

De ontsporing van het begrip databank. Enige bedenkingen bij HvJEU *Freistaat Beieren/ Verlag Esterbauer*

Het Hof van Justitie heeft bij de uitleg van Richtlijn 96/9/EG betreffende de rechtsbescherming van databanken het begrip 'databank' zelden onder een vergrootglas gelegd. Meer aandacht ging uit naar het vereiste van substantiële investering en naar de reikwijdte van het recht om opvraging en hergebruik van data te verbieden. Nu ligt er een uitspraak die het criterium dat de gegevensverzameling uit zelfstandige elementen moet bestaan, uitholt. Gaan we naar een databankrecht op alle 'informatie'?

M.M.M. van Eechoud
Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad

In 2004 wees het Hof van Justitie arresten in de vier 'landmark' *Fixtures* zaken¹, over de vraag of wedstrijdschema's van voetbalcompetities aan te merken zijn als databank. Ja was het antwoord,² maar wel ontbrak het aan de vereiste substantiële investering in de verkrijging, controle en presentatie van de inhoud.³ Meer dan tien arresten heeft het Hof sindsdien gewezen over de richtlijn. Daarin heeft het zich zelden hoeven of willen buigen over de vraag wat precies de grenzen zijn van het begrip 'databank' uit artikel 1 lid 2 Databankenrichtlijn (art. 1 lid 1 sub a Dw, art. 10 lid 3 Aw). Wel heeft het Hof wel bij herhaling gezegd dat 'databank' een ruim begrip is. Zo ook in het arrest *Freistaat Bayern/Esterbauer*, dat hier centraal staat.

In deze bijdrage breng ik allereerst in herinnering welke vereisten de Databankenrichtlijn stelt aan gegevensverzamelingen, en hoe die vereisten in de rechtsgeleerde literatuur en de rechtspraak van het Hof van Justitie worden uitgelegd. Vervolgens schets ik de achtergrond van het conflict tussen de Beierse overheid en de kaartenuitgever over de (vermeende) overname van gegevens uit topografische kaarten, dat aanleiding was voor de prejudiciële vragen van het Duitse Bundesgerichtshof (BGH). Daarbij ga ik ook even in op de auteursrechtelijke bescherming van kaarten, een werkcategorie die de Berner Conventie expliciet noemt (art. 2 lid 1 BC). Vervolgens komt aan de orde hoe het Hof

het zelfstandigheidsvereiste uitlegt, en wat daarvan in mijn optiek de ongelukkige consequentie is. Kenmerkend aan de *Freistaat Bayern/Esterbauer* zaak is dat die draaide om gebruik van gegevens die de overheid in het kader van de publieke taak produceert. Nu maakt de Databankenrichtlijn weliswaar geen onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke producenten, maar het EU-beleid inzake 'hergebruik'⁴ van overheidsinformatie beperkt wel de uitoefening van IE-rechten door de overheid. De bijdrage besluit met een paar bespiegelingen over de relatie auteurs/databankenrecht en hergebruikbeleid.⁵

Wat is een databank?

De kernvereisten waaraan zowel de auteursrechtelijk als de sui generis beschermde gegevensverzamelingen moeten voldoen om te kwalificeren als databank in de zin van artikel 7 lid 2 Databankenrichtlijn zijn er vier. Er moet sprake zijn van (1) een verzameling, bestaand uit (2) zelfstandige elementen (werken, gegevens of ander materiaal) die (3) systematisch of methodisch geordend zijn en die (4) afzonderlijk toegankelijk zijn met elektronische middelen of anderszins. Het Hof van Justitie neigt ernaar om criteria 1-2 en 3-4 samen te nemen (zie bijv. r.o. 29-31 *Fixtures Marketing/OPAP*). Omdat er geen ondergrens zit aan de

1 Hof van Justitie EG 9 november 2004, zaak C-338/02, ECLI:EU:C:2004:696 (*Fixtures Marketing/Svenska*); zaak C-444/02, ECLI:EU:C:2004:697 (*Fixtures Marketing/OPAP*); zaak C-46/02 ECLI:EU:C:2004:694 (*Fixtures Marketing/Oy Veikkaus*); HvJ EG 9 november 2004, zaak C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695 (*British Horseracing Board/William Hill Organization*).

2 R.o. 35 *Fixtures Marketing/OPAP*.

3 R.o. 36 *Fixtures Marketing/Svenska*.

4 Hergebruik is een kernbegrip in Richtlijn 2013/37/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie, *PbEU* L 175/1. Het begrip staat los van hergebruik in de zin van de Databankenrichtlijn ('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; art. 7 lid 2 Databankenrichtlijn). Voor de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie is hergebruik 'het gebruik door natuurlijke personen of rechtspersonen van documenten die in het bezit zijn van openbare lichamen voor andere commerciële of niet-commerciële doeleinden dan het oorspronkelijk doel binnen de publieke taak waarvoor de documenten zijn geproduceerd.' (art. 2 lid 4 Richtlijn 2003/98/EG).

5 Zie voor licenties voor het gebruik van overheidsinformatie uitgebreider: R. de Beer, A. de Leeuw, M. van Eechoud, 'Kruisende wegen, Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid', *AMI* 2015-3, p. 75-83 en M. van Eechoud, 'Open overheidsinformatie: toegang de sleutel, licenties het slot?', *Mediaforum* 2013-10, p. 241.

omvang van een verzameling valt daar wat voor te zeggen. In *Fixtures Marketing/OPAP* constateert het Hof dat het Europees Parlement graag had gezien dat er sprake moet zijn van 'een aanzienlijk aantal' elementen, maar dat dit criterium niet in de Richtlijn terugkomt (r.o. 24). Over hoeveel elementen het dan wel moet gaan laat het Hof zich verder niet uit.

Er is sprake van zelfstandige elementen als de elementen 'van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat daardoor de informatieve, literaire, artistieke of muzikale waarde of de waarde anderszins van de inhoud daarvan wordt aangetast' (r.o. 29). In de rechtsgeleerde literatuur leven verschillende opvattingen over wat de relatie tussen criterium 2 en 4 is, maar over één ding lijken schrijvers het eens: ofwel het ene ofwel het andere criterium heeft geen toegevoegde waarde als onderdeel van de definitie van databank.⁶ Aan het vereiste dat de gegevens methodisch of systematisch geordend moeten zijn is snel voldaan; volgens sommige auteurs volstaat elke ordening die getuigt van enige planmatigheid, volgens anderen moet het om een ordening volgens redelijk objectieve maatstaven gaan die bruikbaar en begrijpelijk zijn (zoals op alfabet, chronologisch).⁷ In veel zaken die voor het Hof kwamen, stond ofwel buiten kijf dat aan bovenstaande criteria was voldaan, of was de premisse dat sprake was van een databank, zonder dat er prejudiciële vragen over werden gesteld.

De vragen van het Bundesgerichtshof

In de rechtspraak tot op heden heeft het Hof wat betreft het object van bescherming vooral uitgewerkt wat het voor het sui generis recht cruciale vereiste van substantiële investering inhoudt, en ook wat een verzameling oorspronkelijk maakt in auteursrechtelijke zin. Tegen de tijd dat *Freistaat Bayern* het Luxemburgse Hof bereikte waren deze punten niet (langer) aan de orde.

Het Duitse Bundesgerichtshof wilde van het Hof van Justitie vernemen hoe het criterium 'zelfstandige elementen' uitgelegd moet worden met het oog op de vraag of een gedrukte topografische kaart aan te merken is als databank. De op het eerste gezicht onschuldige vraag had het Hof kunnen inspireren tot een doorwrochte analyse van de grenzen van het begrip. Helaas worden we afgescheept met een onbevredigend antwoord, dat doet vrezen dat de wettelijke definitie van databank nu wel heel ver is komen af te staan van het normale taalgebruik. M.i. zou het Hof dichter

moeten blijven bij wat de Europese wetgever wilde zekerstellen: wel een ruim begrip door geen onderscheid te maken tussen elektronische en niet-elektronische (analoge) gegevensverzamelingen, maar geen cumulatieve bescherming van werksoorten die in hoofdzaak als eenheid gezien worden zoals bijv. de speelfilm, een muziekstuk, de roman in boekvorm en m.i. ook de topografische kaart. In plaats daarvan lijkt nu toch echt zo'n beetje alles een databank. Het komt dan alleen nog maar aan op de vraag of sprake is van een eigen intellectuele schepping wat betreft selectie en ordening (voor auteursrechtelijke bescherming) of van een substantiële investering in de verkrijging, controle of presentatie van de inhoud (sui generis bescherming).

Overigens, bij de implementatie zag onze nationale wetgever bewust af van het gebruik van de term databank in de Auteurswet, omdat de juridische betekenis ook toen al niet overeenstemde met die in het dagelijks taalgebruik – dat zat hem indertijd vooral in het feit dat het Europese databankbegrip ook niet-elektronische databanken dekt.⁸

Achtergrond geschil

Het Beierse *Landesvermessungsamt*, een overheidsdienst min of meer equivalent aan de topografische dienst van het Kadaster, wil paal en perk stellen aan het gebruik zonder toestemming van topografische gegevens die ontleend zijn aan door het Amt geproduceerde papieren landkaarten. Uitgevers hebben de mogelijkheid om datasets in licentie te krijgen: een digitale topografische kaart op schaal 1:50.000 kost 3300 euro, plus een oplage-afhankelijke opslag voor distributie. Oude papieren kaarten van vóór 1982 zijn ook nog verkrijgbaar voor een paar tientjes per kaartblad (Bayern dekkend gaat het om ruim 200 bladen). Daar hangt echter een *Creative Commons Attribution No Derivatives* licentie aan ('CC-BY-ND'), dat wil zeggen: je mag de kaarten wel kopiëren en verder verspreiden, maar niet bewerken. Een en ander is kenbaar uit de 'Gebühren- und Preisliste der Bayerischen Vermessungsverwaltung – Stand 19.11.2015', te vinden op <http://www.ldbv.bayern.de>. Voor actuele papieren kaarten die het Landesvermessungsamt via de boekhandel verkoopt zijn alle IE-rechten voorbehouden.

Esterbauer, Oostenrijkse uitgever van o.a. fietskaarten en stadsplattegronden, had geen licentie, maar digitaliseerde papieren kaarten en onttrok daaraan ten behoeve van eigen kaartuitgaven informatie over onder meer fietspaden. Naar hun zeggen ging het om kleine hoeveelheden

6 Zie o.m. V. Bensinger, *Sui-generis-Schutz für Datenbanken: die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts*, München: Beck, 1999; A. Beunen, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007; E. Derclaye, *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2008; P.B. Hugenholtz, 'Het Europese Databankenrecht: Acht jaar later, en nu?', *Auteurs & Media* 2004-5/6, p. 439-443; M. Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, München: Beck 2000,

A. A. Quaadvlieg, 'Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn', *AMI* 2000-9, p. 177-186.

7 Zie voor een overzicht van opvattingen A. Beunen, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 55-57.

8 D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankenwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 128 (*Kamerstukken II*, 26 108, nr. 3).

gegevens, die gecombineerd werden met data uit andere bronnen en eigen veldwerk. Het Landesvermessungsamt begon een inbreukactie en beriep zich daarbij op auteurs- en databankrechten.

Het Amtlichen Topographisch-Kartographischen Informationssystem "ATKIS" is het hart van de Beierse kaartenmakerij. In ATKIS zitten digitale landschapsmodellen: dat zijn weergave-onafhankelijke modellen van gebieden. Die zijn weer gemaakt op basis van m.n. luchtfoto's en veldopnamen. De landschapsmodellen staan aan de basis van verschillende cartografische modellen voor de weergave van data zoals wij die kennen van papieren en digitale kaarten. De papieren kaarten zijn dus een van de (eind) producten die met het systeem gegenereerd kunnen worden. Het sui generis recht op de digitale topografische en cartografische basisbestanden die in het ATKIS-systeem zitten, was in deze zaak van weinig nut omdat Esterbauer zijn gegevens niet direct aan dat systeem ontleende, maar papieren kaarten had gedigitaliseerd en daaruit data had gewonnen. Mogelijk dateerden die papieren kaarten zelfs van vóór ATKIS, dat werd mij uit de uitspraken van Bundesgerichtshof en OLG München niet duidelijk. Waren de litigieuze kaarten wél afkomstig uit ATKIS, dan was de 'extractie' van gegevens uit de kaart mogelijk aan te merken als een vorm van opvraging uit de databank. Het Hof van Justitie interpreteert dat begrip immers ruim, zo blijkt onder andere uit *Directmedia*.⁹ Dan speelt natuurlijk wel de vraag of het ook een substantieel deel betreft, want anders staat de opvraging vrij (mits er geen sprake is van het beetje bij beetje leegtrekken van de databank).

Auteursrecht

Een beroep op het auteursrecht zal van weinig nut geweest zijn, omdat het bij kaarten vooral de vormgeving is die getuigt van oorspronkelijk karakter. Die vormgeving is echter sinds jaar en dag federaal genormeerd voor heel Duitsland. Alle regionale topografische diensten volgen standaarden, die per schaal zijn neergelegd in een zogenaamd *Musterblatt*. Een voorbeeld van hoe de papieren kaarten er ongeveer uitzien, staat in het plaatje hiernaast.

Die gestandaardiseerde vormgeving lijkt aan oorspronkelijkheid van de grafische weergave in de weg te staan, maar wellicht kan een dataset als zodanig nog altijd een eigen intellectuele schepping zijn. Men moet er voor waken om te snel aan te nemen dat bij het maken van geografische dataverzamelingen geen sprake is van creatieve keuzes omdat het 'slechts' gaat om het registreren van 'feiten'. De productie van topografische kaarten behelst complexe generaliseringsprocessen: het weergeven van de reële 1:1 wereld op een kleinere schaal (bijvoorbeeld 1:50.000 zoals in de *Freistaat Bayern* zaak) noopt tot het maken van vele



Voorbeeld van type 1:50 000 kaart zoals in geding Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer. Oorspronkelijke kleurstelling met groen en blauwtinten. Bron: BGH 18.9.2014, I ZR 138/13.

keuzes: welke verschijnselen worden geregistreerd en welke genegeerd, hoe worden kenmerken gedefinieerd en beschreven? De typische vormgevingskenmerken die wij als leek herkennen op een kaart (kleurgebruik, symbolen voor vegetatie en bebouwing, etc.) zijn slechts de uitkomst van het cartografisch staartje van het productieproces. Ongetwijfeld spelen bij het maken het voldoen aan standaarden, functionele en technische eisen een overweldigende rol. Daarmee is niet gezegd dat er niet ook creatieve keuzes worden gemaakt. De vergelijking met software dringt zich op. Ik laat even in het midden of dat er op wijst dat het auteursrechtelijke oorspronkelijkheidsvereiste problematisch is voor zowel computerprogramma's als geografische databestanden, of dat we een te simplistisch beeld hebben van wat er bij het maken van 'kaarten' komt kijken.

Terug naar Beieren. In de procedure bij het Bundesgerichtshof is niet meer aan de orde de vraag of de papieren kaart een grafisch werk (Pläne, Karte) is in de zin van § 2 Abs. 1 Nr. 7 Duitse auteurswet (UrhG), dat net als artikel 2 lid 1 Berner Conventie (BC) 'maps' en 'plans' expliciet als werkcategorie erkent. Maar is elke papieren kaart zelf een databank?

Topografische kaart is databank?

Het Oberlandesgericht (OLG) München oordeelde van niet.¹⁰ Met het OLG neemt het BGH aan dat wel sprake is van een verzameling, die bovendien methodisch geordend is: namelijk aan de hand van het Duitse 'Einheitsnetz'. Dat is vergelijkbaar met het Nederlandse systeem van de zgn. rijkdriehoeksmeting, een grid gebaseerd op ruim 5000 meetpunten, waarmee de plaats van elk punt in het Nederlandse landschap zich precies laat bepalen.

9 HvJEU 9 oktober 2008, zaak C-304/07, ECLI:EU:C:2008:552, (*Directmedia/Ludwigs Universität*), AMI 2009-6, nr. 22 m.nt. Hugenholtz.

10 Kenbaar uit BGH 18.9.2014 - I ZR 138/13 (OLG München), GRUR 2014, 1197.

Dat de topografische kaart geen databank is, komt volgens het OLG omdat niet aan het zelfstandigheidsvereiste is voldaan. Het OLG oordeelt dat een punt op de kaart, de bijbehorende coördinaten en kenmerk (zoals kerk, gebouw) nauwelijks zelfstandige waarde hebben: de gebruiker heeft aanvullende informatie nodig om het punt te kunnen duiden. Bij het isoleren van een punt met bijbehorende coördinaten daalt de informatieve waarde van de gegevens sterk; ze zijn dus geen zelfstandige elementen. De (gebruiks)waarde van een kaart zit hem in de relaties tussen gegevens, ook al heeft de gebruiker niet alle informatie nodig die in de kaart besloten ligt. Het Bundesgerichtshof signaleert dat deze benadering (brede) steun vindt onder rechtsgeleerden, maar dat er ook een andere stroming is in literatuur en rechtspraak die vindt dat de combinatie van coördinaat en objectomschrijving wel reeds een zelfstandig element oplevert.

Volgens het Bundesgerichtshof betekent niet elke vermindering van de informatiewaarde door het isoleren van gegevens dat ze niet meer als zelfstandig aan te merken zijn. Het ligt er maar aan naar welke maatstaven die 'waarde' is te beoordelen. Het haalt daarbij de *Fixtures* zaken aan, waar het ging over wedstrijdschema's van voetbalcompetities. Dat bepaalde gegevens, zoals de combinatie teams, speeldag en tijdstip van een specifieke wedstrijd, de interesse van gebruikers maar deels bevredigen, maakt die combinatie van gegevens nog niet tot onzelfstandig element. Het komt er bij de kaartgegevens dus op aan of al sprake is van zelfstandige elementen zolang de gegevens eenmaal uit de kaart gelicht nog enige waarde houden, of dat bij het beoordelen van die waarde de aard en de daaruit voortvloeiende normale gebruiksbestemming van de kaart ook relevant is.

Een topografische kaart, als die in het geding, kenmerkt zich daardoor – aldus het Bundesgerichtshof in een treffende omschrijving – dat deze op gegeneraliseerde wijze met gebruik van symbolen topografische informatie in een makkelijk waarneembare vorm weergeeft. Daardoor kan de gebruiker zich oriënteren op zijn positie en richting bepalen. Hoewel het mogelijk is om aan een kaart bepaalde stukjes informatie te onttrekken die eigen informatiewaarde hebben, zoals bijvoorbeeld de ligging van alle kerken in een gebied, vereist wel dat de gebruiker de kaart systematisch afzoekt op die symbolen, en dat is niet het normale gebruik. Tot zover het Bundesgerichtshof, dat het Hof van Justitie vraagt zich uit te laten over de aard van de waarde die telt.

Het Hof van Justitie verwijst naar zijn eerdere arresten, m.n. in *Fixtures* en *Football Dataco/Yahoo*¹¹, waarin het al te kennen had gegeven dat ook een combinatie van gegevens een zelfstandig element kan zijn, mits die combinatie een zelfstandige informatieve waarde heeft voor de (eind) gebruiker. In beide zaken waren dat consumenten van gokbedrijven, partijen aan het eind van de keten zagezegd.

Het Hof beschouwt de litigieuze topografische kaarten als een soort halffabricaat (r.o. 19). Niet de eindgebruikers, maar de uitgevers ziet het Hof als gebruikers voor wie de kaarten waarde hebben: de uitgevers kunnen bepaalde informatie uit de kaarten destilleren en die vervolgens gebruiken in hun eigen producten. Daarom zijn de (combinaties van) gegevens zelfstandige elementen. Aan het meest cruciale databankcriterium is in deze redenering snel voldaan. Hierboven omschreef ik al kort hoe het *Landesvermessungsamt* uit ATKIS de papieren kaarten genereert, het lijkt me onwaarschijnlijk dat de dienst ze zelf als een soort halffabricaat beschouwt, maar dat terzijde.

Uiteindelijk doen volgens het Hof de normale of te voorziene gebruiksdoelen van een verzameling er in het geheel niet toe. Voortbordurend op *Fixtures* en onder aanroeping van de (inmiddels heilig verklaarde) ruime invulling van het begrip databank oordeelt het Hof dat 'de zelfstandige informatieve waarde van een element dat uit een verzameling is gelicht [curs. MvE] dan ook [moet] worden beoordeeld in het licht van de waarde die de informatie heeft voor welke derde dan ook die belangstelling toont [curs. MvE] voor dat element, en niet in het licht van de waarde die deze informatie heeft voor een typische gebruiker van de betreffende verzameling' (r.o. 27).

Hiermee is het begrip databank m.i. nu compleet uitgehouden. Aan de hoeveelheid 'inhoud' van de verzameling stellen we al geen eisen (alleen de logica dicteert dat er meer dan een element moet zijn, aan de ordening nauwelijks (als er maar een zoekstructuurtje is) en aan het criterium van zelfstandigheid is dus voldaan zodra iemand interesse heeft in een flard. Is dat erg? Uit oogpunt van rechtszekerheid verdient een extern perspectief zoals het Hof van Justitie dat hanteert bepaald niet de voorkeur. Het maakt het object van deze vorm van intellectuele eigendomsrechten wel heel ongrijpbaar. Bij de sui generis bescherming blinken de vereisten van substantiële investering (als voorwaarde voor bescherming) en opvraging of hergebruik van substantiële delen (als voornaamste inbreukmaatstaf) ook al niet uit in voorspelbaarheid. De rechtsonzekerheid die inmiddels met deze mix gepaard gaat komt de ontwikkeling van informatiediensten en -producten niet ten goede, mogen we wel aannemen. Op zijn minst stimuleert het databank-thickets: moeilijk doordringbare struikgewassen aan rechten.

Is een kaart een werk en verzamelwerk tegelijk?

Specifiek wat betreft topografische kaarten en vergelijkbare grafische voorstellingen is het problematisch dat een (analoge) kaart voor zover ik weet van oudsher niet als verzamelwerk, maar juist als 'eenheidswerk' wordt beschouwd. De internationale gemeenschap is het er al meer dan een eeuw over eens dat geografische kaarten een categorie

¹¹ *Fixtures* zie noot 1, HvJEU 1 maart 2012, zaak C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, NJ 2012, 433 m.nt. Hugenholtz (*Football Dataco/Yahoo*).

auteursrechtelijk beschermde werken zijn. Op de lange lijst van werksoorten van artikel 2 lid 1 BC staan expliciet 'illustrations, maps (*cartes géographiques* in de Franse versie), plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.' Vergelijk ons artikel 10 lid 1 sub 7° Aw, dat spreekt van 'aardrijkskundige kaarten'. Artikel 2 lid 5 BC noemt apart verzamelwerken (bijv. atlanten), vergelijk artikel 10 lid 3 Aw. Kan één en dezelfde creatie zowel een zelfstandig werk zijn als een verzameling? Dat klinkt onlogisch maar volgt in feite uit *Freistaat Bayern/Esterbauer*.

Als dat inderdaad de consequentie is van de ruime interpretatie van het begrip gegevensverzameling, welke andere werksoorten volgen dan nog? Muziekstukken? Geordend volgens bepaalde toonladders, scheidbaar in noten, waarvan een riedeltje vast wel interessant is voor iemand ergens in de EU. Romans in boekvorm? Geordend in hoofdstukken, scheidbaar in alinea's, zinnen of woorden, waarvan een combinatie vast wel interessant is voor iemand in de EU. Alleen voor films wordt het moeilijk, aangezien considerans 17 van de Databankenrichtlijn uitdrukkelijk zegt dat een film niet als databank aangemerkt moet worden. Maar daarmee is nog geen rechtsregel gegeven natuurlijk.

Het Hof van Justitie is gehouden om het begrip databank uit de Databankenrichtlijn uit te leggen en is bovendien zelf de weg ingeslagen om een autonoom Europees auteursrechtelijk werkbegrip te formuleren. Op dat laatste vlak is het nog niet veel verder gekomen dan specificeren wat ongeveer onder het oorspronkelijkheidsvereiste moet worden verstaan.¹² Maar wat is precies een werk-'eenheid' of een databank-eenheid? Waar is het begin en het einde? Het wordt hoog tijd dat het Hof de relatie werkbegrip en databank uitdiept.¹³ De vraag van het Bundesgerichtshof in bovenstaande zaak was daarvoor te beperkt, maar hopelijk komt er snel een herkansing.

Wat al wel duidelijk was, is dat een deelset uit een beschermde databank ook zelf weer een beschermde databank kan zijn, als die 'subgroep' van data aan alle criteria van artikel 7 lid 1 Databankenrichtlijn voldoet, aldus het Hof in de *Apis/Lakorda*-zaak.¹⁴ Echter, het feit alleen dat datasets afkomstig uit een grotere verzameling als autonome producten op de markt worden gebracht, maakt die sets nog geen zelfstandig beschermde databanken. Bij de kwalificatie als databank 'spelen commerciële overwegingen namelijk geen rol'.¹⁵ In *Apis* was de vraag wanneer er sprake is van het opvragen of hergebruiken van een substantieel deel van verzamelingen van wetgeving en rechtspraak die het bedrijf *Apis* aanlegde. De verwijzende rech-

ter vroeg wat de juiste vergelijkingsmaatstaf is: moest de hoeveelheid overgenomen rechtspraak afgezet worden tegen de module met jurisprudentie, of tegen de complete databank? Het eerste als de module zelf aan alle vereisten voldoet, het laatste als dat niet zo is. Het draait voor de beschermbaarheid dus vooral om de investeringshoogte in de onderscheiden modules, op andere punten (zelfstandige elementen, methodisch geordend, individueel toegankelijk) verschillen ze immers niet.

Deze benadering brengt mee dat producenten van grote dataverzamelingen niet minder beschermd worden dan die van kleine. Maar het geeft ook een Droste effect: een databank is zelf een verzameling databanken is zelf een verzameling databanken is zelf... Kortom, de (her)gebruiker moet van de complete databank inschatten wat de minimale dataset is die nog het vereiste investeringsniveau haalt, en daar dan weer minder dan een substantieel deel van gebruiken om zich tegen inbreukclaims te kunnen verweren. Een databank heeft in deze optiek dus geen 'natuurlijke' grenzen, zoals producenten en gebruikers die neem ik aan wel min of meer herkennen en die blijken uit het productaanbod en -gebruik op verschillende markten. Nog meer rechtsonzekerheid dus.

Databanken van de overheid

Dat het er bovendien in het geheel niet toe doet of een databank door een overheidsorganisatie is geproduceerd in het kader van een publieke taak, maakt het er niet beter op. In *Apis/Lakorda* stredden twee commerciële aanbieders van juridische informatie die allebei voornamelijk onbeschermde wetteksten en rechtspraak verzamelden. Dat de inhoud van de databanken grotendeels uit rechtenvrije officiële teksten bestaat, maakt voor de beschermingsvraag niet uit.¹⁶ Terecht naar mijn mening. Naarmate overheden meer juridische informatie actief openbaar maken in meer gestructureerde formats, nemen de kosten voor bedrijven die zulke informatie in hun databanken verwerken wel af natuurlijk, en daarmee de investeringshoogte.

Een ander punt is de vraag naar de positie van overheidsorganen zelf, als databankproducent. Het (Europese) mededingingsrecht en de Richtlijn Hergebruik overheidsinformatie kunnen onder omstandigheden de uitoefening van databankrechten door overheden beperken. Het mededingingsrecht biedt echter geen soelaas als de overheidsorganisatie geen economische activiteit uitoefent met de productie en beschikbaarstelling van de databank. De zaak *Compass/Oostenrijk* bleek zo'n geval.¹⁷ Het bedrijf *Compass*

12 Voor een analyse van het begrip 'eigen intellectuele schepping' in de rechtspraak van het Hof, zie S. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Echoud (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 95-143 (open access via <http://www.oapen.org/home>).

13 Zie over de beperkte blik op het werkbegrip, Mireille van Echoud, 'Along the Road to Uniformity. Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on the

Copyright Work', 3 (2012) *JIPITEC*, 1, p. 60-80 (open access: www.jipitec.eu), en over het buiten de oevers getreden werkbegrip ook: P.B. Hugenholtz, 'Guy Vandenberghe had gelijk', *Computerrecht* 2009-3, p. 107.

14 HvJEU 5 maart 2009, zaak C-545-07, ECLI:EU:C:2009:132 (*Apis/Lakorda*).

15 Id., r.o. 65.

16 Id., r.o. 69.

publiceerde in opdracht van de staat het publicatieblad met inschrijvingen/mutaties in het ondernemingsregister. Daartoe ontving Compass bulk data van het Ministerie van Financiën, die ook gebruikt werden in producten voor de bedrijfsinformatiemarkt. Toen de Staat het ondernemingsregister (equivalent aan ons Handelsregister en geregeld in het *Firmenbuchgesetz*) ook online toegankelijk wilde maken voor het publiek, besteedde ze de toegangverlening middels concessies uit aan een paar bedrijven, met behoud van flinke zeggenschap over de voorwaarden en prijzen. Die keuze, zo begrijp ik uit de conclusie van de A-G,¹⁸ was ingegeven door het feit dat de Staat indertijd zelf de infrastructuur niet had voor het innen van betalingen bij online verstreking. Compass wilde, om rendabel producten te kunnen voortzetten, toegang tot bulk data houden, maar kon alleen nog de mutaties aanschaffen via die bureaus. Dat zou een aanzienlijke kostenverhoging met zich meebrengen. Bovendien mogen de bureaus zelf en hun afnemers de gegevens niet gebruiken in strijd met het databankenrecht dat de Oostenrijkse staat zich voorbehoudt. Compass kon zo dus niet langer bedrijfsinformatiediensten leveren met toegevoegde waarde.

Handelt de Staat daarmee in strijd met artikel 102 VWEU, dat wil zeggen maakt hij misbruik van een machtspositie door de weigering om een licentie te verlenen voor bulk toegang en hergebruik? Omdat de gegevensverzameling en het verlenen van inzage naar het oordeel van het Hof (dat hier de A-G volgt) onmiskenbaar behoren tot het uitoefenen van openbaar gezag (d.w.z. overheidstaken zijn), is geen sprake van economische activiteit. Het feit dat de Staat intellectuele eigendomsrechten inroept maakt dat niet anders (r.o. 47). Het mededingingsrecht biedt dan ook geen soelaas. Overigens was ten tijde van het geschil de herziene Richtlijn hergebruik overheidsinformatie (2013) nog niet van kracht. Onder de oorspronkelijke richtlijn uit 2003 was het toestaan van hergebruik van openbare gegevens nog niet verplicht. Sinds 1 juli 2015 is dat wel zo, dus de uitkomst zou vandaag de dag mogelijk anders zijn geweest. Overigens mag dat hergebruik wel aan voorwaarden worden verbonden, zolang die maar transparant zijn en non-discriminatoir. Wel geldt sinds de herziening het uitgangspunt dat voor hergebruik niet meer dan de kosten van verstreking van de data in rekening mogen worden gebracht.

De Richtlijn beperkt dus de uitoefening van databankrechten door overheden. Hetzelfde geldt voor auteursrechten. Nu doet zich de curieuze situatie voor dat elke lidstaat er zijn eigen normen op nahoudt over welke overheidsinformatie wel of niet van het auteursrecht is uitgezonderd. Alleen Europese regelgeving kan daar wat aan veranderen: de praktijk is in lidstaten zo divers dat het Hof van Justitie die door verdere interpretatie van het werkbegrip niet gelijkgetrokken krijgt.

Onze Databankenwet bijvoorbeeld zondert in artikel 8 databanken met van het auteursrecht uitgezonderde regelgeving en rechtspraak (cf. art. 11 Aw) uit van sui generis bescherming, als tenminste de overheid producent is. Artikel 8 lid 2 bevat het equivalent van artikel 15b Aw: verder gebruik van door of namens de openbare macht openbaar-gemaakte databanken staat vrij, tenzij er een voorbehoud van sui generis recht is gemaakt. Strikt genomen voorziet de Databankenrichtlijn niet in dergelijke uitzonderingen, dus als het Hof zich ooit over de verenigbaarheid van artikel 8 met de richtlijn moet uitlaten volgt wellicht nog een nare verrassing. Beter ware het als in ieder geval voor wat in Nederlands bestuursjargon zo mooi heet 'basisinformatie van de democratische rechtsstaat' van IE-rechten worden uitgezonderd: het gaat daarbij om een wat ruimere categorie dan artikel 11 Aw, ook parlementaire stukken vallen eronder bijvoorbeeld.

Er is dus een wetswijziging op EU-niveau nodig om door overheidsorganen in het kader van de publieke taak aangelegde gegevensverzamelingen van het databankenrecht uit te sluiten, of tenminste de uitoefening ervan verder te beperken dan de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie doet. Het Hof hamert in de *Fixtures* zaken op de ratio van de Databankenrichtlijn: 'het bevorderen en beschermen van investeringen in systemen voor de 'opslag' en de 'verwerking' van gegevens, welke bijdragen tot de ontwikkeling van de informatiemarkt' (zo ook in *BHB/William Hill*, r.o. 30). De Hergebruikrichtlijn ziet in het ter beschikking stellen van overheidsinformatie juist een impuls voor de ontwikkeling van nieuwe diensten en producten door de private sector. Hoeveel tanden de aangescherpte Richtlijn hergebruik heeft ten opzichte van de Databankenrichtlijn is nog een onuitgemaakte zaak. Ook hier is het wachten op een scherpe prejudiciële vraag.

17 HvJEU 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass Datenbank/Oostenrijk*).

18 Conclusie van advocaat-generaal Jääskinen van 26 april 2012, Zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:251 (*Compass-Datenbank/Oostenrijk*).