

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-338/02 en C-444/02, waarin ik vandaag eveneens conclusie neem (arresten van 9 november 2004, Jurispr. blz. I-10365, I-10497, I-10549).

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:

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.

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

2. In dit hoofdstuk wordt:

[...]

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

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.”

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 door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het

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

„De fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschik-

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

B — Nationaal recht

7. De richtlijn is in het Verenigd Koninkrijk geïmplementeerd met de Copyright and Rights in Databases Regulations 1997 (verordeningen inzake het auteursrecht en de rechten op databanken) (SI 1997 nr. 302). De partijen in de procedure en de verwijzende rechter zijn het erover eens, dat deze nationale verordeningen in overeenstemming met de richtlijn moeten worden uitgelegd.

III — De feiten en het hoofdgeding

8. De partijen in het hoofdgeding zijn enerzijds de British Horseracing Board (hierna: „BHB”), het bestuursorgaan van het Britse paardenrensportbedrijf, zijn leden, de Jockey Club, de Racehorse Association Limited, de Racehorse Owners Association en het Industry Committee (Horseracing) Limited, en Weatherbys als verzoekers, en anderzijds de William Hill Organization Limited (hierna: „William Hill”) als verweerster. Het geding betreft het aannemen van weddenschappen via het internet door William Hill en enkele van haar concurrenten.

9. BHB is een vennootschap die in juni 1993 werd opgericht met het doel een deel van de tot dan toe door de Jockey Club verrichte werkzaamheden over te nemen. De Jockey Club behield ook na die datum de voornaamste regelingsfuncties voor de Britse paardenrensport. Zijn taak bestaat nu in de toepassing van de voorschriften inzake de

rensport („Rules of Racing”). BHB nam de overige administratieve taken van het bestuursorgaan over, in het bijzonder de verzameling van gegevens betreffende paardenrennen.

10. Weatherbys beheert en publiceert het General Stud Book (algemeen stamboek), het officiële register voor volbloedpaarden in Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Weatherbys is bovendien een officieel erkende bank en heeft een afdeling uitgeverij. In 1985 begon Weatherbys voor de Jockey Club met het opbouwen van een elektronische databank van gegevens betreffende de paardenrensport, die onder meer informatie bevat over geregistreerde paarden, hun eigenaars en trainers, hun handicap, details betreffende jockey's, alsmede informaties over geplande paardenrennen, zoals plaats, datum, tijd, omstandigheden, inschrijvingen en deelnemers. De Jockey Club gebruikt deze databank ook voor enkele van zijn eigen werkzaamheden.

11. In 1999 werden deze databank met rensportgegevens en het General Stud Book samengevoegd tot één nieuwe databank, de „BHB-databank”, waarom het in deze zaak gaat. Deze databank wordt door Weatherbys samengesteld en beheerd. Tussen partijen in het hoofdgeding staat vast, dat de BHB-databank door een recht sui generis wordt beschermd en dat dit recht sui generis aan een of meer van de verzoekers in het hoofdgeding toekomt.

12. De kosten voor het beheer en het bijwerken van de BHB-databank belopen ongeveer vier miljoen GBP per jaar; het werk wordt verricht door ongeveer 80 personeelsleden en vereist omvangrijke computerhard- en -software.

13. De BHB-databank bevat een enorm aantal registraties, waaronder vele die opgeslagen en dagelijks bewerkt moeten worden. Zij bestaat uit 214 tabellen, die meer dan 20 miljoen registraties bevatten, waarbij elke registratie een aantal gegevens omvat. In de databank is een verzameling gegevens opgeslagen die in de loop der jaren door registratie van de door eigenaars, trainers en andere betrokkenen bij de paardenrensport verschaft informatie tot stand is gekomen. Zij bevat de namen van en andere bijzonderheden over meer dan een miljoen paarden, die verscheidene generaties teruggaan, alsook bijzonderheden over geregistreerde eigenaars, renkleuren, geregistreerde trainers en geregistreerde jockey's. Bovendien bevat zij „pre-race information”, dat wil zeggen informatie over paardenrennen in Groot-Brittannië, die vóór de rennen ter beschikking wordt gesteld, zoals plaats en datum van de rennen, de te lopen afstand, de toelatingsvoorwaarden, de inschrijvingstermijn, het inschrijfgeld en het bedrag dat de renbaan aan het prijzengeld bijdraagt.

14. Voordat de definitieve pre-race informatie kan worden vrijgegeven, moet Weatherbys drie belangrijke dingen doen. Het eerste is de registratie van gegevens betreffende eigenaars, trainers, jockey's, paarden enzovoort. Zo registreert Weatherbys bijvoorbeeld elk jaar ongeveer tienduizend nieuw aangemelde paarden. Bij Weatherbys werken ongeveer vijftien personen, wier voornaamste taak het is de gegevens betreffende paarden en mensen te verwerken en te beheren.

15. Verder moet worden verzekerd, dat de paarden die aan de rennen deelnemen, daadwerkelijk dezelfde zijn als die welke in de pre-racelijsten zijn genoemd.

16. De tweede hoofdtaak vóór de bekendmaking van de pre-race-informatie is het bepalen van de gewichtsklasse en de handicapberekening. Voor alle inschrijvingen voor handicap- en non-handicaprennen, ongeveer 180 000 per jaar, moet een gewichtsklasse worden toegewezen.

17. De derde hoofdtaak van Weatherbys vóór de bekendmaking van de pre-race-informatie is de opstelling van de deelnemerslijsten. Dit gebeurt door het call centre van Weatherbys, dat permanent bezet is door tot 32 personen die de inschrijvingen

(per telefoon of fax) van paarden voor de rennen in ontvangst nemen. Voor elk paard controleert Weatherbys in twee fasen of het tot deelneming aan de race gerechtigd is.

18. Voor de in de punten 24-31 en 32-35 van de verwijzingsbeschikking beschreven gebeurtenissen verwijs ik naar het aanhangsel van deze conclusie.

19. De in de BHB-databank opgeslagen informatie is voor veel verschillende gebruikers van belang. Essentiële uittreksels uit de databank worden aan de paardenrensport zelf ter beschikking gesteld, bijvoorbeeld aan de vertegenwoordigers van renbanen in het gehele land, de eigenaars van renpaarden, trainers, jockey's en hun agenten, de Jockey Club, de samenstellers van stambomen en buitenlandse organisatoren van paardenrennen. De informatie staat dagelijks ter beschikking van de belanghebbenden op de gezamenlijke internetsite van Weatherbys/BHB en op een databanksite, en elke week in de Racing Calendar, het officiële orgaan van de BHB.

20. De pre-race-informaties zijn verder van belang voor radio- en televisieomroepen, kranten en tijdschriften en natuurlijk voor het in paardenrennen geïnteresseerde publiek.

21. De informatie wordt op de morgen van de dag vóór de race vrijgegeven. De namen van alle deelnemers aan alle paardenrennen in het Verenigd Koninkrijk worden het publiek in de namiddag vóór de rennen via de dagbladpers en Ceefax/Teletext ter beschikking gesteld.

23. William Hill is een van de grootste „off-course bookmakers” van het Verenigd Koninkrijk, die haar diensten aan een Brits en internationaal cliënteel aanbiedt. Tezamen met haar dochtermaatschappijen biedt zij voortdurend weddenschappen op de meest uiteenlopende gebeurtenissen aan. De klanten kunnen in wezen langs twee verschillende wegen van de weddiensten gebruik maken; a) via een net van erkende wedkantoren in het hele land en b) via de telefoon. William Hill behaalt haar grootste omzet met het aannemen van weddenschappen tegen een vaste notering, onder meer voor sportevenementen. Zij biedt ook weddiensten aan via het internet. Het belangrijkste evenement waarvoor William Hill noteringen aanbiedt, is de paardenrensport.

22. De informatie is ook toegankelijk voor bookmakers (wedkantoren). In de eerste plaats wordt zij aangeboden aan een vennootschap met de naam Racing Pages Ltd, die gezamenlijk eigendom is van Weatherbys en de Press Association en door hen wordt beheerst. Racing Pages Ltd geeft de gegevens door aan haar abonnees, waaronder een aantal bookmakers. In het bijzonder stelt zij, in de regel daags voor de rennen, een zogenoemde „Declarations Feed” in elektronische vorm ter beschikking van haar abonnees. Dit bulletin bevat naast andere informatie een lijst van de rennen, de aangemelde deelnemers en jockey's, de lengte, de naam en de tijd van de race en het aantal deelnemers. Een van de abonnees van Racing Pages Ltd is Satellite Information Services Ltd (hierna: „SIS”), die de gegevens voor bepaalde doelen mag gebruiken. De SIS levert de gegevens aan haar eigen abonnees in de vorm van zogenoemde „raw data feed” (hierna: „RDF”). Deze bevatten de essentiële pre-race-informatie, zonder welke het publiek geen weddenschappen zou kunnen afsluiten.

24. William Hill is zowel op de „Declarations Feed” als op de RDF geabonneerd, maar hij gebruikt eerstgenoemd bulletin niet voor de activiteiten die hier in geding zijn.

25. Een beschrijving van de internetdienst van William Hill is te vinden in de punten 40-47 van de verwijzingsbeschikking (zie aanhangsel).

26. De BHB heeft zich voor de High Court of Justice beroepen op schending van zijn recht sui generis door William Hill. In die procedure zijn de Jockey Club en Weatherbys mede als eiser opgetreden. Mr Justice Laddie was van oordeel dat William Hill de databankrechten van eisers zowel krachtens artikel 7, lid 1, als krachtens artikel 7, lid 5,

van de richtlijn heeft geschonden. Op 14 maart 2001 ging William Hill in hoger beroep tegen de beschikking van Mr Justice Laddie. Deze procedure is aanhangig bij de Court of Appeal.

systematische ordening of individuele toegankelijkheid als de databank hebben?

IV — De prejudiciële vragen

27. De Court of Appeal verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1. Kunnen de begrippen

a) „substantieel deel van de inhoud van de databank’, of

b) „niet-substantiële delen van de databank’,

in artikel 7 van de richtlijn betrekking hebben op werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die uit de databank afkomstig zijn, maar niet dezelfde

2. Wat wordt bedoeld met ‚verkrijging’ in artikel 7, lid 1, van de richtlijn? Kunnen inzonderheid de in de punten 24-31 [van de verwijzingsbeschikking] weergegeven feiten en omstandigheden als een dergelijke verkrijging worden aangemerkt?

3. Wordt met ‚controle’ in artikel 7, lid 1, van de richtlijn enkel bedoeld dat nu en dan wordt geverifieerd dat informatie in de databank correct is of blijft?

4. Wat wordt in artikel 7, lid 1, van de richtlijn bedoeld met

a) ‚het geheel of een in kwalitatief [...] opzicht substantieel deel van die inhoud’, en

b) ‚het geheel of een in [...] kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud’?

5. Wat wordt in artikel 7, lid 5, van de richtlijn bedoeld met „niet-substantiële delen” van de databank?

die indirect uit de databank afkomstig zijn, zonder dat er rechtstreekse toegang tot de databank is?
6. Inzonderheid, wat beide gevallen betreft:
 - a) betekent „substantieel” meer dan enkel „insignificant”, en zo ja, wat;
 - b) betekent „niet-substantieel” deel gewoon dat het niet substantieel is?
7. Omvat „opvraging” in de zin van artikel 7 van de richtlijn enkel de rechtstreekse overbrenging van de inhoud van de databank vanuit de databank op een andere drager, of omvat het tevens de overbrenging van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die indirect uit de databank afkomstig zijn, zonder dat er rechtstreekse toegang tot de databank is?
8. Omvat „hergebruik” in de zin van artikel 7 van de richtlijn enkel het rechtstreeks vanuit de databank aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van de databank, of omvat het tevens het aan het publiek ter beschikking stellen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die indirect uit de databank afkomstig zijn, zonder dat er rechtstreekse toegang tot de databank is?
9. Gaat het bij „hergebruik” in artikel 7 van de richtlijn enkel om de eerste terbeschikkingstelling van de inhoud van de databank aan het publiek?
10. Wat wordt in artikel 7, lid 5, bedoeld met „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”? Kunnen inzonderheid de feiten en omstandigheden omschreven in de punten 40-47 [van de verwijzingsbeschikking] in de context van de feiten en omstandigheden bedoeld in de punten 32-35 [van de verwijzingsbeschikking] als zodanig worden aangemerkt?
11. Moet artikel 10, lid 3, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat in het geval van een „substantiële wijziging” van de inhoud van een databank, waardoor voor de aldus tot stand gekomen databank een nieuwe beschermingstermijn ingaat, de tot stand gekomen databank als een nieuwe, afzonderlijke databank moet worden beschouwd, ook voor de toepassing van artikel 7, lid 5?

V — De ontvankelijkheid

28. Op enkele punten hebben de prejudiciële vragen 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.

29. 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.⁴

30. 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

betrekking tot de in geding zijnde databank vergt een feitelijke beoordeling, die de nationale rechter dient te verrichten.⁵ Voor het overige is het Hof bevoegd de gestelde vragen te beantwoorden.

VI — De gegrondheid — Beoordeling

31. 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.

A — Het materiële toepassingsgebied: het begrip „databank”

32. In verband met de voorwaarde van onafhankelijkheid van de elementen van een databank heeft William Hill betoogd,

⁴ — 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.).

⁵ — Zie arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 59).

dat de „elementen” onafhankelijk van de fabrikant moeten zijn. Deze opvatting is onjuist. Zoals blijkt uit het feit dat William Hill zelf naar de noodzaak van het verkrijgen van de gegevens verwijst, gaat het hier veel meer over een aspect dat in de context van de uitlegging van het begrip „verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet worden opgehelderd.

verrichte inspanning, dat wil zeggen de investering, wordt beschermd.⁶

B — Voorwerp van bescherming: voorwaarden

33. 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.

34. 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 gaat het dus om de bescherming van wat is gefabriceerd, waarbij indirect ook de daartoe

35. 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.

36. Het door de richtlijn ingevoerde recht sui generis gaat terug op de Noordse catalogrechten en de Nederlandse „geschriftenbescherming”. 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.

6 — Malte Grützner, *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, 117. Anderen zien daarentegen de investering als voorwerp van bescherming; aldus Silke von Lewinski, in: Michel M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht* 2001, paragraaf 3 ad artikel 7, en de bij Grützner op blz. 329 in voetnoot 14 aangehaalde literatuur.

1. „Verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn (tweede prejudiciële vraag)

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.

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

40. Gaat men echter uit van het algemene begrip fabricage, dus het voorzien van de databank met inhoud⁸, dan kan het om zowel bestaande als nieuw gecreëerde gegevens gaan.⁹

38. 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 algemeen begrip⁷, dat de verkrijging, de controle en de presentatie omvat.

41. 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.

39. 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

42. 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

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

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

9 — Grützmacher, o.c., blz. 330 e.v.; Matthias Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000, blz. 152.

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.

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.

43. 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.

45. 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.

44. 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

46. 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 omvat¹⁰, dus niet de voorbereidingsfase¹¹, maar wanneer het genereren van gegevens samenvalt met het verzamelen en ordenen ervan, valt dat wel onder de bescherming van de richtlijn.

¹⁰ — Leistner, o.c., blz. 152.

¹¹ — Guglielmetti, o.c., blz. 184; Gunnar W. G. Karnell, „The European Sui Generis Protection of Data Bases”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2002, blz. 993.

47. 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.¹² Dit betekent evenwel, dat bescherming ook dan mogelijk is wanneer de gegevens aanvankelijk voor een andere doel dan de fabricage van de betrokken databank zijn verkregen. De richtlijn beschermt de gegevensverkrijging immers ook, wanneer de gegevens niet met het oog op een databank zijn verkregen.¹³ Dit pleit er ook voor, een externe databank die op een interne databank is gebaseerd, onder de bescherming te brengen.

49. 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. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn met het ontvangen van informatie en de daaropvolgende invoering ervan in de databank.

2. „Controle” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn (derde prejudiciële vraag)

48. Aan de hand van de hiervóór geschetste uitlegging van het begrip „verkrijging” zal de nationale rechter de activiteiten rond de BHB-databank 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 invoer in de databank. Dat betreft onder meer de beoordeling van de drie hoofdtaken van Weatherbys vóór de bekendmaking van de pre-race-informatie, te weten de registratie van een reeks gegevens, de bepaling van de gewichtsklasse en de handicap en de opstelling van de deelnemerslijsten.

50. Deze prejudiciële vraag strekt er in wezen toe, te vernemen of enige activiteiten die in samenhang met de BHB-databank worden verricht, als „controle” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn zijn aan te merken.

51. In tegenstelling tot „verkrijging” heeft „controle” betrekking op gegevens die al in de databank zitten. Dat lijkt voorshands te suggereren dat het tijdstip van de in artikel 7, lid 1, geregelde controle na de invoer van de te controleren gegevens ligt. Deze bepaling lijkt dus geen betrekking te hebben op

12 — Over de diverse meningen zie P. Bernt Hugenholtz, „De spin-off theorie uitgesponnen”, *AMI — Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht* 2002, blz. 161, 164, voetnoot 19.

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

controles van elementen die nog moeten worden ingevoerd, juist omdat het daarbij nog niet om de bestaande inhoud van een databank gaat.

52. In wezen gaat het erom, de „elementen” van de databank op volledigheid en juistheid te controleren, en daartoe behoort ook de controle van de actualiteit van de gegevens. Het resultaat van een dergelijke controle kan het vervolgens echter ook noodzakelijk maken, nieuwe gegevens te verkrijgen en deze aan het bestand toe te voegen.

53. Vaststaat, dat de medewerkers van de BHB-databank een hele series controles verrichten. Daartoe behoren onder meer de controle van de identiteit van de aanmelder en het paard en de controle of de betrokkenen gerechtigd zijn deel te nemen.

54. Omstreden is daarentegen of respectievelijk welke controles de bestaande inhoud van de databank betreffen, zoals bijvoorbeeld bepaalde gegevens over de trainers, dan wel of de informatie vóór de invoer ervan in de computer wordt gecontroleerd, dat wil zeggen voordat het te controleren element deel van de databank wordt.

55. Maar zelfs indien sommige van de in het onderhavige geval verrichte controles vóór de invoer in de databank plaatsvinden,

betekent dat nog niet, dat dan ook de andere controlehandelingen niet als controles in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt. Met betrekking tot de daadwerkelijk uitgevoerde actualisering en/of correcties van de databankinhoud zal men immers mogen aannemen, dat voldaan is aan de door de richtlijn gestelde voorwaarde dat het een controle moet betreffen. Het is dus voldoende, dat sommige van de verrichte activiteiten als controle in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt en dat de substantiële investeringen ten minste ook op het onder artikel 7, lid 1, vallende gedeelte van die activiteiten betrekking hebben.

56. Het is de taak van de nationale rechter om vast te stellen, of de controleactiviteiten die in de nationale procedure in geding zijn, als „controle” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt.

C — De inhoud van het recht sui generis

57. 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 geroepen¹⁴, dat verder gaat dan de tot dan toe bestaande openbaarmakings- en veeleenvoudigheidsrechten. Hiermee moet bij de

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

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.

58. 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.¹⁵ Lid 5 moet het ontduiken van het in lid 1 neergelegde verbod uitsluiten¹⁶ en kan daarom ook als beschermingsclausule¹⁷ worden bestempeld.

60. 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.

61. 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.

59. 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

1. Substantiële of niet-substantiële delen van een databank

a) Algemene opmerkingen (eerste prejudiciële vraag)

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

15 — Jens-Lienhard Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, 1999, paragraaf 492.

16 — 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.

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

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

66. 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.

63. 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.

67. 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.

68. 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.

64. 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.

69. 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.

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

70. De conclusie moet dus zijn, dat dezelfde systematische of methodische presentatie als in de oorspronkelijke databank geen crite-

rium 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.

71. Op de eerste prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord, dat onder de begrippen „substantieel deel van de inhoud van de databank” of „niet-substantieel deel van de inhoud van de databank” in artikel 7 van de richtlijn ook uit de databank afkomstige werken, gegevens of andere elementen kunnen vallen die niet even systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk toegankelijk zijn als in de oorspronkelijke databank.

b) „Substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn (eerste, vierde en zesde prejudiciële vraag)

72. 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.

73. 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 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.

74. 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 databank¹⁸ of op zich moet worden beschouwd.

75. Een relatieve benadering zal in de regel nadelig zijn voor fabrikanten van grote databanken¹⁹, 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

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

19 — Grützmacher, o.c., blz. 340.

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.

vermindering van de vraag²¹, 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.

76. 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.

79. 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.²² 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.²³

77. Bij de kwalitatieve beoordeling speelt in elk geval de technische of economische waarde een rol.²⁰ 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.

80. 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.²⁴

78. De economische waarde van een deel moet in de regel worden afgemeten aan de

21 — Josef Krähn, *Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken, unter besonderer Berücksichtigung des sui-generis-Rechts*, 2001, blz. 162.

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

23 — Volgens sommigen volstaat reeds de abstracte geschiktheid om schade toe te brengen, zie Leistner, o.c., blz. 173; vgl. Herman M. H. Speyart, „De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland”, *Informatierecht — AMI* 1996, blz. 171, 174.

24 — Carine Doutrelepont, „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.

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

81. 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.²⁵

c) „Niet-substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn (vijfde en zesde prejudiciële vraag)

83. Ook voor het begrip „niet-substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn is er geen definitie meer, zoals nog wel het geval was in artikel 11, lid 8, sub a, van het gewijzigde voorstel van de Commissie (93) 464 def. (PB 1993, C 308, blz. 1).

82. Of een deel substantieel is, mag echter niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van substantiële schade.²⁶ 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.

84. Voor de uitlegging van het criterium „niet-substantieel” moet worden uitgegaan van het doel van de bepaling, waarvoor het rechtens relevant is. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn betreft het gebied dat door lid 1 van het artikel, dat enkel voor substantiële delen geldt, niet wordt bestreken. Dienovereenkomstig moet „niet-substantieel deel” zo worden uitgelegd, dat daaronder een deel wordt verstaan dat in kwalitatief of kwantitatief opzicht in de zin van artikel 7, lid 1, de grens tussen niet-substantieel en substantieel niet overschrijdt. Deze grens is de bovengrens. Er is echter ook een benedengrens. Deze vloeit voort uit het algemene beginsel van de richtlijn, dat het recht sui generis niet voor afzonderlijke gegevens geldt.

85. De kwalificatie van de delen die in de nationale procedure in geding zijn, is een

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

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

kwestie van toepassing van de genoemde criteria op de feiten van de zaak en is dus de taak van de nationale rechter.

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.

2. Verboden met betrekking tot het substantiële deel van de inhoud van een databank

88. 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.

86. Uit het in artikel 7, lid 1, van de richtlijn verankerde recht van de fabrikant om 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.²⁷

89. 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 substantiële 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.

87. In het volgende gaat het om de uitlegging van de begrippen „opvraging” en „hergebruik” en daartoe zullen wij moeten

90. In dit verband wijs ik op een weeffout in de richtlijn.²⁸ 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,

27 — Bijvoorbeeld de punten 8, 41, 42, 45 en 46.

28 — Zie Koumantos, o.c., blz. 121.

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.

91. 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.

92. 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 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.

93. 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.

94. 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.

95. 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.

96. 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 (zevende prejudiciële vraag)

97. 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.

98. 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.

99. Het gaat dus niet enkel om overbrenging op een drager van dezelfde soort²⁹, maar ook op een drager van een ander soort.³⁰ Ook het enkele printen valt daarmee onder het begrip opvraging.

100. 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.

101. Wat het tweede element betreft, te weten het object van de opvraging (het geheel of een substantieel deel), verwijs is naar mijn uiteenzetting over het begrip substantieel.

102. 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 (achtste en negende prejudiciële vraag)

103. 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.

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

30 — Gaster, o.c., paragraaf 512.

104. 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.

105. De in de wettelijke definitie genoemde wijzen van hergebruik, zoals verspreiding van kopieën, verhuur en online-transmissie, worden slechts als voorbeeld genoemd, zoals ook blijkt uit de toevoeging „of in een andere vorm”.

106. Zoals de toevoeging „elke vorm” in artikel 7, lid 2, sub b, duidelijk maakt, moet het begrip „ter beschikking stellen” bij twijfel ruim³¹ worden uitgelegd. Simpele ideeën³² of het zoeken van informatie op zich in een databank³³ vallen er echter niet onder.

107. 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.

108. 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.

109. 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 online-transmissie 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.

110. 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

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

32 — Ibid., paragraaf 31 ad artikel 7.

33 — Grützmacher, o.c., blz. 336.

van de inhoud van een databank. Het element „overbrengen” moet daarom ruim worden uitgelegd.³⁴

normale exploitatie van de databank, ofwel brengt zij ongerechtvaardigde schade toe aan de belangen van de fabrikant van de databank.

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

3. Verboden met betrekking tot het niet-substantiële deel van de inhoud van een databank (tiende prejudiciële vraag)

112. 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

113. Wat de verhouding tussen handeling en gevolg betreft, zullen wij de bepaling zo 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.³⁵ Artikel 7, lid 5, van de richtlijn heeft evenals lid 1 de bescherming van het afschrijvingsbelang tot doel.

114. 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.

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

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

115. 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 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.

118. 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 datum dan de richtlijn en kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

116. 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.

119. 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.

117. 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.³⁶

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

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

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

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

122. 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.³⁷

123. 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 taal-

versies verbinden de twee begrippen met „en”³⁸, andere daarentegen met „of”.³⁹ De meerderheid van de taalversies, alsook het doel van de richtlijn lijkt echter de opvatting te wettigen, dat de twee elementen cumulatief bedoeld zijn.⁴⁰ Een herhaald, maar niet systematisch opvragen van een niet-substantieel deel van de inhoud van een databank valt dus niet onder de bepaling.

124. 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.

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

125. 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

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

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

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

37 — Gaster, o.c., paragraaf 558.

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.

126. 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.⁴¹

127. 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.⁴²

128. 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.⁴³ 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.

129. 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.

130. 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

41 — 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).

42 — Leistner, o.c., blz. 181.

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

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.

131. Zoals enkele partijen hebben beklemtoond, 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.

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

132. 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.

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

134. 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.

135. 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.

136. 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.⁴⁴

137. 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 databank⁴⁵, 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.

138. Ook in dit verband 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.

D — Wijziging van de inhoud van een databank en beschermingsduur (elfde prejudiciële vraag)

139. In deze procedure gaat het om de vraag of bij elke „substantiële wijziging” van de inhoud van de databank, waardoor voor de aldus tot stand gekomen databank een eigen beschermingstermijn ingaat, de tot stand gekomen databank voor de toepassing van artikel 7, lid 5, als een nieuwe, afzonderlijke databank moet worden beschouwd.

44 — Ibid., 6.229.

45 — Leistner, o.c., blz. 182.

140. 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 databank”, 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.

141. 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.

142. 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.

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

144. 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.

145. 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.⁴⁶

146. 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

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

deze bepaling blijkt, dat het resultaat van de nieuwe investering wordt beschermd.⁴⁷ Dat enkel het nieuwe resultaat het voorwerp van de bescherming is, beantwoordt ook aan het doel dat met de vaststelling van een nieuwe beschermingstermijn wordt gediend.⁴⁸

147. 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.

148. 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.

149. 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 nieuwe investering is. Het beschermde voorwerp is dus de op het betrokken moment actuele versie, dat wil zeggen de gehele databank.⁴⁹

150. Deze uitlegging vindt ook steun in de voorstukken van de richtlijn. Zo voorzagt artikel 9 van het oorspronkelijke voorstel⁵⁰ 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.⁵¹ Een overeenkomstige verduidelijking juist met betrekking tot doorlopend geactualiseerde databanken werd vervolgens in een gewijzigd voorstel opgenomen.⁵² In de definitie van artikel 12, sub 2, letter b, werd het voor dynamische databanken typische geval van een opeenhoping van opeenvolgende kleine wijzigingen uitdrukkelijk geregeld.

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

49 — 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.

50 — COM(92) 24 def.

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

52 — COM(93) 464 def.

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

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

152. 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.

153. 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.

154. 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 en te beschermen.⁵³

Anders zouden investeringen in dynamische databanken in het nadeel zijn.

155. 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.

156. 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.⁵⁴

53 — Grützmacher, o.c., blz. 390 e.v.

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

VII — Conclusie

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

- 1) Voor de uitlegging van de begrippen „substantieel deel van de inhoud van de databank” en „niet-substantieel deel van de inhoud van de databank” in artikel 7 van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, is het irrelevant dat de uit de databank afkomstige werken, gegevens of andere elementen even systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk toegankelijk zijn als in de databank zelf.
- 2) Het begrip „verkrijging” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat ook door de fabrikant gecreëerde gegevens eronder vallen wanneer het creëren van de gegevens in de tijd samenvalt met het verwerken ervan en daar niet van kan worden gescheiden.
- 3) Het begrip „controle” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het niet enkel doelt op het nu en dan verifiëren of de informatie in de databank juist is en blijft.
- 4) Het begrip „in kwalitatief opzicht [...] substantieel deel van de inhoud van de databank” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat rekening moet worden gehouden met de technische of commerciële waarde van

het betrokken deel. Het begrip „in kwantitatief opzicht [...] substantieel deel van de inhoud van de databank” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het op de omvang van het betrokken deel aankomt. In beide gevallen is echter niet enkel de verhouding van het betrokken deel ten opzichte van de gehele inhoud van belang.

- 5) Onder „niet-substantiële delen van de databank” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn moeten worden verstaan delen die meer zijn dan afzonderlijke gegevens en minder dan „substantiële delen” in de zin van artikel 7, lid 1.
- 6) Onder „opvragen” in de zin van artikel 7 van de richtlijn moet enkel worden verstaan het rechtstreeks overbrengen van de inhoud van de databank vanuit de databank naar een andere informatiedrager.
- 7) Onder „hergebruik” in de zin van artikel 7 van de richtlijn moet niet slechts worden verstaan het rechtstreeks vanuit de databank aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van de databank, maar ook het aan het publiek ter beschikking stellen van indirect uit de databank afkomstige werken, gegevens of andere elementen, zonder dat men rechtstreeks toegang tot de databank heeft.
- 8) Als „in strijd met een normale exploitatie” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn zijn handelingen te beschouwen die de economische exploitatie door de houder van het recht sui generis, ook op potentiële markten, belemmeren. Als handelingen „waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank” zijn handelingen te beschouwen die de rechtmatige economische belangen van de fabrikant benadelen in een mate die een bepaalde grens overschrijdt.

- 9) Artikel 10, lid 3, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat bij elke „substantiële wijziging” van de inhoud van de databank, waardoor voor de aldus tot stand gekomen databank een eigen beschermingstermijn ingaat, de tot stand gekomen databank voor de toepassing van artikel 7, lid 5, als een nieuwe databank is te beschouwen.

(Aanhangsel)

(Verwijzingsbeschikking)

24. De derde taak bij de voorbereiding van de pre-raceinformatie is het samenstellen van de lijst van deelnemende paarden. Zij wordt uitgevoerd door het call centre van Weatherbys, dat permanent wordt bemand door 32 telefonisten, die de telefoons (en de faxberichten) betreffende de inschrijving van paarden in ontvangst nemen. Voor de meeste wedrennen moet een paard vijf dagen voor de wedren vóór 12 uur zijn ingeschreven. De beller identificeert zich door vermelding van het persoonlijke identificatienummer dat hem is toegekend. De beller wordt dan gevraagd om het in de Racing Calendar gepubliceerde codenummer mee te delen van de wedren waarvoor hij een paard wil inschrijven, evenals de naam van het paard en de naam van de eigenaar.

25. Weatherbys onderzoekt in twee fasen of een paard in aanmerking komt voor deelname aan een wedren. De eerste fase is onmiddellijk bij de inschrijving van het paard voor de wedren. Leeftijd en geslacht van het paard worden vergeleken met de voorwaarden voor de betrokken wedren en wanneer het paard op een van deze gronden niet in aanmerking komt, verschijnt een waarschuwing op het scherm en wordt de inschrijving niet aanvaard. Indien een persoon die een paard wil inschrijven voor een wedren, hiervoor niet de formele toestemming heeft gekregen op grond van een schriftelijke volmacht om met Weatherbys te contracteren, of indien de eigenaar niet geregistreerd is, of indien de trainer geen vergunning heeft of

Weatherbys er niet van in kennis heeft gesteld dat hij zich met het paard bezighoudt, of indien de naam van het paard niet geregistreerd is, meldt het computersysteem dit aan de telefonist, die de inschrijving dan niet zal aanvaarden. Voor elke inschrijving wordt een uniek refertenummer toegekend om identificatie te vergemakkelijken in de aanmeldingsprocedure die dan volgt en hierna wordt toegelicht.

26. Het feit dat een paard voor een wedren is „ingeschreven”, betekent niet noodzakelijk dat het de race ook zal lopen. Eerst moet worden nagegaan of het paard voor deelname in aanmerking komt. Dan moet de trainer bevestigen dat hij wil dat het paard aan de race deelneemt (dit heet de aanmelding, die de dag vóór de wedren plaatsvindt). Tenslotte kan zelfs een aangemeld paard uit de wedstrijd geweerd worden, wanneer hier bijvoorbeeld te veel aanmeldingen voor zijn. Aangezien een paard moet worden „aangemeld” voor het aan een race kan deelnemen, kunnen trainers paarden voor meer dan één wedstrijd op dezelfde dag inschrijven (en zij doen dit ook), in de wetenschap dat zij het paard later slechts voor één of geen van deze wedrennen zullen aanmelden.

27. Wanneer de oorspronkelijke termijn voor inschrijving verstreken is, worden de binnengekomen inschrijvingen door de computer verwerkt en gerangschikt per race binnen een meeting. Als dit gedaan is, wordt de lijst van „voorlopige inschrijvingen” (dit zijn de inschrijvingen waarop nog niet de hierna uiteengezette dubbele controle is verricht en waaraan nog geen gewichten zijn toegewezen) ter beschikking gesteld via de BHB/Weatherbys Joint Internet Site en BHB's Information Service op videotext.

28. Alle telefoongesprekken worden opgenomen. In de namiddag worden zij afgespeeld en vergeleken met een door de computer opgesteld verslag. De telefonist die het telefoongesprek beluistert, is nooit dezelfde als degene die het gesprek heeft aangenomen. Op deze wijze wordt een dubbele controle uitgevoerd om zoveel mogelijk te verzekeren dat de wensen van de beller correct zijn genoteerd en dat de gepubliceerde inschrijvingslijst correct is.

29. Weatherbys gaat dan over tot de tweede fase van de controle en onderzoekt of het paard voor de betrokken wedren in aanmerking komt. Omdat hiervoor wordt uitgegaan van de gedetailleerde gegevens van de vroegere prestaties, en deze met de relevante voorwaarden voor de betrokken wedren worden vergeleken, wordt deze controle niet onmiddellijk uitgevoerd, om het in ontvangst nemen van inschrijvingen niet te vertragen. De computer voert deze taak na het verstrijken van de inschrijvingstermijn uit op basis van de vroegere prestaties en de gegevens inzake handicaps. Daarna wordt een „bevestigde” inschrijvingslijst — nu dubbel gecontroleerd en met toegewezen gewichten — gepubliceerd via dezelfde kanalen.

30. Vooraleer een paard zijn plaats op de definitieve lijst van deelnemers inneemt, moet nog een handeling plaatsvinden. Een paard dat is „ingeschreven”, moet door zijn trainer worden „aangemeld” als het aan de wedren wil deelnemen. De deadline voor aanmelding is normaal de dag vóór de race, momenteel om 10.00 uur tijdens de zomermaanden en 10.15 uur in de winter. Dit houdt in, dat de trainer het Weatherbys-call centre vóór de gestelde deadline moet opbellen en het paard moet „aanmelden” (dat wil zeggen, zijn intentie om het paard aan de race te laten deelnemen, moet bevestigen). Aanmeldingen worden niet meer aanvaard na de deadline. Wanneer aanmelding telefonisch is gebeurd, identificeert het call centre de inschrijving aan de hand van het refertenummer dat bij de inschrijving werd toegekend en dat de beller moet vermelden.

31. Na het verstrijken van de deadline voor aanmeldingen kent de computer aan elk paard een zadeldeknummer toe. Dit gebeurt op basis van het definitief toegewezen gewicht (met inbegrip van strafpunten die nog de ochtend van de aanmelding kunnen zijn toegewezen). Voor paarden waaraan een gelijk gewicht is toegewezen, is de volgorde willekeurig (voor wedrennen met handicap) of in alfabetische volgorde van de namen van de paarden (voor wedrennen zonder handicap). Voor vlakke races maakt de computer bovendien een willekeurige selectie van startboxnummers om te bepalen vanuit welke startbox de paarden zullen vertrekken. De startpositie is een gegeven waarmee wedders rekening houden. Het belang van de loting varieert naargelang van de renbaan, de lengte van de race, enzovoort. Eventuele zeer recente prestaties van de aangemelde paarden worden nog gecontroleerd. Indien volgens de voorwaarden voor de race op grond van deze prestaties strafpunten worden

toegekend, worden deze geteld bij het toegewezen basisgewicht. Soms moet het gewicht van de aangemelde paarden door de computer worden aangepast, afhankelijk van de voorwaarden voor de wedstrijd. Indien het aantal aangemelde paarden hoger ligt dan het maximum aantal deelnemers, dat door de Jockey Club om veiligheidsredenen is bepaald (informatie die ook in de databank wordt opgeslagen), kan het bovendien nodig zijn de race volgens vaste regels op te splitsen of sommige paarden uit te sluiten (dat wil zeggen niet op de definitieve deelnemerslijst te plaatsen), ook volgens vaste regels.

32. Het bijwerken van de BHB-databank (met inbegrip van de genoemde stappen die leiden tot het opstellen van de lijsten van effectieve deelnemers) is slechts een deel van de functie van BHB. Momenteel belopen de kosten van BHB voor het verrichten van al haar functies voor de Britse paardenrennen 15 miljoen pond per jaar. De kosten van BHB voor de exploitatie van de BHB-databank belopen dus ongeveer 25 % van de totale kosten. BHB financiert zichzelf en haalt haar inkomsten hoofdzakelijk uit de vergoedingen die worden betaald voor registraties en vergunningen, uit de vergoedingen die de renbanen betalen voor het vastleggen van wedstrijden, en uit bijdragen van eigenaars en renbanen voor de behandeling van de inschrijvingen. Een deel van de inkomsten is afkomstig van vergoedingen die van derden worden gevraagd voor het gebruik van de in de BHB-databank opgeslagen informatie. Deze vergoedingen leveren momenteel iets meer dan een miljoen pond per jaar op, overeenkomend met ongeveer 25 % van de exploitatiekosten van BHB voor de BHB-databank.

33. Weatherbys verstrekt bijvoorbeeld informatie uit de BHB-databank aan William Hill en andere bookmakers. Tussen Weatherbys en William Hill bestaat een overeenkomst op grond waarvan Weatherbys informatie uit de BHB-databank aan William Hill verstrekt. Voor deze informatie betalen William Hill en andere bookmakers een vergoeding aan Weatherbys, dat op zijn beurt een vergoeding aan BHB betaalt.

34. Tot 1999 betaalden off-course bookmakers BHB niet rechtstreeks voor het gebruik van informatie uit de BHB-databank. Sinds 1999 betalen een aantal van deze bookmakers rechtstreeks aan BHB voor het gebruik van pre-race-informatie op het internet. Anderen, waaronder de drie belangrijkste off-course bookmakers en Tote (in handen van de overheid), hebben echter op het ogenblik dat de onderhavige procedure in 2000 werd ingeleid, geweigerd royalty's te betalen voor het gebruik van pre-race-informatie op het internet, op grond dat daarvoor geen vergunning nodig was.

35. Een aantal andere gebruikers van pre-race-informatie (zoals de vereniging van on-course bookmakers, elektronische uitgevers en de Racecourse Association) betalen BHB rechtstreeks voor deze informatie.

[...]

De internetdienst van William Hill

40. De onderhavige procedure heeft betrekking op een activiteit die recent is gestart door William Hill Organization Ltd en een aantal van haar concurrenten. Het betreft het aanbieden van de mogelijkheid om via internet weddenschappen te plaatsen. Momenteel vertegenwoordigt dit een klein deel van de omzet van William Hill. Deze opende haar eerste website in juni 1996, als middel om haar telefonische weddiensten te promoten. In mei 1999 startte zij met het plaatsen van weddenschappen voor paardenrennen, aanvankelijk beperkt tot een klein aantal zorgvuldig gekozen races per dag, waarvoor William Hill zelf de notering („betting odds”) bepaalde. Dit ontwikkelde zich tot een uitgebreide dienst die het grootste deel van de paardenrennen bestrijkt en waarbij de aangeboden notering onmiddellijk kan worden gewijzigd. Deze verbeterde dienst werd begonnen via twee internetsites: op 3 februari 2000 via de „International Site” en op 13 maart 2000 via de „UK Site”. Belangstellenden kunnen deze sites via het internet raadplegen, zien welke paarden op welke renbanen in welke races lopen, en welke notering William Hill aanbiedt. Zij kunnen desgewenst langs elektronische weg weddenschappen plaatsen. Andere informatie (bijvoorbeeld de jockey of de trainer van het paard) is noodzakelijk opdat

de klanten zich met kennis van zaken een idee over de kansen van een paard kunnen vormen. Als de klant deze informatie wenst, moet hij ze elders gaan zoeken, bijvoorbeeld in de kranten. Bijlage F is een voorbeeld van de informatie die in de krant The Racing Post beschikbaar is over een welbepaalde race.

41. William Hill bepaalt en publiceert zelf de noteringen voor paardenrennen, onder de namen „Early Bird” en „ante-post odds”. De Early Bird-noteringen worden bepaald door medewerkers van William Hill op basis van hun eigen kennis en oordeel, en worden doorgaans aangeboden voor speciaal geselecteerde wedrennen op de dag zelf waarop zij plaatsvinden. William Hill geeft momenteel per jaar Early Bird-prijzen voor ongeveer 2000 paardenrennen in het Verenigd Koninkrijk. Ante-post odds zijn de noteringen die door William Hill voor een welbepaalde race worden aangeboden, een of meer dagen voor hij plaatsvindt. Vijf voorbeelden van wat een gebruiker van de internetdienst van William Hill op zijn computerscherm zal zien, worden als bijlage bijgevoegd. Het eerste (bijlage A) is een afdruk van de website op 13 maart 2000 om 12.20 uur. Het betreft de race van 14.00 uur in Plumpton diezelfde dag. De namen van de paarden zijn die welke zijn aangemeld. Het tweede (bijlage B) is een afdruk van deze website op dezelfde dag en heeft betrekking op de Grand National, die op 8 april 2000 zou plaatsvinden. Het derde voorbeeld (bijlage C) is een afdruk van de website een week later, te weten op 21 maart 2000, en heeft eveneens betrekking op de Grand National. Uit een vergelijking van de laatste twee blijkt dat de deelnemerslijst en het totaal aantal deelnemers kunnen veranderen naarmate de datum van de race nadert. En niet alleen de identiteit en het aantal paarden kunnen veranderen, maar ook het tijdstip van de race. Bijlage A is een voorbeeld van een zeer kleine race met weinig deelnemers. Sommige races zijn veel groter. Op 13 maart 2000 toonde de website van William Hill bijvoorbeeld de Lincoln Handicap, een race over een mijl die te Doncaster zou worden gehouden op 25 maart 2000, met 58 aangemelde deelnemers. Zoals blijkt uit de website was het aantal deelnemers op 21 maart 2000 geslonken tot 46. De afdrukken van deze twee laatste websites zijn respectievelijk te vinden in de bijlagen D en E.

42. Tussen mei 1999 en februari 2000 bood William Hill enkel weddenschappen via het internet aan voor zorgvuldig uitgekozen races (de races waarvoor Early Bird en ante-post odds werden aangeboden). De deelnemers aan de Early Bird-races werden

dagelijks tussen 9.00 uur en 10.15 uur met de hand ingevoerd, samen met de noteringen, met relevante gegevens over de race, die uit de nationale pers werden gehaald. Mogelijke deelnemers aan ante-post races werden met de hand ingevoerd op basis van gepubliceerde lijsten. In beide gevallen werden de deelnemers in volgorde van de noteringen gepubliceerd, waarbij de laagste eerst stond. Sinds februari 2000 biedt William Hill via internet weddenschappen aan voor alle belangrijke paardenrennen in het Verenigd Koninkrijk. De relevante gegevens voor alle races (met inbegrip van de races waarvoor Early Bird-noteringen worden aangeboden) die op een bepaalde dag plaatsvinden, worden momenteel gehaald uit de RDF die SIS aan William Hill levert, en worden op de dag van de race tussen 5.00 uur en 7.00 uur 's morgens gepubliceerd, naargelang het moment waarop de RDF dagelijks binnenkomt. Wanneer William Hill Early Bird-noteringen of ante-post odds aanbiedt, worden de deelnemers gerangschikt volgens de aangeboden noteringen. In andere gevallen (of wanneer de noteringen nog niet zijn gegeven) biedt William Hill de „Starting Price” aan en worden de deelnemers in alfabetische volgorde gerangschikt.

43. Op het ogenblik dat William Hill deze gegevens op haar internetsites plaatst (met name de dag waarop de betrokken race plaatsvindt), zijn die sinds de voorgaande dag beschikbaar uit andere bronnen dan SIS. Zij zijn dan bijvoorbeeld reeds gepubliceerd in de pers en bij verschillende teletekstdiensten.

44. Zoals uit de bijlagen blijkt, omvat de informatie op de websites van William Hill de namen van alle paarden in de race, datum, uur en/of naam van de race en de naam van de renbaan waar hij zal worden gehouden. Wat het aantal gegevens betreft, is dit een zeer klein deel van de totale gegevens in de BHB-databank. Geen andere uit de BHB-databank afkomstige informatie verschijnt op de websites van William Hill. William Hill geeft bijvoorbeeld niet de naam van de jockey, het zadeldeknummer of het gewicht dat aan het paard is toegewezen of moet worden gedragen. William Hill geeft geen informatie betreffende de conditie van de paarden, noch gegevens uit de grote hoeveelheid andere informatie die in de BHB-databank is opgeslagen en die wordt gebruikt voor het samenstellen van het Stud Book, de functies van de Jockey Club en/of de andere functies van BHB.

45. Op de websites van William Hill worden de paarden niet op dezelfde wijze gerangschikt als in de BHB-databank. William Hill rangschikt de lijsten van de deelnemers volgens de noteringen, met de favoriet op de eerste plaats, of in alfabetische volgorde; zij worden niet op dezelfde wijze gerangschikt als in de BHB-databank, tenzij misschien bij toeval. Elke deelnemerslijst op de websites van William Hill is echter de volledige lijst van alle deelnemers aan die race.

46. William Hill heeft geen rechtstreekse toegang tot de BHB-databank. De informatie op de websites van William Hill was in het verleden — en is wellicht ook in de toekomst — afkomstig uit twee bronnen: (1) de avondkranten die de dag voor de race verschijnen, en/of (2) de door SIS op de morgen van de race geleverde RDF. De RDF is afkomstig uit de BHB-databank. De informatie in de kranten is ook afkomstig uit de BHB-databank: zij wordt door Weatherbys aan de kranten geleverd.

47. Het wordt niet betwist dat SIS en de kranten niet het recht hebben om op hun beurt een vergunning te verlenen aan William Hill voor het gebruik van uit de BHB-databank afkomstige informatie op haar website en zij stellen ook niet dit te doen.