

Er zit ook nog een misleidingsaspect aan deze zaak. Er is sprake van onvolledige informatie die, zo blijkt bij doorklikken, essentieel is voor het mogen gebruiken van het werk. Zou dat aspect ook iets kunnen opleveren bij overspannen auteursrecht-claims?

Impliciet in de beslissing is dat de informatie over de gebruiksvoorwaarden gepubliceerd had moeten worden naast het aanbod van een gratis disclaimer. Dat betekent in misleidingstermen dat er sprake is van een omissie met betrekking tot voor de aankoopbeslissing essentiële informatie. Wij hebben het dan over de artikelen 6:193a-j en 6:194 BW. De artikelen 6:193a-j zijn echter alleen van toepassing wanneer er sprake is van informatie afkomstig van een handelaar en gericht op een consument. De aanbieder is een handelaar en het is niet aan te nemen dat consumenten disclaimers gebruiken of dat de afnemer de disclaimer gebruikt buiten zijn beroeps- of bedrijfsmatige activiteit, dus wij hebben te maken met een aanbod van een handelaar aan een andere handelaar.<sup>1</sup> Daarop is artikel 6:194 BW van toepassing. Dat artikel biedt niet de precieze waarborgen van de artikelen 6:193a-i BW. Die waarborgen verbieden het een product als gratis aan te bieden als de consument er iets anders voor moet betalen dan de onvermijdelijke kosten om in te gaan op het aanbod en het product af te halen dan wel dit te laten bezorgen (zie art. 6:193g onder t BW). Het gaat daarbij om een zogenaamde zwarte lijst-bepaling waarvan overtreding altijd is verboden. Wanneer het gaat om de prijs voor een product, valt uit de rechtspraak van het HvJ EU verder af te leiden dat beperkende prijsvoorwaarden in een relatie handelaar-consument al direct bij het aanbod dienen te worden vermeld, zodat de consument gemakkelijker prijzen kan vergelijken.<sup>2</sup> Die waarborgen ontbreken bij artikel 6:194 BW, althans zij zijn niet uitdrukkelijk gecodificeerd. Dat is ook wel te begrijpen: van een handelaar als afnemer mag immers meer waakzaamheid worden verwacht dan van een consument als afnemer. Dat is nog steeds de stelregel ondanks pogingen van de Europese Commissie om ook voor kleine en middelgrote ondernemingen consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken in te voeren. De rechtspraak is in ieder geval niet geneigd de bewijslastomkering van artikel

6:193j BW bij wijze van reflexwerking van toepassing te laten zijn op een overeenkomst die niet ziet op de consumptiebehoeften van de afnemer.<sup>3</sup> Bij dit gratis aanbod van een auteursrechtelijk beschermd werk aan een professionele afnemer voor niet-consumptieve doeleinden, ligt het dus niet zo gauw in de rede om aan te nemen dat die afnemer niet hoeft door te klikken. Dat kan anders liggen bij een consument als afnemer. Overigens vind ik het een mooie beslissing. En wie nu doorklikt op de site krijgt de voorwaarden meteen in het oog.

JK

- 1 Zie over het begrip consument Y. Schaub, 'Wie is consument', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2017/1, p. 30-40; A.S. Hartkamp in zijn annotatie bij HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, 307/15 en 308/15, *Ars Aequi* maart 2017, p. 222-223.
- 2 Zie bijv. HvJ EU 7 juli 2016, C-476/14 (*Citroen/ZLW*).
- 3 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2014/6, p. 291, m.nt. Pavillon (*Telefoongids/Stichting Gilde*).

### Hof Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5061 (Pearson/Bär c.s.)

*Pearson is uitgever van psychologische tests. Bär exploiteert het softwareprogramma RSP, waarmee tests van Pearson en andere testuitgevers kunnen worden 'gescoord'. Het RSP bevat normgegevens van 172 verschillende tests, waaronder 51 tests van Pearson. Bär heeft hiervoor normgegevens en scoringsregels uit de handleidingen van Pearson overgenomen en/of gebruikt. Pearson stelt dat dit inbreuk maakt op de databank- en auteursrechten op de door haar uitgegeven psychologische tests. Het hof oordeelt dat de tests niet auteursrechtelijk of databankenrechtelijk zijn beschermd en dat ook van wanprestatie of onrechtmatige daad geen sprake is. Het hof bekrachtigt daarmee de vonnissen in de hoofdzaak.*

### Auteursrecht

[...]

3.5.4. De rechtbank heeft terecht overwoegen dat de tabellen met normgegevens niet zijn op te vatten als creatieve uitingen die het persoonlijke stempel van de maker dragen zodat daaraan geen auteursrechtelijk bescherming toekomt. Het gaat hierbij in feite om een verzameling van (objectieve) onderzoeksresultaten, meer specifiek feitelijke informatie over testgedrag van normgroepen, dat in tabellen is weergegeven. Dat bij de vorm van die weergave (de wijze waarop de gegevens tot stand zijn gekomen en de relevantie van de gegevens is vastgesteld speelt bij deze toets geen rol) creatieve keuzes zijn gemaakt valt uit de in het geding gebrachte voorbeelden van de tabellen niet op te maken en is ook verder niet (voldoende) feitelijk onderbouwd. De omstandigheid dat sprake is van een zekere ordening en dat (in de wetenschap gebruikelijke) namen/aanduidingen zijn gebruikt om de onderscheiden tabellen aan te duiden is daartoe niet voldoende, dat zijn triviale en uit een oogpunt van bruikbaarheid noodzakelijke keuzes. Zoals Bär c.s. terecht opmerken ziet de auteursrechtelijke bescherming op de vorm/structuur van de weergave van de normgegevens in de normtabellen en kan deze niet worden aangewend om in feite de (niet door Bär c.s. overgenomen) achterliggende test te beschermen.

Met betrekking tot de vraag of de afzonderlijke normgegevens voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen voeren Bär c.s. terecht aan dat het om individuele feitelijke gegevens gaat waarin qua presentatie niets creatiefs valt te ontwaren (het gaat om getallen in relatie tot in de assen van de tabel weergegeven parameters), en die bovendien, naar men moet aannemen, het resultaat zijn van objectief wetenschappelijk onderzoek. Ook dit is een uitingsvorm waarop geen auteursrecht rust.

Dit laatste geldt ook voor de scoringsregels. Ten aanzien van dit onderdeel van de tests is door Pearson onvoldoende onderbouwd waarin de specifiek daarop betrekking hebbende (dus los van de test als geheel) creatieve uiting zou zijn gelegen. In dit verband is van betekenis dat op een formule, wiskundige of statistische bewerking of berekeningswijze (in beginsel) geen auteursrecht kan rusten, dat voorts moet

worden aangenomen dat de voorgeschreven regels bedoeld zijn om tot een objectief, wetenschappelijk verantwoord, resultaat te leiden en dat het idee dat in die regels is uitgedrukt als zodanig niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

[...]

#### *Databankenrecht*

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

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

3.6.2. Hetgeen Pearson in hoger beroep met betrekking tot door haar gemaakte kosten aanvoert [...] wettigt niet de gevolgtrekking dat een substantiële inves-

tering is gedaan in (louter) het toegankelijk maken van bestaande zelfstandig informatieve gegevens. De werkzaamheden die zij beschrijft in haar uiteenzetting over de vier fases van de totstandkoming van de normtabellen met normgegevens en de daarmee gepaard gaande kosten zien met name op het ontwikkelen en controleren van (de inhoudelijke waarde/deugdelijkheid van) het toetsingsmateriaal dat in de normtabellen ten behoeve van de afname van de tests wordt weergegeven en niet op de wijze van ontsluiting van dit materiaal. Dat met dit laatste substantiële investeringen gepaard zijn gegaan ligt ook niet voor de hand nu het om relatief eenvoudige, in een handleiding afgedrukte tabellen gaat waarin cijfers worden weergegeven. [...]

#### *Wanprestatie/Onrechtmatige daad*

[...]

3.7.2. Met betrekking tot dit eerste verwijt verwijst Pearson naar een in haar testhandleidingen opgenomen passage inhoudende dat “geen delen uit de handleiding zonder toestemming mag worden gekopieerd of verveelvoudigd”. Het hof is met Bär c.s. van oordeel dat zij deze passage in redelijkheid in die zin hebben mogen begrijpen dat voor zover op de tests auteursrechtelijke bescherming rustte dit recht gehandhaafd zou worden c.q. dat Pearson van haar afnemers verlangde dat een eventueel op de desbetreffende test rustend auteursrecht zou worden gerespecteerd. Nu in het onderhavige geval niet is gebleken dat Bär c.s. zich aan schending van een auteursrecht schuldig hebben gemaakt kan in het midden blijven of deze bepaling op rechtsgeldige wijze onderdeel is gaan uitmaken van een (mogelijk) tussen Pearson en Bär c.s. als afnemer van de tests ontstane contractuele verhouding. Zelfs als dat het geval is, behoeft Bär c.s. die bepaling, die gebruikelijk is in de hiervoor bedoelde betekenis dat auteursrechten zullen worden gehandhaafd, niet op te vatten als een zelfstandig contractueel verbod los van enige auteursrechtelijke (of andere uit de wet voortvloeiende) bescherming. Van het door Bär c.s. opzettelijk maken van misbruik van de wanprestatie van degenen die met Pearson een contractuele band zijn aangegaan is reeds daarom evenmin sprake. [...]

#### **Noot**

Op het oordeel van het hof dat de psychologische tests van Pearson niet auteursrechtelijk en databankrechtelijk zijn beschermd is op zichzelf weinig af te dingen. Het hof bevestigt dat auteursrecht niet is bedoeld om de in een werk geïnvesteerde *skill and labour* te beschermen. Het auteursrecht beschermt louter de creatieve keuzes die in de uiting van het werk gestalte hebben gekregen. Daarvan is bij de psychologische tests in kwestie geen sprake. Het gaat hier om een verzameling (objectieve) onderzoeksresultaten, waarin qua presentatie niets creatiefs valt te ontwaren. Ook het oordeel dat er geen databankenrecht op de psychologische tests rust vanwege gebrek aan een substantiële investering lijkt gerechtvaardigd. Het hof constateert dat de kosten die zijn gemaakt bij het creëren van de tabellen met normgegevens met name zien op het ontwikkelen en controleren van (de inhoudelijke waarde/deugdelijkheid van) het toetsingsmateriaal en niet op de wijze van ontsluiting van dit materiaal.

Het is evenwel opmerkelijk dat het hof bij de databankrechtelijk relevante investeringsvraag ook ingaat op de vraag of de in de normtabellen opgenomen getallen voldoende informatieve waarde hebben om te kunnen worden aangemerkt als ‘zelfstandige elementen’ van een databank. Het hof stelt dat alleen de kosten voor het ontsluiten van ‘zelfstandige elementen’ meetellen voor de substantiële investering. De substantiële investering had echter ook zonder het zelfstandigheidsvereiste kunnen worden beoordeeld. De kosten van de datacreatie als zodanig – het creëren van (de inhoudelijke waarde van) de getallen – tellen immers sowieso niet mee (HvJ EG 9 november 2004, zaak C-230/02; ECLI:EU:C:2004:695, *BHB/William Hill*) en voor wat betreft het opnemen en de presentatie in de databank oordeelt het hof mijns inziens terecht dat het in een handleiding afdrucken van relatief eenvoudige tabellen waarin cijfers worden weergegeven niet getuigt van een substantiële investering.

Het zelfstandigheidsvereiste is wel relevant voor de vraag of er überhaupt sprake is van een ‘databank’ in de zin van art. I lid I sub

a Dw. Het hof merkt daarover op 'dat de vereiste informatieve waarde niet louter aan het in een tabel opgenomen getal kan worden ontleend maar dat het de combinatie van drie elementen is (aangeduid als range, schaal, categorie) die informatie verschaft'. Het hof legt dus de nadruk op het gebrek aan zelfstandigheid van de getallen in relatie tot andere gegevens uit de verzameling en niet op de waarde die de getallen *an sich* voor Bär vertegenwoordigen. De vraag is of dit verenigbaar is met het arrest *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer* (HvJ EU 29 oktober 2015, zaak C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735), waarin het HvJ EU oordeelde dat 'de zelfstandige informatieve waarde van een element dat uit een verzameling is gelicht [moet] worden beoordeeld in het licht van de waarde die de informatie heeft voor welke derde dan ook die belangstelling toont voor dat element, en niet in het licht van de waarde die deze informatie heeft voor een typische gebruiker van de betreffende verzameling'. Op dit arrest is terecht veel kritiek geweest, omdat een dergelijk extern perspectief het begrip databank compleet kan uithollen (zie M.M.M. van Eechoud, 'De ontsporing van het begrip databank. Enige bedenkingen bij HvJ EU Freistaat Beieren/Verlag Esterbauer', *AMI* 2016/2, p. 25-30). Maar zoals gezegd, de door het hof gekozen interpretatie verandert uiteindelijk niets aan de uitkomst in deze zaak, nu van een substantiële investering in de wijze van ontsluiting van het toetsingsmateriaal in het geheel geen sprake is.

Tot slot roept het arrest nog vragen op in relatie tot het *Ryanair/PR Aviation*-arrest (HvJ EU 15 januari 2015, zaak C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10), waarin het HvJ EU oordeelde dat de Databankenrichtlijn (richtlijn 96/9/EG) zich niet verzet tegen contractuele bedingen die de voorwaarden regelen voor het gebruik van een databank die niet krachtens de richtlijn wordt beschermd door het auteursrecht of het *sui generis* databankenrecht. Ondanks dat in casu aan de psychologische tests zowel auteursrechtelijke als databankrechtelijke bescherming wordt ontzegd, oordeelt het hof dat Pearson jegens Bär geen rechten kan ontlenen aan een in haar testhandleidingen opgenomen passage inhoudende dat 'geen delen uit de handleiding zonder toestemming mag [*sic*] worden gekopieerd

of verveelvoudigd'. Volgens het hof is deze bepaling niet op te vatten als een zelfstandig contractueel verbod dat los van enige auteursrechtelijke of andere uit de wet voortvloeiende bescherming kan worden ingeroepen. Daarmee beperkt het hof de ruimte voor Pearson om het gebruik van de onbeschermden databank contractueel te verbieden. Dit is echter in overeenstemming met het *Ryanair*-arrest, op grond waarvan het aan het toepasselijke nationale recht wordt overgelaten om nadere invulling te geven aan deze contractuele ruimte (vgl. L. Trapman, 'Pearson v. Bär Software: on the use of unprotected databases', *Kluwer Copyright Blog*, January 31, 2017, <http://kluwercopyrightblog.com>, die evenwel enkele vraagtekens zet bij de uitspraak van het hof op dit punt).

SvG

## Actualiteiten



### Brief aan de Eerste Kamer over het richtlijnvoorstel auteursrechten in de digitale markt

Bij brief van 20 december 2016 met kenmerk 160395u geeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie aan met belangstelling kennis te hebben genomen van het pakket nieuwe EU-regels voor het auteursrecht dat de Europese Commissie op 14 september 2016 heeft gepresenteerd. Over het richtlijnvoorstel Auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (hierna: het richtlijnvoorstel) heeft de vaste commissie een aantal vragen.

Hierbij bied ik u, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Economische Zaken, de antwoorden aan op de vragen van de leden van de VVD-fractie over artikel 3 (uitzondering inzake tekst- en datamining) en artikel 15 (disproportionaliteitsbepaling). Daarnaast ontvangt u de door de leden van de VVD-fractie en de PvdA-fractie verzochte reactie op het schrijven van het Platform Makers over het richtlijnvoorstel. Door het Kerstreces en de benodigde interdepartementale afstemming is het helaas niet gelukt om de vragen binnen de verzochte termijn te beantwoorden.

*Artikel 3 van het richtlijnvoorstel (tekst- en datamining)*

Artikel 3 van het richtlijnvoorstel verplicht lidstaten een wettelijke uitzondering op het auteursrecht te introduceren voor tekst- en datamining van informatie waartoe een onderzoeksorganisatie legale toegang heeft met het oog op wetenschappelijk onderzoek. Verder bepaalt de richtlijn