

Nr. 3 Pearson

Hoge Raad

8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:856

Normtabellen psychologische tests beschermd op grond van sui generis recht ex art. 1 lid 1 Databankenwet (Databankenrichtlijn (96/9/EG)? Vereiste van substantiële investering in de verkrijging, controle en presentatie van de inhoud. De kosten gemoeid met het creëren van de zelfstandige elementen bestaande uit een combinatie van gegevens dienen buiten beschouwing te worden gelaten. Toepassing HvJ EU zaak C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735 (Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer).

Arrest

in de zaak van:

PEARSON BENELUX B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. K. Aantjes,

tegen

1. [verweerster 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,
2. [verweerder 2],
wonende te [woonplaats],
VERWEERDER in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Pearson, respectievelijk [verweerster 1] en [verweerder 2], en verweerders tezamen als [verweerders]

1 Het geding in feitelijke instanties

[...]

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 22 november 2016 heeft Pearson beroep in cassatie ingesteld.

[...]

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Pearson is uitgever van psychologische tests.
De tests van Pearson bestaan onder meer uit een vragenlijst, testmateriaal, een scoreformulier en een handleiding, met behulp waarvan (aan de hand van normen en scoringsregels) een test kan worden 'gescoord'.
Daarbij worden de door een testpersoon gegeven antwoorden vergeleken met de resultaten van een normgroep, die in de meeste gevallen staan weergegeven in de normtabellen in de handleiding.
Die antwoorden kunnen vervolgens ingedeeld worden op een (sub)schaal.
- (ii) De (scoringsuitslagen van de) tests die Pearson exploiteert en de daaruit af te leiden plaatsing op een (sub)schaal worden onder meer gebruikt voor psychodiagnostisch onderzoek in het kader van diagnosestelling bij (psychische) stoornissen en ziektebeelden, intelligentie-beoordelingen en medische adviezen.
- (iii) [verweerster 1] is een ontwikkelaar van software. Zij exploiteert het Roermond's Score Programma (hierna: RSP). Met het RSP kunnen tests van Pearson en van andere testuitgevers worden 'gescoord', op basis waarvan een rapportage wordt opgemaakt. Het RSP bevat normgegevens van 172 verschillende tests, waaronder 51 tests van Pearson. [verweerster 1] heeft hiervoor normgegevens en scoringsregels uit de door Pearson gepubliceerde handleidingen overgenomen en gebruikt.
- (iv) [verweerster 1] exploiteert het RSP onder meer via beurzen en via haar website. Ook biedt zij onderhoudscontracten aan haar afnemers aan.
- (v) [verweerder 2] is oprichter en via [A] B.V. enig aandeelhouder en bestuurder van [verweerster 1].
- (vi) Pearson heeft [verweerster 1] gesommeerd om ieder gebruik en verdere verhandeling van (delen van) de tests van Pearson, waaronder de normgegevens en normtabellen van deze tests, te staken en gestaakt te houden wegens door haar gestelde inbreuken op (onder meer) databankrechten van Pearson.

3.2.1 Voor zover in cassatie van belang heeft Pearson zich op het standpunt gesteld dat [verweerders], door te handelen als hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv) vermeld, inbreuk maken op het aan Pearson toekomende databankenrecht. In de onderhavige procedure vordert zij een verklaring voor recht en een verbod terzake. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen.

3.2.2 Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd en daartoe als volgt overwogen:

"3.6.1. (...) Aan de orde is (...) of [verweerders] door het gebruik in het RSP van de normtabellen met normgegevens afkomstig uit handleidingen van de tests van Pearson inbreuk maakt op een (sui generis) databankenrecht van Pearson op grond van de Databankenwet.

Dat de normtabellen een verzameling van gegevens vormen die systematisch of methodisch geordend zijn en waartoe afzonderlijk met elektronische middelen toegang kan worden verkregen is (...) tussen partijen niet in geschil. Het debat in hoger beroep spitst zich toe op de vraag of voldaan is aan het vereiste dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

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 zogenoemde 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 1 lid 1 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. [verweerders] 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 investering is gedaan in (louter) het toegankelijk maken van bestaande zelfstandige 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. (...)"

3.3 Het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat de investeringen die Pearson heeft gedaan met name zien op het ont-

wikkelen 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 derhalve op het creëren van data – en niet op de wijze van ontsluiting van dit materiaal, zodat geen sprake is van substantiële investeringen in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank als bedoeld in art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet.

3.4.1 Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 In Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PbEU 1996, L 77/20; hierna: de Databankenrichtlijn) is voorzien in een sui generis recht voor de fabrikant van een databank om de opvraging en het hergebruik van de inhoud van de databank te verbieden (art. 7). De Databankenrichtlijn heeft, blijkens overwegingen 9, 10 en 12 van de considerans, tot doel de investeringen in systemen voor de opslag en verwerking van gegevens te bevorderen en te beschermen en zo bij te dragen aan de ontwikkeling van de informatiemarkt.

3.4.3 Het sui generis recht is in het Nederlandse recht geïmplementeerd in de Databankenwet. Art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet definieert, overeenkomstig art. 1 lid 2 en art. 7 lid 1 Databankenrichtlijn, een databank als een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering. Art. 2 Databankenwet verleent de producent van een databank het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor een aantal in die bepaling nader omschreven handelingen.

3.4.4 Onderdeel van de hiervoor in 3.4.3 aangehaalde definitie, en daarmee voorwaarde voor bescherming van een databank in de zin van de Databankenrichtlijn en de Databankenwet, is dat sprake moet zijn van een verzameling van 'zelfstandige elementen'. Uit de rechtspraak van het HvJEU blijkt dat het daarbij gaat om elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat daardoor de informatieve, literaire, artistieke, muzikale of andersoortige inhoud ervan wordt aangetast. De waarde van de informatieve inhoud van een element van een verzameling wordt niet aangetast indien dat element, nadat het uit die verzameling is gelicht, een zelfstandige informatieve waarde behoudt. 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 die verzameling. Een zelfstandig element kan bestaan niet alleen in een op zichzelf staand gegeven maar ook in een combinatie van gegevens. (Zie voor het voorgaande: HvJEU 29 oktober 2015, zaak C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735 (Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer), punten 17, 20, 22, 23 en 27.)

3.4.5 Het begrip ‘investering in de verkrijging’ van de inhoud van de databank moet aldus worden opgevat dat het duidt op de middelen die worden aangewend om bestaande zelfstandige elementen te verkrijgen en in deze databank te verzamelen, met uitsluiting van de middelen die worden aangewend voor het creëren van die elementen (zie onder meer HvJEU 9 november 2004, zaak C-444/02, ECLI:EU:C:2004:697 (Fixtures Marketing/OPAP), punt 40).

3.4.6 Het begrip ‘investering in de controle’ van de inhoud van de databank moet aldus worden opgevat dat het ziet op de middelen die worden aangewend voor de controle van de juistheid van de gezochte elementen, zowel bij de samenstelling van de databank als tijdens het functioneren ervan, teneinde de betrouwbaarheid van de informatie in deze databank te waarborgen. De middelen die worden aangewend voor de controle in de fase waarin gegevens of andere elementen worden gecreëerd die vervolgens in een databank worden opgenomen, hebben daarentegen betrekking op dit creëren, zodat daarmee geen rekening kan worden gehouden bij de beoordeling of sprake is van een substantiële investering in het kader van art. 7 lid 1 Databankenrichtlijn. (HvJEU 9 november 2004, zaak C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695 (The British Horseracing Board/William Hill), punt 34)

3.4.7 Het begrip ‘investering in de presentatie’ van de inhoud van de databank moet, ten slotte, aldus worden opgevat dat het ziet op de middelen die worden aangewend om deze databank gegevens te kunnen laten verwerken, dat wil zeggen hetgeen is gedaan met het oog op de systematische of methodische ordening van de in deze databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan (zie het hiervoor in 3.4.5 genoemde arrest in de zaak Fixtures Marketing/OPAP, punt 43).

3.5.1 Onderdeel I van het middel klaagt dat het hof het begrip ‘creëren van gegevens’, zoals dit volgt uit de rechtspraak van het HvJEU, te breed heeft uitgelegd. Ten onrechte heeft het hof aangenomen dat het creëren van gegevens ook bestaande gegevens kan omvatten, terwijl in de rechtspraak van het HvJEU de begrippen ‘gecreëerde’ en ‘bestaande’ gegevens elkaar uitsluiten (onderdeel I (a)). Het creëren van de inhoudelijke waarde van een bestaand gegeven, dan wel het combineren van drie bestaande elementen in een tabel, staat niet gelijk aan het creëren van een nieuw gegeven. De vraag of de maker van een databank inhoudelijke waarde voor deze bestaande gegevens creëert, is irrelevant. De plaatsing van een gegeven in een databank brengt immers reeds mee dat inhoudelijke waarde aan het gegeven wordt toegevoegd, terwijl het combineren van bestaande gegevens in een tabel juist onderdeel uitmaakt van de menselijke, technische en financiële inspanning die de fabricage van databanken vergt (onderdelen I (b) en I (c)). De bewerking of aanpassing van bestaande ruwe meetgegevens die uit de bestaande werkelijkheid zijn verkregen, ten behoeve van het optimaal functioneren van de databank, valt onder het begrip investering in de verkrijging en controle van de inhoud van de databank en leidt niet tot de creatie van nieuwe gegevens (onderdeel I (d)).

3.5.2 Blijkens het slot van rov. 3.6. I is het hof tot het oordeel gekomen dat uitsluitend de in de normtabellen opgenomen normgegevens, bestaande in de combinatie van drie elementen (aangeduid als

range, schaal, categorie), kunnen worden aangemerkt als gegevens met zelfstandige informatieve waarde, en dus als ‘zelfstandige elementen’ in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet. Anders dan in onderdeel I (a) wordt betoogd, heeft het hof daarmee niet aangenomen dat ook bestaande gegevens kunnen worden gecreëerd. De normgegevens zijn naar het oordeel van het hof immers nieuwe zelfstandige elementen. Daarbij heeft het hof (in rov. 3.6.1) met het creëren van “inhoudelijke waarde” klaarblijkelijk het oog op de creatie van de zelfstandige informatieve waarde die leidt tot het ontstaan van een nieuw element en niet op het toevoegen van inhoudelijke waarde aan een reeds bestaand element door opnemings in een databank. Voorts geeft het oordeel dat een combinatie van gegevens een zelfstandig element kan opleveren, gelet op de hiervoor in 3.4.4 (slot) weergegeven uitleg van het HvJEU, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en wordt dat oordeel in onderdeel II ook overigens tevergeefs bestreden (zie hierna in 3.6).

3.5.3 Uitgaande van zijn vaststelling dat de hiervoor in 3.5.2 genoemde normgegevens dienen te worden aangemerkt als de zelfstandige elementen bedoeld in art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet, heeft het hof, overeenkomstig de hiervoor in 3.4.5 en 3.4.6, tweede volzin, weergegeven rechtspraak van het HvJEU, in rov. 3.6.2 de door Pearson gestelde investeringen die betrekking hebben op de totstandkoming van die normgegevens, terecht buiten beschouwing gelaten. In dat oordeel ligt voorts besloten dat uitsluitend de resterende investeringen van Pearson betrekking hebben op de “ontsluiting” van de normgegevens, waarmee het hof kennelijk bedoelt: de presentatie daarvan in de normtabellen. Aldus verstaan geeft het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (zie hiervoor in 3.4.7). Onbegrijpelijk is het evenmin.

3.5.4 Op het voorgaande stuiten alle klachten van onderdeel I af.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7 Pearson zal, als de in cassatie in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten. [...]

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Pearson in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster 1] op de voet van art. 1019h begroot op € 53.000,- aan salaris en op € 6.504,- aan verschotten, en aan de zijde van [verweerder 2] op nihil.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 8 juni 2018.



Prof. mr. M.M.M. van Eecloud is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam (IViR).

In het twintigjarige bestaan van het sui generis databankenrecht heeft de HR zich er niet vaak over moeten buigen. Dit is de zesde keer, terwijl de teller bij het Hof van Justitie op het dubbele staat. De vraag die in cassatie speelt, gaat over de beschermingsmaatstaf: databanken moeten het product zijn van een 'substantiële investering'. Welke investeringen tellen mee? Specifieker nog: waar zit precies het onderscheid in investeringen gedaan in de verkrijging versus het maken van gegevens? Die laatste moeten volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU immers buiten beschouwing blijven: de investering omvat niet de middelen die worden aangewend voor het creëren van de elementen die de inhoud van een databank vormen. Enkel de kosten gemoeid met de verkrijging van bestaande gegevens, het controleren en presenteren ervan met het oog op de productie en het functioneren van de databank als geheel tellen mee. De HR zet heel systematisch uiteen wat de relevante rechtspraak is voor elk van die aspecten, verkrijgen, controleren en presenteren.

Het arrest van de HR verrast niet in het licht van de eerdere uitspraken van het HvJ EU in onder andere *Fixtures Marketing/Svenska*¹, *Fixtures Marketing/OPAP*² en *BHB/William Hill*³. Maar het illustreert wel weer hoe ingewikkeld het is om te bepalen of de investeringsgrens is gehaald, en hoe belangrijk het is voor de partij die zich op het databankenrecht beroept om gedane investeringen precies te onderbouwen. Wat het ook nog eens duidelijk maakt, is hoeveel blijvende verwarring de Europese wetgever heeft veroorzaakt door te bepalen dat een databank kan bestaan uit 'werken, gegevens of andere zelfstandige elementen [curs. mve], systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk (art. 1 Databankenwet).

Investeringsmaatstaf: inhoud creëren versus verkrijgen, controleren en presenteren

De achtergrond van de zaak is deze. Pearson is uitgever van onder meer psychologische tests, die vergezeld gaan van begeleidende documentatie waaronder zogeheten normtabellen. Gegevens uit deze normtabellen worden door verweerder overgenomen in software die onder andere in de geestelijke gezondheidszorg wordt gebruikt om snel uitkomsten van patiënten/cliënten op 172 verschillende testen van diverse uitgevers te kunnen scoren en duiden. Uitgever Pearson verzet zich tegen het gebruik door de softwareproducent. Dat sprake is van een databank is niet in geschil, wel of het hof de juiste investeringsmaatstaf heeft aangelegd.

Begrijp ik het goed, dan geeft een normtabel voor een of meerdere testen aan hoe de scores binnen een representatieve groep personen zijn verdeeld. Per test geeft de tabel (statistische) kenmerken van de normgroep: aantal personen in normgroep, gemiddelde score, standaarddeviatie, mediaan, etc. Daarnaast bevat de tabel een onderverdeling in categorieën van scores lopend van zeer hoog tot zeer laag (bijv.: bij test X is een uitkomst in de range 25-50 punten 'zeer laag', en 200-250 'zeer hoog'). Met een testuitslag in de hand kan men dus bepalen hoe de geteste persoon scoort in vergelijking met de normpopulatie.

Het ontwerpen van psychologische testen en het valideren daarvan middels testgroepen en statistische bewerkingen vraagt de nodige investeringen. Maar wat voor het databankenrecht telt zijn de kosten van het bij elkaar brengen van de normgegevens van verschillende testen, een tabelvorm ontwerpen waarin ze worden opgenomen, de tabel opstellen, controleren op eventuele fouten en vastleggen (elektronisch, in druk). Deze activiteiten moeten dan wel van een bijzondere inspanning getuigen die losstaat van de inspanningen om de gegevens zelf te creëren. In het licht van de conclusie van het HvJ EU in *Fixtures Marketing/Svenska* lijkt het onwaarschijnlijk dat van een dergelijke inspanning sprake is. In *Svenska* boog het HvJ EU zich over de organisatie van een voetbalcompetitie en het daarvoor noodzakelijkerwijs op te stellen wedstrijdschema ('speelkalender' in de officiële Nederlandse vertaling van het arrest). Het hof oordeelde dat er geen bijzondere inspanning nodig was met betrekking tot het opzoeken en het verzamelen van de bestaande gegevens (data, teams, etc.) noch met het controleren van de juistheid van de gegevens in verband met opname in het schema. De presentatie in de vorm van een wedstrijdschema was ook te nauw verbonden met het creëren van de gegevens die erin waren opgenomen⁴ en vereiste geen bijzondere inspanning. Al met al was er dus geen substantiële investering in de productie van het wedstrijdschema als gegevensverzameling.

In *Pearson* kwam het Hof Amsterdam tot het feitelijk oordeel dat geen sprake was van een substantiële investering omdat de inspanningen van Pearson het genereren van de data zelf 'om relatief eenvoudige, in een handleiding afgedrukte tabellen gaat waarin cijfers worden weergegeven'.⁵ Het hof lijkt gemakshalve de elementen verkrijging, controle en presentatie samen aan te duiden als 'ontsluiting' van het materiaal. De HR interpreteert de term ontsluiting overigens alleen als synoniem voor 'presentatie'.⁶ Waar de grens ligt tussen investeringen in het creëren van gegevens en het produceren van de databank als zodanig is vaak niet eenvoudig vast te stellen. Voor het hof hangt deze vraag sterk samen met het vereiste dat de verzameling dient te bestaan uit 'werken, gegevens of andere zelfstandige elementen' (curs. mve). Dat een 'zelfstandig element' kan bestaan uit een combinatie van gegevens had het HvJ EU al beslist in onder meer *Fixtures Marketing/OPAP*, *Football Dataco/Yahoo*⁷ en ook later nogmaals in *Freistaat Bayern/Verlag Ester-*

1 Zaak C-338/02, ECLI:EU:C:2004:696, r.o. 23-24.

2 Zaak C-444/02, ECLI:EU:C:2004:697.

3 Zaak C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695.

4 Zie r.o. 33-36.

5 ECLI:NL:GHAMS:2016:5061, r.o. 3.6.2.

6 Zie r.o. 3.5.3.

7 Zaak C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115.

bauer.⁸ Zo'n combinatie moet dan wel zelfstandige informatieve waarde hebben. De terminologie 'gegevens of andere zelfstandige elementen' impliceert dat gegevens ook zelfstandig moeten zijn, dat wil zeggen een eigen informatieve waarde moeten hebben. In beroep oordeelde het hof dat de individuele gegevens (getallen) in de tabel zo'n waarde ontberen,⁹ maar dat juist een combinatie van telkens drie gegevens die waarde wel heeft, namelijk de combinatie van range, categorie en schaal. Ter illustratie: in een denkbeeldig voorbeeld valt op het aspect IQ (de gemeten schaal) een score tussen 85-115 (range) in de categorie 'normaal', en valt een score van 145 en hoger (range) in de categorie 'geniaal'.

De logica lijkt dan te dicteren dat zowel investeringen gericht op het genereren van die individuele gegevens als die gericht op het creëren van de combinaties niet mogen meetellen. En daar zijn hof, A-G en HR het over eens. Het Hof Amsterdam gaat in detail in op de vraag welke aangedragen kosten allemaal betrekking hebben op de creatie van die gegevens en combinaties daarvan.

Frappant is overigens wel dat er niet aan het bovengenoemde arrest van het HvJ EU in *Fixtures Marketing/Svenska* wordt gerefereerd. Daarin ging het HvJ EU immers uitgebreid in op de vraag hoe de inspanningen gericht op een hoofdactiviteit (het organiseren van een voetbalcompetitie, vgl. het ontwikkelen en aanbieden van psychologische tests door Pearson) in zo vergaande mate het maken en weergeven van de data bepaalden dat er geen sprake meer was van een zelfstandige substantiële investering in de dataverzameling (wedstrijdkalender) als geheel. Die benadering is meer recht-toe-rechtaan en levert hetzelfde resultaat. Zeker in gevallen als de normtabel of wedstrijdkalender – varianten van een klassieke tabel met rijen, kolommen en velden met daarin waardes; het archetype databank – wordt het nodeloos ingewikkeld om uit te pluizen welke kosten er met de creatie van welke gegevens of combinatie van gegevens zijn gemoeid.¹⁰

De inhoud van een databank: werken, gegevens of andere zelfstandige elementen

Belangrijker is dat we überhaupt uit het oog dreigen te verliezen dat de discussie over de vraag wat een 'zelfstandig element' is primair is ingegeven door de noodzaak om een onderscheid aan te brengen tussen creaties die we normaliter zien als een integrale eenheid, zoals een gedicht, artikel of ander soort tekst, een grafische voorstelling, of een muziekcompositie, en creaties die we ervaren als 'samengesteld', zoals de dichtbundel, de fotocollectie, of de complete werken van een cineast. Dat komt ook in overweging 17 van de Databankrichtlijn tot uitdrukking. Wie in de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn kijkt, ziet geen diepgaande bespiegelingen over wat het verschil is tussen 'gegevens' en

'andere zelfstandige elementen' ('materials' in de Engelse versie), de laatste lijkt vooral een ruimere inhoudscategorie.¹¹

In het standaardarrest over de definitie van databank *Fixtures Marketing/OPAP*,¹² besprak het HvJ EU het begrip zelfstandige elementen dan ook in relatie tot het eenheidswerk. Vooral dat arrest haalt het hof ook in de eigen latere rechtspraak aan. In r.o. 29 *OPAP* spreekt het HvJ EU van de voorwaarde dat er sprake moet zijn 'van een verzameling van "zelfstandige elementen", dat wil zeggen elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat daarvoor de informatieve, litteraire, artistieke of muzikale waarde of de waarde anderszins van de inhoud daarvan wordt aangetast. Uit dien hoofde is volgens overweging 17 van deze richtlijn de vastlegging van een audiovisueel, cinematografisch, literair of muzikaal werk van het toepassingsgebied van de richtlijn uitgesloten'. En verder in r.o. 33: '[vallen] datum, tijdschema en identiteit van het uit- en het thuis spelende team voor een voetbalwedstrijd onder het begrip zelfstandige elementen als bedoeld in artikel 1, lid 2, van de richtlijn, in die zin dat zij een zelfstandige informatieve waarde hebben'. De wedstrijdkalender kortom, moeten we beschouwen als gegevensverzameling en niet als een zelfstandige eenheid (een tekst).

Bezien we 'verzameling van gegevens of andere zelfstandige elementen' als nevencategorie van 'verzameling van werken' dan is het helemaal niet nodig om op het niveau van een enkel gegeven (de waarde in een veld in een tabel bijvoorbeeld) uit te pluizen of er zelfstandige informatieve waarde is, of dat alleen een combinatie informatieve waarde heeft. Waar het in de kern om gaat is de integriteit van het geheel. Die kan mijns inziens niet anders beoordeeld worden dan in de context van het normaaltypische (gebruiks)doel. De elementen (gegevens) in een verzameling moeten bedoeld zijn om individueel te worden geraadpleegd; ze hebben betekenis los van de rest van de inhoud van de verzameling. Dit in tegenstelling tot objecten die bedoeld zijn om 'lineair' te worden ervaren. Denk aan het gedicht, de kaart, de foto. Die zelfstandigheid van een element beoordeelt men dan vanuit een intern perspectief. Als de informatieve waarde van een element in een externe sleutel wordt gezet, namelijk van het mogelijke nut dat dat gegeven (of een combinatie van gegevens) heeft voor willekeurig welke derde voor willekeurig welk gebruik, is ook het onderscheid met eenheidscreaties niet meer vol te houden. Immers, de eerste regel van een gedicht kan prima zelfstandige informatieve waarde hebben voor een derde vanuit dat externe perspectief – je ziet bijvoorbeeld dichtregels vaak gebruikt als motto in socialmediaprofielen – maar dat maakt een gedicht toch nog niet tot een verzameling regels die we als databank moeten beschouwen? Vandaar ook mijn kritiek op de benadering van het HvJ EU in zaak C-490/14,¹³ waar de vraag of een papieren topografische kaart een databank is met een beroep op die externe zelfstandige informatieve waarde mogelijk werd geacht.¹⁴

8 Zaak C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735.

9 ECLI:NL:GHAMS:2016:5061, r.o. 3.6.1.

10 Vgl. ook Van Gompel in zijn noot bij Hof Amsterdam 22 november 2016, AMI 2017, afl. 2, p. 103-105.

11 Zie hierover ook A. Beunen, *Protection for databases*, Nijmegen: Wolf 2007, p. 52-67.

12 R.o. 27 e.v.

13 ECLI:EU:C:2015:735.

14 'De ontsporing van het begrip databank. Enige bedenkingen bij HvJ EU Freistaat Beieren/Verlag Esterbauer', AMI 2016, afl. 2, p. 25-30.

Onduidelijkheid blijft

Terug naar Pearson, aan wie dus wegens gebrek aan substantiële investeringen geen beroep op het databankenrecht toekomt. Blijft over de vraag wanneer de gemaakte kosten wél hoog genoeg zijn.¹⁵ Uit rechtspraak in andere landen is niet veel inspiratie te halen. In het kader van de review van de Databankrichtlijn dit jaar liet de Europese Commissie een uitgebreid rapport opstellen over de interpretatie van het databankenrecht in de lidstaten. De auteurs constateren dat er flinke verschillen zijn bij de interpretatie van de investeringsdrempel, en dat onduidelijkheid over de vereiste hoogte een in de praktijk veelgenoemd probleem is.¹⁶ De Europese Commissie ziet vooralsnog geen reden om naar aanleiding van de

review van de richtlijn aan het investeringsvereiste te gaan morrelen. Toch wordt het in de toekomst bepaald niet gemakkelijker om investeringen netjes uit te splitsen naar wat kan worden toegerekend aan het produceren van een dataverzameling als zodanig, of aan het genereren van de data die de inhoud vormen. Elke dag komen er meer slimme apparaten en trackers bij en de digitale sporen die wij achterlaten bij elk gebruik van communicatietechnologie worden doorgesluisd naar datameren. De economische belangen gemoeid met het kunnen controleren van toegang tot en gebruik van die data groeien. Het is dus te verwachten dat geschillen over toegang en gebruik zullen toenemen, en dat de grenzen van het databankenrecht zwaar op de proef worden gesteld. Of wellicht, dat het een IE-recht van marginale betekenis wordt.

¹⁵ Zie inz. klantenbestand bijvoorbeeld: Rb. Overijssel (vzr.) 20 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2005 (*Rovidam Mondzorgbanen*).

¹⁶ JIP et al., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Annex I Legal Analysis*, Brussel 2018, p. 54-55.