij ongerechtvaardigde schade toe aan de belangen van de fabrikant van de databank.

135. De uitlegging van artikel 7 levert in het algemeen echter in zoverre een probleem op als de Duitse taalversie van de definitieve tekst van de richtlijn vergeleken met het gemeenschappelijk standpunt wat zwakker geformuleerd is. Volgens deze formulering volstaat het dat de handeling op een van de genoemde gevolgen uitloopt („hinausläuft”), en niet meer eraan gelijkstaat („gleichkommt”). De andere taalversies zijn directer geformuleerd en komen er in wezen op neer, dat het opvragen en/of hergebruik in strijd is met een normale exploitatie dan wel ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de belangen van de fabrikant, of gebruiken een formulering van gelijke strekking.

136. In dit verband dienen wij even op verwante volkenrechtelijke regelingen in te gaan. De twee in artikel 7, lid 5, van de richtlijn genoemde gevolgen zijn gemodelleerd naar artikel 9, lid 2, van de herziene Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, en wel

134. Wat de verhouding tussen handeling en gevolg betreft, zullen wij de bepaling zo

⁶⁰ — Leistner, o.c., blz. 181; Von Lewinski, o.c., paragraaf 18 ad artikel 7, voetnoot 225.

naar de eerste twee elementen van de daar omschreven driefasentest. Dit betekent echter niet, dat de twee bepalingen ook op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

datum dan de richtlijn en kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

137. In de eerste plaats heeft artikel 9 van de herziene Berner Conventie een andere doelstelling. Zo laat deze regeling de verdragsluitende partijen de mogelijkheid om met inachtneming van de driefasentest van de strenge beschermingsregels af te wijken. Een overeenkomstige afwijkingsmogelijkheid biedt de richtlijn de lidstaten bijvoorbeeld in artikel 9.

140. Voor de uitlegging van artikel 13 van de TRIPs-Overeenkomst geldt hetzelfde voorbehoud als met betrekking tot de herziene Berner Conventie. Immers, evenals artikel 9 van de herziene Berner Conventie staat ook artikel 13 de lidstaten toe, te voorzien in beperkingen en uitzonderingen op uitsluitende rechten. Anders dan in artikel 9 van de herziene Berner Conventie evenwel zijn de twee gevolgen, te weten „strijd met een normale exploitatie” en „ongerechtvaardigde schade”, juist zoals in de richtlijn als alternatieven geformuleerd.

138. In de tweede plaats verschilt artikel 9 van de herziene Berner Conventie van de richtlijn, doordat het „strijd met een normale exploitatie” en „ongerechtvaardigde schade” niet als alternatieven formuleert, maar als twee van drie cumulatieve elementen.⁶¹

141. Een en ander maakt duidelijk, dat de uitlegging van bovengenoemde volkenrechtelijke regelingen niet op artikel 7, lid 5, van de richtlijn kan worden toegepast.

139. Andere volkenrechtelijke regelingen die op artikel 7, lid 5, van de richtlijn lijken, zijn te vinden in artikel 13 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (PB 1994, L 336, blz. 214; hierna „TRIPs-Overeenkomst”) en in enkele overeenkomsten van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO, OMPI). Deze laatste zijn echter van latere

142. Zowel voor de door de richtlijn verboden handelingen van opvragen en hergebruik als voor de daarin omschreven gevolgen ervan geldt, dat het doel waarmee die handelingen worden verricht, niet relevant is. Nu in de regeling van artikel 7, lid 5, van de richtlijn niet van enig doel gesproken wordt, kan zij niet in die zin worden uitgelegd. Als de communautaire wetgever het doel in

61 — Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, 1987*, blz. 482.

aanmerking had willen nemen, had hij in artikel 7 een formulering als die van artikel 9, sub b, van de richtlijn kunnen opnemen.

systematisch opvragen van een niet-substantieel deel van de inhoud van een databank valt dus niet onder de bepaling.

a) „Herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruik”

143. Het element „herhaald en systematisch” moet verhinderen dat het recht sui generis wordt uitgehold door opeenvolgende handelingen die elk slechts een niet-substantieel deel betreffen.⁶²

145. Van een herhaalde en systematische handeling is sprake, wanneer zij met regelmatige tussenpozen, bijvoorbeeld wekelijks of maandelijks, wordt verricht. Is de tussenpoos korter en het opgevraagde deel klein, dan zal de handeling des te vaker moeten worden verricht, wil het in totaal opgevraagde deel aan een van de twee in artikel 7, lid 5, van de richtlijn genoemde voorwaarden voldoen.

144. Onduidelijk is evenwel of artikel 7, lid 5, van de richtlijn daarmee twee alternatieve of twee cumulatieve voorwaarden invoert. De uitlegging moet om te beginnen bij de tekst van de bepaling aanknopen, maar helaas valt op die manier geen ondubbelzinnig resultaat te verkrijgen. Enkele taalversies verbinden de twee begrippen met „en”⁶³, andere daarentegen met „of”.⁶⁴ De meerderheid van de taalversies, alsook het doel van de richtlijn lijkt echter de opvatting te wettigen, dat de twee elementen cumulatief bedoeld zijn.⁶⁵ Een herhaald, maar niet

b) „Normale exploitatie” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn

146. Het begrip „normale exploitatie” in artikel 7, lid 5, van de richtlijn moet in het licht van het doel van deze bepaling worden uitgelegd. Dit blijkt in het bijzonder uit de considerans van de richtlijn, waar in punt 42 als reden voor het verbod van bepaalde handelingen het voorkomen van schade voor de investering wordt genoemd. Punt 48 noemt het waarborgen van de vergoeding van fabrikanten van databanken uitdrukkelijk als het doel van de in de richtlijn geregelde bescherming.

62 — Gaster, o.c., paragraaf 558.

63 — De meeste romaanse, de Duitse, de Engelse en de Griekse versie.

64 — De Spaanse, de Zweedse en de Finse versie.

65 — Leistner, o.c., blz. 181; Von Lewinski, o.c., paragraaf 17 ad artikel 7.

147. Dit betekent dat het begrip „normale exploitatie” ruim moet worden uitgelegd. Zo mag „in strijd met een normale exploitatie” niet alleen in technische zin worden opgevat, dat wil zeggen, dat het enkel ziet op de gevolgen voor de technische bruikbaarheid van de betrokken databank. Artikel 7, lid 5, heeft juist ook zuiver economische gevolgen voor de fabrikant van de databank op het oog. Het gaat om de bescherming van de economische exploitatie zoals die onder normale omstandigheden bestaat.⁶⁶

148. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn is dus niet slechts van toepassing op handelingen voor de opbouw van een concurrerend product, dat dan aan de exploitatie van de databank door de fabrikant in de weg staat.⁶⁷

149. In bepaalde gevallen kan artikel 7, lid 5, dus ook van toepassing zijn op de exploitatie op potentiële, dat wil zeggen door de fabrikant van de databank nog niet betreden, markten. Het volstaat dan bijvoorbeeld, dat de opvrager of hergebruiker zich het betalen van royalty's aan de fabrikant van de databank bespaart. Zouden dergelijke handelingen zijn toegestaan, dan zou dat ook voor andere personen een stimulans zijn om zonder royalty's te betalen, de inhoud van

de databank op te vragen of opnieuw te gebruiken.⁶⁸ De mogelijkheid om de databank op die wijze gratis te gebruiken, zou desastreus zijn voor de waarde van de licenties. Het gevolg zou een daling van de inkomsten zijn.

150. De richtlijn geldt ook niet enkel voor het geval, dat de fabrikant van de databank de inhoud ervan op dezelfde wijze als de opvrager of hergebruiker wil exploiteren. Evenmin is van belang, of de fabrikant de inhoud van de databank ingevolge een wettelijk verbod niet op dezelfde wijze als de opvrager of hergebruiker kan exploiteren.

151. Ten slotte mag „in strijd met een normale exploitatie” niet zo eng worden uitgelegd, dat enkel een volledige verhindering van de exploitatie verboden zou zijn. Zoals blijkt uit de tekst van alle andere taalversies dan de Duitse, geldt het verbod al zodra er conflict met de exploitatie is, dat wil zeggen reeds bij minder ernstige negatieve gevolgen. Op dezelfde hoogte ligt de drempel waarbij moet worden aangenomen dat er sprake is van een zodanige schade voor de fabrikant van de databank, dat het verbod van toepassing wordt.

66 — Dit komt ook overeen met de uitlegging van artikel 13 van de TRIPs-Overeenkomst door een WTO-panel (WT/DS160/R van 27 juli 2000, 6.183).

67 — Leistner, o.c., blz. 181.

68 — Zie WT/DS160/R van 27 juli 2000, 6.186.

152. Zoals enkele partijen hebben beklomtoond, is het de taak van de nationale rechter om de concrete handelingen en hun gevolgen voor de exploitatie van de in geding zijnde databank aan de hand van bovengenoemde criteria te beoordelen.

„rechtmatige”, dat wil zeggen legitieme en niet slechts rechtsbelangen beschermd worden.

c) „Ongerechtvaardigde schade” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn

153. Voor de uitlegging van het begrip „ongerechtvaardigde schade” in artikel 7, lid 5, van de richtlijn moet ik eraan herinneren, dat al in het kader van de herziene Berner Conventie erover werd gediscussieerd, of men met een dergelijk onbepaald rechtsbegrip wel iets kan aanvangen. Verder mag men niet verzuimen, bij de uitlegging van dat begrip de verschillen ten opzichte van „normale exploitatie” te beklemtonen.

154. Wat de draagwijdte van het recht sui generis betreft, stelt de hier besproken bepaling aan het alternatief „ongerechtvaardigde schade” minder strenge voorwaarden dan aan het alternatief „normale exploitatie”, in zoverre als bij het eerste de „rechtmatige belangen” worden beschermd. De bescherming gaat daarmee verder dan rechtsposities en geldt ook voor belangen, waarbij reeds

155. Daartegenover stelt artikel 7, lid 5, voor dit alternatief strengere eisen met betrekking tot de gevolgen van de verboden handeling. Vereist is niet een willekeurige schade, maar „ongerechtvaardigde schade”. De kwalificatie „ongerechtvaardigd” mag echter niet al te streng worden uitgelegd. Anders had de communautaire wetgever ook hier naar een schade of zelfs een aanzienlijke schade voor de fabrikant verwezen.

156. In het licht van de andere taalversies dan de Duitse zullen wij dit zo moeten uitleggen, dat de handelingen de belangen in een bepaalde mate schade berokkenen. De richtlijn doelt hier zoals elders op schade voor de fabrikant. Dat de bescherming van diens rechten gevolgen voor de economische belangen van anderen heeft, blijkt maar al te duidelijk uit het hoofdgeding. Dit betekent echter niet, dat bij de uitlegging van artikel 7, lid 5, van de richtlijn beslissend belang moet worden gehecht aan de gevolgen van het recht sui generis voor de belangen van andere personen of, wegens mogelijke gevolgen voor de belastingontvangsten, aan een eventuele „schade” voor de betrokken lidstaat. Wat de richtlijn wil verhinderen, is

schade voor fabrikanten van databanken. In tegenstelling tot andere gevolgen wordt dit doel in de richtlijn dan ook duidelijk tot uitdrukking gebracht.

159. Ook in dit verband betreft moet eraan worden herinnerd, dat het de taak van de nationale rechter is, de concrete handelingen te bepalen en te onderzoeken of zij „ongerechtvaardigde schade” toebrengen aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de in geding zijnde databank.

157. De kern van de in artikel 7, lid 5, van de richtlijn bedoelde belangen bestaat uit de investeringen van de fabrikant en de afschrijving daarvan. Ook hier moet dus de economische waarde van de inhoud van de databank het uitgangspunt van de beoordeling zijn. Centraal staan de gevolgen voor de feitelijke of verwachte inkomsten van de fabrikant van de databank.⁶⁹

D — Wijziging van de inhoud van een databank en beschermingsduur (tweede gedeelte van de derde prejudiciële vraag)

158. Wat de draagwijdte van de bescherming betreft, kan van het alternatief „normale exploitatie” worden uitgegaan. Legt men dit eng uit in die zin, dat het niet ook de bescherming van potentiële markten, bijvoorbeeld een nieuw soort exploitatie van de inhoud van een databank⁷⁰, omvat, dan zal men de ingreep in potentiële markten toch tenminste als schade aan de rechtmatige belangen moeten kwalificeren. Of deze schade ongerechtvaardigd is, zal van de concrete omstandigheden afhangen. Beslissend kan echter niet zijn, of de opvrager of hergebruiker een concurrent van de fabrikant van de databank is.

160. In deze procedure gaat het om de vraag hoe het recht op de databank bij wijziging van de inhoud van de databank wordt beschermd.

161. Ingevolge artikel 10, lid 3, van de richtlijn gaat bij wijzigingen in een databank — onder bepaalde voorwaarden — een nieuwe beschermingstermijn in. In het volgende zal ik een van die voorwaarden bespreken, te weten het criterium „substantiële wijziging van de inhoud van een data-

⁶⁹ — Ibid., 6.229.

⁷⁰ — Leistner, o.c., blz. 182.

bank”, en de gevolgen daarvan. In deze procedure moet de problematiek in verband met een „herhaald en systematische opvragen en/of hergebruik” in de zin van artikel 7, lid 5, worden onderzocht.

ver ervan is uitgegaan, dat een dergelijke wijziging een eigen databank doet ontstaan. Deze conclusie vindt bevestiging in de andere taalversies.

162. In de kern betreft deze prejudiciële vraag het voorwerp van de verlengde beschermingsduur. In samenhang daarmee moet worden opgehelderd, of substantiële wijzigingen een nieuwe databank doen ontstaan. Indien de conclusie luidt, dat naast de oude, verder bestaande databank een nieuwe ontstaat, dan gaat het erom, op welke databank de verboden handelingen betrekking hebben.

165. Dit valt ook niet met behulp van een systematische interpretatie te weerleggen. Weliswaar draagt artikel 10 het opschrift „duur van de bescherming”, maar dit betekent niet, dat dit artikel uitsluitend een regeling inzake de tijdsduur bevat, en niet tevens een regeling betreffende het voorwerp van de bescherming.

163. In verband met enkele aangevoerde argumenten moet daarbij ook worden onderzocht, of artikel 10, lid 3, van de richtlijn zo moet worden uitgelegd, dat het enkel de beschermingsduur en niet het voorwerp van de bescherming regelt.

166. De conclusie dat een substantiële wijziging onder bepaalde voorwaarden een nieuwe databank doet ontstaan, wordt ook bevestigd door het standpunt dat de Gemeenschap in het kader van de WIPO heeft verdedigd.⁷¹

164. Uit de tekst van artikel 10, lid 3, bepalende dat met elke substantiële wijziging onder bepaalde voorwaarden „[...] voor de door [de] investering ontstane databank een eigen beschermingstermijn [ingaat]”, kan men afleiden dat de communautaire wetge-

167. Dat het in artikel 10, lid 3, bedoelde nieuwe begin van de beschermingstermijn slechts een bepaald voorwerp kan betreffen, ligt voor de hand. Uit de voorstukken van deze bepaling blijkt, dat het resultaat van de nieuwe investering wordt beschermd.⁷² Dat enkel het nieuwe resultaat het voorwerp van

71 — Standing Committee on Copyright and Related Rights (19 mei 1998), SCCR/1/INF/2.

72 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95 (reeds aangehaald).

de bescherming is, beantwoordt ook aan het doel dat met de vaststelling van een nieuwe beschermingstermijn wordt gediend.⁷³

nieuwe investering is. Het beschermde voorwerp is dus de op het betrokken moment actuele versie, dat wil zeggen de gehele databank.⁷⁴

168. Ik herinner eraan, dat de in geding zijnde databank een zogenaamde dynamische databank is, dat wil zeggen een die doorlopend aangepast wordt. Daarbij valt te bedenken, dat niets slechts weglatingen en toevoegingen, maar blijkens punt 55 van de considerans van de richtlijn ook controles als wijzigingen in de zin van artikel 10, lid 3, zijn te beschouwen.

169. Typerend voor dynamische databanken is, dat er steeds maar één databank is, namelijk de op elk gegeven moment meest actuele. De eerdere versies „verdwijnen”. Dit doet echter de vraag rijzen, waarop de nieuwe beschermingsduur betrekking heeft, dat wil zeggen, wat het beschermde voorwerp, meer bepaald het nieuwe is.

171. Deze uitlegging vindt ook steun in de voorstukken van de richtlijn. Zo voorzag artikel 9 van het oorspronkelijke voorstel⁷⁵ nog wel in een verlenging van de beschermingsduur van de databank, maar in de toelichting bij dit voorstel vermeldde de Commissie uitdrukkelijk het geval van een nieuwe „editie” van de databank.⁷⁶ Een overeenkomstige verduidelijking juist met betrekking tot doorlopend geactualiseerde databanken werd vervolgens in een gewijzigd voorstel opgenomen.⁷⁷ In de wettelijke definitie van artikel 12, lid 2, sub b, werd het voor dynamische databanken typische geval van een opeenhoping van opeenvolgende kleine wijzigingen uitdrukkelijk geregeld.

172. Zo gezien, behelst artikel 10, lid 3, van de richtlijn dus een „rolling” recht sui generis.

170. Het uitgangspunt daarbij moet het doel van de wijzigingen zijn, te weten het actualiseren van de databank. Dat betekent, dat de gehele databank het voorwerp van de

74 — Simon Chalton, „The Effect of the E.C. Database Directive on United Kingdom Copyright Law in Relation to Databases: A Comparison of Features”, *E.I.P.R.* 1997, blz. 278, 284; Hornung, o.c., blz. 173 e.v.; Leistner, o.c., blz. 209; vgl. St. Beutler, „The Protection of multimedia products under international law”, *UFITA* 1997, blz. 5, 24; Guglielmetti, o.c., blz. 192; Speyart, o.c., blz. 171, 173.

75 — COM(92) 24 def (PB 1992, C 156, blz. 4).

76 — Toelichting bij voorstel COM(92) 24, nr. 9.2.

77 — COM(93) 464 def (PB 1993, C 308, blz. 1).

73 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 5 bij artikel 10.

173. Ten slotte is de hier voor dynamische databanken voorgestelde oplossing ook in overeenstemming met het beginsel, dat steeds enkel het resultaat, dat wil zeggen de nieuwe en niet meer de oude databank beschermd is. Het onderscheid met statische databanken bestaat eenvoudig hierin, dat bij dynamische databanken de oude databank ophoudt te bestaan, omdat zij voortdurend in een nieuwe wordt veranderd.

174. Dat in het geval van dynamische databanken de nieuwe beschermingsduur voor de gehele databank en niet slechts de wijzigingen op zich geldt, kan behalve met het reeds genoemde doel en voorwerp van de nieuwe investering ook hiermee gemotiveerd worden, dat in de praktijk enkel een op het geheel gerichte beoordeling van de databank als zodanig doenlijk is.

175. Voor een dergelijke beoordeling kan men voorts aanvoeren dat het erom gaat, investeringen en de prikkel tot investeren te beschermen. Deze doelstelling kan bij dynamische databanken slechts worden bereikt door ook actualisering te beschermen.⁷⁸

Anders zouden investeringen in dynamische databanken in het nadeel zijn.

176. Het blijft aan de nationale rechter voorbehouden om de concrete wijzigingen in de in geding zijnde databank te beoordelen. Daarbij dient hij in aanmerking te nemen, dat ook niet-substantiële wijzigingen vanaf een bepaald aantal als substantiële wijzigingen moeten worden aangemerkt. Zoals uit punt 54 van de considerans van de richtlijn blijkt, ligt de bewijslast dat aan de in artikel 10, lid 3, genoemde criteria is voldaan, bij de fabrikant van de nieuwe databank.

177. De nationale rechter zal ook moeten beoordelen, wanneer de grens tussen substantieel en niet-substantieel wordt overschreden. In dat verband moet worden nagegaan of de nieuwe investering substantieel is. Bij de beoordeling van het al dan niet substantiële karakter moet van de vereisten van artikel 7 van de richtlijn worden uitgegaan. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de overeenkomstige criteria betreffende investeringen, en dit ongeacht het feit, dat in artikel 10, lid 3, uitdrukkelijk over „nieuwe investeringen” wordt gesproken, terwijl artikel 7 eerste investeringen betreft.⁷⁹

78 — Grützmacher, o.c., blz. 390 e.v.

79 — Hierover uitvoerig Leistner, o.c., blz. 207 e.v.

VII — Conclusie

178. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Het begrip ‚databank‘ in artikel 1 van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, moet aldus worden uitgelegd, dat ook kalenders van voetbalwedstrijden eronder kunnen vallen.

- 2) Artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat ook een databank met kalenders van voetbalwedstrijden voorwerp van bescherming kan zijn, wanneer voor de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële investering vereist is. De fabrikant van een dergelijke databank heeft het recht, het opvragen en/of hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank te verbieden.

- 3) Artikel 7, lid 5, van de richtlijn verbiedt het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruik van niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, wanneer dat uitloopt op handelingen die in strijd zijn met een normale exploitatie van de databank of ongerechtvaardigde schade aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank toebrengen. Artikel 7 gelezen in samenhang met artikel 10, lid 3, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat opvragen en/of hergebruik ook verboden is met betrekking tot een databank waarvan de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel is gewijzigd en die dus het resultaat is van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële nieuwe investering.”