



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Protection for databases : the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom

Beunen, A.C.

Citation

Beunen, A. C. (2007, June 7). *Protection for databases : the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12038>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12038>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | Summary in Dutch

BESCHERMING VOOR DATABANKEN

De Europese Databankrichtlijn en haar werking in Nederland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk

7.1 EEN RICHTLIJN SPECIAAL VOOR DATABANKEN

Met de invoering van de Databankrichtlijn in 1996 wenste de Europese Commissie de bescherming voor databanken binnen de Europese Unie te harmoniseren. Tot dan toe beschermden de lidstaten databanken op uiteenlopende wijze door middel van wetgeving op het gebied van auteursrecht en/of ongeoorloofde mededinging. Volgens de Commissie hadden deze verschillende regimes een negatief effect op het functioneren van de interne markt.¹

De Europese Commissie stelde daarom een richtlijn op speciaal voor één product – databanken – zoals ze eerder had gedaan voor computerprogramma's. Ze beschouwde de Databankrichtlijn kennelijk als één van de belangrijkste die tot dan toe was aangenomen op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten,² want ze stelde:³

'(...) all five directives (...) will have a role to play in this new environment. However, as most new services will be operated from an electronic database available over the networks (on-line) or off-line (CD-ROM, CD-i etc.), the Database Directive is a cornerstone of intellectual property protection in the new technological environment.'

Databanken zijn inderdaad essentieel voor het toegankelijk maken en (commercieel) exploiteren van informatie. Aangezien de hoeveelheid informatie die wereldwijd wordt gegenereerd, exponentieel stijgt, kan het belang van databanken niet gemakkelijk worden onderschat en een speciale richtlijn voor databan-

1 Vergelijk de overwegingen 1 tot en met 6 van de Databankrichtlijn.

2 Dit waren de Computerprogrammarichtlijn uit 1991, de Verhuurrichtlijn uit 1992, de Satelliet- en Kabelrichtlijn uit 1993, de Duurrichtlijn uit 1993 en de Databankrichtlijn.

3 Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the information society, COM(96) 586 final, Brussels, 20 November 1996. Zie ook overweging 9 van de Databankrichtlijn.

ken lijkt dan ook gerechtvaardigd. Tien jaar na de invoering van de Richtlijn vervullen databanken nog steeds een essentiële rol en het is dan ook nuttig de Richtlijn geregeld te evalueren.⁴

Het bombardement aan informatie waaraan wij in de hedendaagse maatschappij blootstaan, wordt grotendeels mogelijk gemaakt door de digitale technologie. Deze technologie combineert de voordelen van moeiteloos reproduceren en publiceren met een enorme opslagcapaciteit. Het is veelzeggend dat de eerste twee ontwerpen voor de Databankrichtlijn alleen van toepassing waren op elektronische databanken.⁵ Dit toont aan dat de angst voor het gemak waarmee digitale kopieën kunnen worden gemaakt, één van de belangrijkste redenen was om een eigen beschermingsregime voor databanken in het leven te roepen. Het feit dat de digitale technologie het mogelijk maakt om goedkoop en moeiteloos zeer grote aantallen kopieën zonder kwaliteitsverlies te maken, spoorde de industrie aan om te pleiten voor meer bescherming.

Dit pleidooi werd bovendien urgenter toen er belangrijke vonnissen, waaronder de Amerikaanse Feist-uitspraak en de Nederlandse uitspraak in Van Dale/Romme I, werden gewezen die een verhoging van de drempel voor auteursrechtelijke bescherming impliceerden. Het gevolg was dat de 'sweat of the brow'-bescherming van Common Law-landen zoals de Verenigde Staten werd ondermijnd en daarmee ook de zekerheid dat het bestaande auteursrecht elektronische databanken voldoende bescherming zou bieden. De Europese Commissie signaleerde dan ook dat een alternatief beschermingsregime noodzakelijk was.

Het auteursrecht voor databanken werd echter niet afgeschaft, omdat deze bescherming reeds voor collecties was voorgeschreven door de Berner Conventie en het TRIPS Verdrag, zoals in hoofdstuk 2 is behandeld. Als een *species* van collecties kent de Databankrichtlijn auteursrechtelijke bescherming toe aan databanken op basis van een geharmoniseerd originaliteitscriterium – besproken in hoofdstuk 3 – dat eist dat de selectie en/of rangschikking van de inhoud een eigen intellectuele schepping van de maker vormt. Veel databanken zullen geen auteursrecht genieten vanwege hun niet originele, functionele rangschikking en/of hun compleetheid. Daarom kent de Databankrichtlijn een tweede beschermingsregime, ten gunste van producenten.

4 In art. 16 schrijft de Richtlijn voor dat haar toepassing om de drie jaar moet worden geëvalueerd, waarna ze desgewenst zal worden aangepast. Het eerste evaluatierapport verscheen pas eind 2005, zie DG Internal Market and Services Working Paper: First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Brussel, 12 december 2005, hierna aangehaald als: Evaluatierapport 2005.

5 Pas in een later stadium werd de Richtlijn gewijzigd, zodat zij van toepassing werd op databanken in elke vorm. De reden hiervoor was dat het als juridisch onjuist werd beschouwd om verschillende regimes toe te passen op analoge en digitale databanken. Zie de paragrafen 1.2.2.1a en 1.2.2.3a.

De totstandkomingsgeschiedenis van dit nieuwe *sui generis* regime voor databankproducenten is besproken in het eerste hoofdstuk van dit boek. Binnen vier jaar evolueerde dit regime van een bescherming die gebaseerd was op oneerlijke mededinging en alleen van toepassing was op databanken met inhoud die niet door auteursrecht of naburige rechten beschermd was, tot een exclusief *sui generis* recht dat verwant is aan een intellectueel eigendomsrecht en van toepassing is op databanken met zowel beschermde als onbeschermde inhoud. Zo onderging het *sui generis* beschermingsregime dus een fundamentele verandering, die resulteerde in een aanmerkelijk sterkere bescherming voor producenten. Een overtuigende reden voor deze ingrijpende aanpassing werd echter niet gegeven in de voorbereidende Europese documenten. Hoofdstuk 1 eindigt met een analyse van alle artikelen van de uiteindelijke Richtlijn. Waar dat nodig werd geacht, hebben we suggesties gedaan voor gedetailleerde aanpassingen.

7.2 REDENEN VOOR INVOERING VAN EEN *SUI GENERIS* RECHT VOOR DATABANKEN

De Richtlijn zoals ze uiteindelijk werd aangenomen, bevat een *sui generis* recht dat qua sterkte vergelijkbaar is met het auteursrecht. Het beschermt de producent die substantieel investeert in de productie van een databank tegen opvraging en hergebruik uit zijn databank. Zo biedt het *sui generis* recht dus bescherming voor een investering in plaats van originaliteit. Dit benadrukt de economische grondslag voor de introductie van dit recht; producenten lobbyden ervoor om hun commerciële belangen te beschermen.

Een belangrijke reden voor de introductie van het *sui generis* recht was, ten eerste, het principe van stimulans en beloning dat al bekend was uit het auteursrecht. Door een producent gedurende een beperkte tijdsduur de mogelijkheid te geven om zijn productiekosten terug te verdienen, wordt de productie in het algemeen gestimuleerd, wat voordelig is voor consumenten en de maatschappij als geheel.⁶ De noodzaak van een dergelijke bescherming voor databanken werd reeds in 1987 erkend door Lucas. Hij was toen ook van mening dat nog onzeker was wat de beste vorm voor deze bescherming zou zijn.⁷ Het staat te bezien of het *sui generis* recht zoals dat is geïntroduceerd in de Databankrichtlijn inderdaad het meest geschikte regime is voor een dergelijke bescherming. Dit wordt aan de orde gesteld in de paragrafen 7.4 tot en met 7.6.

⁶ Vergelijk de overwegingen 39 en 40.

⁷ Lucas 1987, p. 292 no. 258: 'Le besoin de protection [voor databanken] est tout aussi réel que pour les logiciels. Il s'explique là aussi par l'impérieuse nécessité de rentabiliser de lourds investissements. Mais il règne encore une incertitude sur l'existence et sur la portée de cette protection.'

Het *sui generis* recht werd, ten tweede, door de Europese Commissie ingevoerd om een verondersteld marktfalen te repareren.⁸ Veel databanken genieten geen auteursrecht en als dat wel zo is, beschermt dit niet tegen handelingen waarbij de gekopieerde inhoud in een gewijzigde rangschikking wordt gepresenteerd.⁹ Bovendien kunnen databanken met behulp van de digitale technologie worden gekopieerd tegen een fractie van de kosten die nodig zijn om ze geheel zelf te produceren.¹⁰ Kopiëren zou dus aantrekkelijker zijn dan zelf creëren, wat marktfalen tot gevolg heeft.¹¹ Bij gebrek aan afdoende bescherming tegen kopiëren zouden nieuwkomers inderdaad vrij kunnen kopiëren uit een databank waarin de oorspronkelijke producent substantieel heeft geïnvesteerd.

De Europese Commissie noemde daarnaast nog een derde belangrijke economische reden voor de introductie van een geharmoniseerd beschermingsregime voor databanken. Zij wilde de productie van databanken binnen de Europese Unie bevorderen omdat die achterbleef bij de Verenigde Staten, 's werelds grootste databankproducent.¹² Zo was de Richtlijn dus tevens bedoeld als een 'steunmaatregel' voor één soort product. De Europese Commissie achtte een geharmoniseerd regime voor producentenbescherming hiervoor onontbeerlijk. Dit volgt uit overweging 12 van de Richtlijn:

'Overwegende dat dergelijke investeringen in moderne systemen voor de opslag en verwerking van informatie niet zullen plaatsvinden in de Gemeenschap zolang er geen regeling is voor een stabiele en eenvormige bescherming van de rechten van fabrikanten van databanken.'

Sluitend bewijs voor deze stelling werd gedurende het wetgevingsproces echter niet geboden. De stelling lijkt ook zeer moeilijk te bewijzen, aangezien sterk tegenbewijs wordt geleverd door de Verenigde Staten. Het grootste databankproducerende land ter wereld kan het tot nog toe af zonder de *sui generis* bescherming die in de EU is ingevoerd.¹³ Economische motieven zouden dan

8 Zie de overwegingen 7 en 8.

9 Zie overweging 38.

10 Overweging 7.

11 Kamperman Sanders 2002, p. 369.

12 Overweging 11. Zie ook Lemarchand/Fréget/Sardain 2003, p. 18 die stellen dat de EU door toekenning van een exclusief exploitatierecht aan producenten het aantal en de kwaliteit van informatieproducten en -diensten wil verhogen (en zo een situatie van overvloed wil creëren) om tegemoet te komen aan de behoeften van gebruikers en consumenten.

13 Reichman/Samuelson 1997, p. 123; Samuelson 1997, para. III. Dit argument wordt vaak gebruikt om de noodzaak voor *sui generis* bescherming in de Verenigde Staten te betwisten, terwijl ook wordt gesteld dat de enige reden om de introductie ervan te overwegen, de reciprociteitsbepaling in de Databankrichtlijn is.

ook wel eens belangrijker kunnen zijn voor een bloeiende databankindustrie dan de beschikbaarheid van wettelijke bescherming.¹⁴

Veelzeggend is ook dat er tot nu toe geen internationale consensus kon worden bereikt over de noodzaak van een wereldwijd *sui generis* recht voor databankproducenten. Zo is het voorstel voor het Databankverdrag dat in 1996 werd opgesteld door de World Intellectual Property Organisation en dat een dergelijke *sui generis* bescherming bevat, vooralsnog een voorstel gebleven. Tijdens opeenvolgende WIPO-bijeenkomsten over dit onderwerp bleef de EU de voordelen benadrukken die haar lidstaten inmiddels van de *sui generis* bescherming zouden hebben ondervonden, zonder hiervoor echter harde feiten en cijfers aan te voeren.¹⁵ Daarentegen concludeerde het Evaluatierapport van de Richtlijn uit 2005 op basis van cijfers dat de productie van databanken binnen de EU niet significant is gestegen sinds de Richtlijn werd aangenomen en dat de economische impact van het *sui generis* recht op de databankproductie onbewezen is.¹⁶

De argumenten die de Europese Commissie in 1996 aanvoerde voor de introductie van een *sui generis* recht voor databanken waren toentertijd dan ook niet zeer overtuigend en ook achteraf bekeken is hun geldigheid niet aangetoond. Gesteld zou kunnen worden dat het onderwerp van de Richtlijn, databanken, geen bescherming verdient die zo sterk is als het *sui generis* recht. Diverse Franse auteurs hebben dit naar voren gebracht.¹⁷ Zij betwijfelen terecht of een banale investering een recht verdient dat qua sterkte vergelijkbaar is met een intellectueel eigendomsrecht. Het is inderdaad de vraag of een investering die zowel originaliteit als nieuwheid ontbeert, een exclusief recht zou behoren te genieten dat even sterk is als het auteursrecht, maar minder beperkingen kent.¹⁸ Een investering in geld en/of moeite alléén zou een dergelijke ruime bescherming niet waard zijn.¹⁹

14 Dit werd gesteld door Nicolas Ide in zijn presentatie 'Database Protection Status in Europe' die hij hield tijdens de ECLA Conference in Edinburgh op 18 september 2003.

15 Voor de bijeenkomst van WIPO's Standing Committee on Copyright and Related Rights in november 2002 dienden de Europese Gemeenschap en haar lidstaten document SCCR/8/8 in, dat stelde: 'Since the entry into force of the Database Directive, the European CD-ROM and on-line-markets have grown at enormous rates.' Hierin werden echter geen cijfers gepresenteerd, noch in latere stukken van de EG zoals vermeld in de WIPO-documenten SCCR/9/11 van 2003 en SCCR/11/4 van 2004. In plaats hiervan maken Maurer/Hugenholtz/Onsrud 2001, p. 790 melding van onderzoek dat uitwees dat de Europese databankproductie na een snelle stijging in 1998 bijna meteen weer daalde tot het niveau van vóór de Richtlijn.

16 Evaluatierapport 2005, p. 20, 24.

17 Mallet-Poujol 1996-I, p. 10; Pollaud-Dulian 1996, p. 540; Gaudrat 1999-I, p. 94-95; Edelman 2000, p. 93 en 94.

18 Reichman/Samuels 1997, p. 86; Colston 2001, para. 3.3.

19 Garrigues 1997, p. 3 vermeldt dat het opmerkelijk is dat de Richtlijn enerzijds de Britse 'sweat of the brow' drempel voor auteursrecht verwerpt, maar anderzijds een vergelijkbaar en zelfs sterker *sui generis* recht introduceert voor dezelfde 'sweat of the brow', namelijk investeringen.

Zou men, anderzijds, aanvaarden dat een met een intellectueel eigendomsrecht vergelijkbaar exclusief recht wel louter investeringen kan beschermen, dan kan de vervolgvraag worden gesteld waarom een dergelijk recht alleen voor databanken beschikbaar is. Wat maakt databanken zo uniek dat het beginsel van de vrije mededinging er speciaal voor opzij wordt gezet? De bovengenoemde argumenten die de Europese Commissie aanvoerde om de *sui generis* bescherming voor databanken te rechtvaardigen, zouden wellicht voor meer producten dan alleen databanken van toepassing kunnen zijn. Computerprogramma's zijn in de literatuur bijvoorbeeld vergeleken met databanken; diverse auteurs hebben gepleit voor *sui generis* bescherming voor zowel databanken als computerprogramma's.²⁰ Reeds in de ontwerpfase van de Computerprogrammarichtlijn werd de suggestie gedaan om een *sui generis* beschermingsregime voor computerprogramma's in te voeren. Deze suggestie werd echter niet overgenomen in de uiteindelijke richtlijn van 1991, die computerprogramma's (alleen) via het auteursrecht beschermt.²¹ Niettemin kan men verwachten dat producenten in de toekomst zullen gaan lobbyen voor invoering van het *sui generis* recht dan wel een eigen *sui generis* bescherming voor méér producten dan alleen databanken. Gezien het precedent in de Databankrichtlijn²² zou het voor de Europese Commissie wel eens moeilijk kunnen worden om hun claims op gerechtvaardigde wijze te verwerpen.

Naar onze mening valt dan ook te betwijfelen of de Europese Commissie een toereikende rechtvaardiging heeft gegeven voor de introductie van een *sui generis* recht speciaal voor databanken. Een dergelijk exclusief recht garandeert een monopolie dat tot beperking van de vrije mededinging leidt. Dit kan gerechtvaardigd zijn als het een weloverwogen monopolie is dat zowel een stimulans als een beloning vormt voor creativiteit en investeringen, die op hun beurt weer het algemene belang dienen. Echter, een monopolie moet vanwege zijn beperking van de vrije mededinging en de vooruitgang van wetenschap en innovatie niet lichtvaardig worden gecreëerd en toegekend. Mr. Justice Laddie stelde overtuigend: 'the basic rule is that no monopoly should exist unless it is shown to be objectively justified'.²³ Dit merkte hij op terwijl hij het copyright-adagium uit de Britse rechtspraak bekritiseerde, dat stelt dat wat het waard is gekopieerd te worden *prima facie* waard is beschermd te worden. Ook wij onderschrijven dit adagium niet. In plaats

20 Lucas 1987, p. 292 no. 258; Chalton 1993, p. 169; Rowland 1997; Gaudrat 1999-I, p. 87.

21 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991 L 122/42.

22 Vergelijk Samuelson 1997, para. VI, waarin wordt verwezen naar de opmerkingen gemaakt door Kastenmeier and Remington over de introductie van de American Semiconductor Chip Protection Act van 1984; zij onderkenden dat de invoering van een nieuw industrie-specifiek intellectueel eigendomsrecht *sui generis* door andere industrie sectoren zou kunnen worden beschouwd als een precedent voor de creatie van nieuwe intellectuele eigendomsrechten voor hun eigen bedrijfstakken.

23 Laddie 1996, p. 260.

daarvan stemmen we in met Mallet-Poujol; volgens haar zouden intellectuele eigendomsrechten uitzonderingen moeten blijven en uitsluitend gereserveerd moeten worden voor nauwkeurig afgebakende creaties.²⁴

7.3 DE AFBAKENING VAN HET *SUI GENERIS* RECHT

Wil men een nieuw recht introduceren dat verwant is aan een intellectueel eigendomsrecht, dan is het van het grootste belang om zijn belangrijkste begrippen en grenzen duidelijk af te bakenen. Een nieuw exclusief recht heeft immers inperking van het publieke domein tot gevolg. Het *sui generis* recht zou niet meer van het publiek domein moeten afsnoepen dan noodzakelijk is voor zijn gewenste stimulerende werking. Het is dus van vitaal belang dat het toepassingsbereik van het *sui generis* recht duidelijk wordt afgebakend. Dit recht moet met andere woorden helder gedefinieerd zijn, niet alleen wat betreft zijn onderwerp maar ook wat betreft zijn beschermingsvoorwaarde, de reikwijdte van zijn (deel)rechten, zijn beperkingen, zijn rechthebbende enzovoort. Dit is te meer van belang omdat het *sui generis* recht een tot nog toe onbekend beschermingsregime vormt, dat eensluidend toegepast moet worden in alle lidstaten van de Europese Unie.

Echter, naar onze mening voldoet het *sui generis* recht in de Databankrichtlijn niet afdoende aan dit vereiste. Veel van zijn belangrijkste begrippen zijn niet helder afgebakend zodat ze ruimte laten voor zeer uiteenlopende interpretaties. Dit is ook erkend in het Evaluatierapport van 2005.²⁵ Om te beginnen merkten wij in hoofdstuk 2 op dat de Richtlijn een zeer ruime definitie van het begrip 'databank' hanteert, die verzochte vormen van databanken binnen haar toepassingsbereik brengt. Daarom stelden wij een minder ruime definitie voor, die verzamelingen uitsluit die niet voor informatiedoeleinden zijn bedoeld en die niet zijn vastgelegd.²⁶

In hoofdstuk 4 hebben we andere vage maar belangrijke begrippen van het *sui generis* beschermingsregime uit de Richtlijn besproken en hun implementatie in Nederland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Bovendien bestudeerden we de rechtspraak die onder deze implementatiewetgeving is gewezen en de literatuur in deze landen. Dit resulteerde in een gedetailleerde behandeling van, ten eerste, de tamelijk lage drempel van het criterium van de substantiële investering. Om beschermd te worden door het *sui generis* recht eist de Richtlijn dat een databank moet getuigen van een substantiële investe-

24 Mallet-Poujol 1996-I, p. 10.

25 Evaluatierapport 2005, p. 11, 12 en 24.

26 Wat betreft het aantal items dat een databank moet bevatten, menen wij dat een databank op zijn minst zoveel items moet bevatten dat één daarvan niet als een kwalitatief of kwantitatief substantieel deel kan worden beschouwd. Zo wordt de monopolisering van een individueel feit of gegeven door het *sui generis* recht voorkomen, wat ook in strijd is met de overwegingen 45 en 46 van de Richtlijn. Zie de paragrafen 2.2.7 en 4.5.2.1.

ring in de verkrijging, controle of presentatie van haar inhoud. Dit vage criterium leidde tot het ontstaan van de zogenaamde spin-off theorie en zette het Europese Hof van Justitie in 2004 ertoe aan een enge interpretatie te geven van de term 'verkrijging', die kosten uitsluit die gemaakt zijn voor de creatie van nieuwe gegevens.²⁷ Het Evaluatierapport uit 2005 lijkt kritisch over dit oordeel van het Hof en merkt op dat dit de *sui generis* bescherming voor niet-originele databanken ingrijpend heeft ingeperkt.²⁸

Ook de reikwijdte van het *sui generis* recht is niet ondubbelzinnig gedefinieerd in de Richtlijn. Het Europese Hof oordeelde dat dit zowel directe als indirecte opvraging en hergebruik omvat. De rechtscolleges in de landen die we bestudeerden, worstelen zichtbaar met de interpretatie van het *sui generis* recht in de praktijk, vooral ten aanzien van intermediairs zoals zoekmachines op internet.²⁹ In Nederlandse en Franse rechtspraak is geoordeeld dat zoekmachines die gebruik maken van deep links inbreuk maken op het *sui generis* recht. In hoofdstuk 4 stelden wij dat intermediairs vaak niet zelf inbreuk maken op het *sui generis* recht (maar hun gebruikers wel) en dat deze intermediairs wellicht behandeld zouden kunnen worden volgens de aansprakelijkheidsregels die in de Europese Richtlijn voor E-Commerce zijn opgenomen voor dienstverleners die als tussenpersoon optreden.

Een ander vaag begrip in de Richtlijn is het inbreukcriterium van het *sui generis* recht, dat eist dat een kwalitatief of kwantitatief substantieel deel van een databank is overgenomen. Nederlandse, Franse en Engelse rechtspraak toont aan dat de substantialiteit van een gekopieerd deel soms kwalitatief wordt beoordeeld aan de hand van de waarde die dit deel vertegenwoordigt voor de individuele gebruiker in het bewuste geval. Deze subjectieve benadering lijkt echter in strijd te zijn met de benadering van het Europese Hof van Justitie. Dit oordeelde in 2004 dat kwalitatieve substantialiteit verband houdt met de omvang van de investeringen die de producent heeft gedaan in de verkrijging, controle of presentatie van het bewuste gekopieerde deel. Het Hof lijkt echter te hebben verworpen dat de economische waarde van het deel relevant is.³⁰

27 Europees Hof van Justitie 9 november 2004, zaken C-46/02 (Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab), ECR 2004, p. I-10365; C-203/02 (British Horseracing Board Ltd v. William Hill Organization Ltd), ECR 2004, p. I-10415; C-338/02 (Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB), ECR 2004, p. I-10497; en C-444/02 (Fixtures Marketing Ltd v. Organismoa Prognostikon Agnon Podosfairou AE (OPAP)), ECR 2004, p. I-10549. Zie paragraaf 4.2.3.

28 Evaluatierapport 2005, p. 13 en 15.

29 Hetzelfde werd opgemerkt in het Evaluatierapport 2005, p. 12.

30 Europees Hof van Justitie 9 november 2004, Zaak C-203/02 (British Horseracing Board Ltd v. William Hill Organization Ltd), ECR 2004, p. I-10415.

In hoofdstuk 4 is duidelijk geworden dat het *sui generis* recht aanleiding geeft tot vele interpretatievragen waarop de Richtlijn geen antwoorden biedt.³¹ Zo zadelt de Richtlijn de rechtscollages op met de moeilijke taak om zich zelf uit te spreken over de vage begrippen daarin. Het gevolg is dat de rechtspraak uiteenlopende uitkomsten vertoont, wat onwenselijk is vanuit het oogpunt van harmonisatie. Daarnaast creëert een exclusief *sui generis* recht zonder duidelijke grenzen rechtsonzekerheid voor zowel de producenten als gebruikers van databanken en vormt het een bedreiging voor het publieke domein. De interpretaties die het Europese Hof van Justitie kan geven, bieden slechts een schrale troost wanneer een exclusief recht reeds in eerste aanleg (in de Richtlijn en haar toelichtende documenten) gebrekkig is afgebakend.

7.4 TEGENWICHT

7.4.1 Introductie

Voordat een monopolie wordt verleend, moet er een belangenafweging plaatsvinden. Zoals Mr Justice Laddie stelt, moet deze afweging antwoord geven op de belangrijke vraag: wordt de beperking van de vrije mededinging gerechtvaardigd door de voordelen die deze beperking de maatschappij in haar algemeenheid oplevert?³²

De sterkte van de verleende bescherming moet dus worden gerechtvaardigd door en proportioneel zijn ten aanzien van het object waarop de bescherming van toepassing is en het doel dat men ermee wil bereiken. Het – op zichzelf gerechtvaardigde – doel van het *sui generis* recht is om bescherming te bieden tegen het profiteren van omvangrijke investeringen die een ander heeft gedaan in de productie van een databank. De vorm die de Richtlijn voor deze bescherming heeft gekozen, lijkt echter disproportioneel.³³ Verdedigd kan worden dat het *sui generis* recht te sterk is en zowel concurrenten benadeelt als non-profit gebruikers, zoals onderzoekers, onderwijsinstellingen, bibliotheken, musea en archieven.

31 Mallet-Poujol 1996-I, p. 9, 10; Koumantos 1997, p. 133; Gaudrat 1998, p. 598; Verkade/Visser 1999, p. 7. Gaudrat stelt dat het grote aantal vage concepten met opzet in de Richtlijn is gezet en hij wijt dit aan het onderhandelingsproces waaraan Europese regelgeving in de ontwerpfase onderhevig is, dat resulteert in compromissen.

32 Laddie 1996, p. 253.

33 Gaudrat 1999-I, p. 89 stelt bijvoorbeeld dat het *sui generis* recht enerzijds te eng is omdat het alleen van toepassing is op databanken, maar anderzijds een te ruime reikwijdte heeft.

7.4.2 Belangen van non-profit gebruikers en de maatschappij in het algemeen

Het *sui generis* recht kent databankproducenten een monopolie toe dat qua sterkte vergelijkbaar is met het auteursrecht, en zelfs nog sterker is omdat het minder beperkingen kent. Het *sui generis* recht is dan ook een plomp recht³⁴ dat verzuimt om de commerciële belangen van databankproducenten in evenwicht te brengen met de publieke belangen van de maatschappij in het algemeen, zoals de vrije beschikbaarheid van informatie.

Meer bescheidenheid zou databankproducenten niet hebben misstaan bij hun lobby voor een *sui generis* recht. Vaak kan er immers geen scherp onderscheid worden gemaakt tussen producenten en gebruikers; gebruikers zijn zelf ook vaak producenten van gegevens, van wie databankproducenten op hun beurt afhankelijk zijn voor de samenstelling van hun databanken. Zoals Conley/Brown/Bryan opmerken,³⁵ worden maar weinig databanken 'vanuit het niets' gecreëerd; producenten vullen ze graag met bestaande informatie afkomstig uit het publieke domein, waarop zij vervolgens zelf bescherming claimen.³⁶

In zijn huidige vorm bekommert het *sui generis* recht zich voornamelijk om de commerciële belangen van de databankproducenten en verzuimt het de belangen van gebruikers en de maatschappij in het algemeen te erkennen.³⁷ Zo worden de belangen van niet-commerciële gebruikers onvoldoende in acht

34 Vergelijk Quaedvlieg 1998-I, p. 437: 'So legislatures have turned into entrepreneurs, trading off legal protection against (the hope for) investments in information technology and creativity. Information industries and legislators concur in a *force de dissuasion* against the user. It is an economic choice which will have economic consequences. Plump rights risk creating and upholding plump market positions.'

35 Conley/Brown/Bryan 2000, p. 49: 'Since few if any producers start from scratch, the process of knowledge production inevitably begins with the consumption of what is already there. This reality is often conveniently overlooked by the database industry and its advocates. Their position is a variation on the pull-up-the-drawbridge argument made by opponents of suburban growth: now that I'm comfortably ensconced in my subdivision, development has to stop. The database version is: I may have stood on the shoulders of those who came before, but no one is going to stand on mine.'

36 Niettemin zijn de nauwgezette inspanningen waarmee niet-auteursrechtelijk beschermde gegevens worden gegenereerd vaak van meer waarde voor de maatschappij dan het louter samenbrengen ervan in een databank door professionele producenten. Het Europese Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat de kosten voor de creatie van nieuwe gegevens niet meetellen voor de substantiële investering die is vereist voor *sui generis* bescherming, in tegenstelling tot kosten die zijn gemaakt voor het verzamelen van reeds bestaande gegevens. Wanneer het genereren van wetenschappelijke gegevens inderdaad moet worden beschouwd als creatie, dan zouden databankproducerende wetenschappers worden benadeeld ten opzichte van producenten die deze niet-auteursrechtelijk beschermde gegevens slechts opnemen in databanken. Databanken die zijn gemaakt door wetenschappers of universiteiten zullen moeten getuigen van een substantiële investering in de controle en/of presentatie van hun inhoud om desondanks beschermd te worden door het *sui generis* recht.

37 Zie ook Bensinger 1999, p. 278.

genomen als het gaat om de beperkingen op het *sui generis* recht.³⁸ Naar onze mening is het met name zorgwekkend dat de Richtlijn de belangrijke rol over het hoofd ziet die onderwijs- en onderzoeksinstellingen, bibliotheken, musea en archieven vervullen voor educatie, onderzoek en de toegang tot informatie.³⁹ Daarom hebben we in hoofdstuk 4 gepleit voor invoering van de speciale beperkingen die de Auteursrechtlijn reeds in 2001 ten behoeve van deze instellingen heeft geïntroduceerd.

7.4.3 Belangen van concurrenten

Elk monopolie werpt barrières op voor nieuwkomers die de markt willen betreden. Toch kan een monopolie gerechtvaardigd zijn ter stimulering en beloning, mits dit monopolie uiteindelijk de gemeenschap in zijn geheel ten goede komt.⁴⁰ Het is immers niet meer dan redelijk om een databankproducent de mogelijkheid te geven zijn omvangrijke investeringen terug te verdienen. Het monopolie dat door het *sui generis* recht wordt gegarandeerd, zou echter wel eens te sterk kunnen zijn. Een exclusief recht dat lijkt op het auteursrecht en wordt toegekend voor een investering lijkt niet bevorderlijk voor de productie van concurrerende of afgeleide databanken. Dit kan als volgt worden geïllustreerd.

Ten eerste is de drempel voor bescherming door het *sui generis* recht – een substantiële investering in een databank – tamelijk laag, terwijl het met de huidige stand van de technologie erg weinig moeite kost om informatie in een databank onder te brengen. Zo is vrijwel alle informatie tegenwoordig in een databank opgenomen, wat het publieke domein zou kunnen inperken.⁴¹

Ten tweede is ook tamelijk snel voldaan aan het inbreukcriterium. Dit verbiedt de overname van de gehele inhoud van een databank of een kwalitatief of kwantitatief substantieel deel daarvan. De beoordeling van de substantiëleiteit laat rechtscolleges de ruimte om zelfs kleine delen als substantieel te

38 Laddie 1996, p. 259 stelt dat het moeilijk is om te lobbyen voor beperkingen omdat dit vaak wordt beschouwd als steun aan de parasieten van de industrie. Hij is dan ook niet verbaasd dat de reikwijdte van het auteursrecht alsmäär ruimer wordt.

39 Zie ook Gaudrat 1999-II, p. 414.

40 Kamperman Sanders 2002, p. 384.

41 Zodra een bepaald aantal gegevens als een substantieel deel van een databank kan worden beschouwd, mogen ze niet meer worden overgenomen, maar moeten ze in de vorm van niet-substantiële delen worden hergebruikt uit meerdere databanken, als die ten minste bestaan. Bovendien oordeelde het Europese Hof van Justitie dat het *sui generis* recht ook indirect hergebruik omvat, wat zou kunnen impliceren dat zijn bescherming de informatie zelf volgt (inclusief de individuele gegevens) in plaats van de databank, zie paragraaf 4.4.2.2. In paragraaf 1.5.3.2 stelden we dat ook het auteursrecht in een databank zich in feite uitstrekt tot de informatie zelf.

bestempelen; er bestaan inderdaad voorbeelden van dergelijke vonnissen.⁴² Het *sui generis* recht is dan ook te beschermend ten gunste van uitsluitend de producenten en riskeert zelfs individuele gegevens te monopoliseren.⁴³

Bovendien wordt de vrije mededinging gehinderd doordat het *sui generis* recht een barrière vormt voor concurrenten die gelijk(end)e databanken op de markt willen brengen of afgeleide databanken waaraan waarde is toegevoegd. Toch stelt overweging 47 van de Richtlijn dat:

‘teneinde de mededinging tussen de leveranciers van produkten en diensten op de informatiemarkt te bevorderen, het recht *sui generis* niet zodanig mag worden uitgeoefend dat misbruik van machtspositie daardoor in de hand wordt gewerkt, met name niet waar het betreft de schepping en verspreiding van nieuwe produkten en diensten met een toegevoegde intellectuele, documentaire, technische, economische of commerciële waarde; dat deze richtlijn derhalve de toepassing van het communautaire en nationale mededingingsrecht onverlet laat’.

Een databankproducent die de enige bron is van bepaalde informatie kan de markttoetreding door andere producenten die nieuwe, afgeleide databanken of grotendeels dezelfde databanken willen maken, inderdaad geheel blokkeren. Dit *de facto* monopolie van ‘enige-bron-producenten’⁴⁴ is nu als gevolg van het *sui generis* recht versterkt door een *juridisch* monopolie.

Om misbruik van het *sui generis* recht door enige-bron-producenten tegen te gaan, bevatten de eerste ontwerpen voor de Richtlijn een dwanglicentiebepaling, die we hebben besproken in hoofdstuk 5. Deze bepaling werd in de uiteindelijke Richtlijn echter geschrapt, waarbij werd verwezen naar de remedies die het mededingingsrecht zou bieden.⁴⁵ In plaats van zelf de private en publieke belangen binnen zijn eigen toepassingsbereik in evenwicht te brengen, laat het *sui generis* recht dit dus simpelweg over aan het mededingingsrecht.⁴⁶ Niettemin schrijft art. 16(3) voor dat er tijdens de driejaarlijkse evaluaties van de Richtlijn in het bijzonder moet worden bekeken:

‘of de toepassing van dit recht heeft geleid tot misbruik van machtspositie of andere aantastingen van de vrije mededinging die passende maatregelen, met name de invoering van een stelsel van niet-vrijwillige licenties, wettigen.’

42 Eén item kan zelfs beschouwd worden als kwalitatief substantieel als dit wordt afgemeten aan het belang dat de bewuste gebruiker eraan hecht. Vergelijk Colston 2001, para. 4.1 en Samuelson 1997, para. V, die verwijst naar ‘the one right pearl of information in a vast ocean of data’. Het Europese Hof van Justitie lijkt zich in 2004 echter tegen deze benadering te hebben uitgesproken, omdat deze kan resulteren in de monopolisering van individuele gegevens, wat in strijd is met overweging 46. Zie ook voetnoot 26.

43 Vergelijk de voetnoten 41 and 42.

44 Zij kunnen ook een juridisch monopolie op hun informatie genieten wanneer die informatie beschermd is door auteurs- of andere rechten.

45 Zie het einde van overweging 47.

46 Gaudrat 1998, p. 599

Het gevaar van misbruik van het *sui generis* recht is verkleind sinds het Europese Hof van Justitie in 2004 heeft geoordeeld dat creatiekosten niet mogen meetellen voor de vereiste substantiële investering. Het gevolg is dat databanken die worden gemaakt door producenten die zelf de inhoud creëren, gevaar lopen niet beschermd te worden door het *sui generis* recht. Volgens het Evaluatierapport uit 2005 zou het oordeel van het Hof elke angst voor misbruik van machtspositie door enige-bron-databankproducenten wegnemen en het ondernam daarom geen studie naar de wenselijkheid van herintroductie van een dwanglicentieregime.⁴⁷

Naar onze mening is het risico van misbruik van informatiemonopolies op basis van het *sui generis* recht echter nog niet geheel geweken als gevolg van het oordeel van het Europese Hof.⁴⁸ Bovendien kunnen er diverse steekhoudende bezwaren tegen de benadering van het Hof worden aangevoerd.⁴⁹ In hoofdstuk 5 hebben we daarom de mogelijke remedies bestudeerd die het Europese mededingingsrecht en dwanglicenties tegen misbruiken van machtspositie kunnen bieden. Een voordeel van het mededingingsrecht is dat het kan worden ingeroepen tegen iedere weigering om informatie te licentiëren, of die nu is gebaseerd op een *de facto* monopolie of een *juridisch* monopolie in de vorm van een intellectueel eigendomsrecht. Ook maakt het mededingingsrecht geen onderscheid tussen informatie die in een databank is opgenomen en 'losse' informatie.

Een belangrijk bezwaar is echter dat moeilijk te voorspellen is of een beroep op het mededingingsrecht zal slagen, omdat Europese rechtspraak over informatiemonopolies schaars is en er nog geen Europese rechtspraak bestaat over het *sui generis* recht. Daarnaast heeft het Europese Hof van Justitie de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor een succesvolle claim inzake misbruik van een informatiemonopolie nog niet definitief bepaald. Bovendien kan het mededingingsrecht alleen *ex post* worden ingeroepen, terwijl de eiser vaak lang en kostbaar procederen te wachten staat. Deze nadelen lijken overtuigende argumenten te bieden voor de herintroductie van een dwanglicentie-bepaling in de Databankrichtlijn. In hoofdstuk 5 hebben we suggesties gedaan voor de inhoud van een dergelijke bepaling.⁵⁰

47 Evaluatierapport 2005, p. 14. In plaats daarvan doet het rapport suggesties (p. 26) om het *sui generis* recht te herformuleren zodat het oordeel van het Hof aanzienlijk wordt geneutraliseerd, zie paragraaf 7.6.

48 Zie ook Hugenholtz 2005, p. 216.

49 Zie de paragrafen 4.2.3.8, 4.2.3.10 en 5.1.

50 Zie ook paragraaf 7.6.

7.5 ALTERNATIEVE WIJZEN VAN BESCHERMING

7.5.1 Technologische maatregelen, contractenrecht, enzovoort

In de literatuur wordt het *sui generis* recht vaak bekritiseerd vanwege zijn te sterke bescherming. Sinds de WIPO in 1996 haar voorstel voor een Databankverdrag presenteerde, is de noodzaak van wereldwijde databankbescherming door middel van het *sui generis* recht bovendien een punt van discussie gebleven.⁵¹ Een wereldwijde invoering van dit recht is dus niet op korte termijn te verwachten. Het struikelblok vormt hier opnieuw de excessieve sterkte van dit recht, een bezwaar dat ook werd aangevoerd tegen diverse Amerikaanse wetsvoorstellen inzake databankbescherming.⁵² Het is begrijpelijk dat er weerzin bestaat tegen de overname van een nieuw recht zonder bewezen trackrecord.⁵³

Diverse auteurs betwijfelen de noodzaak van extra databankbescherming naast het auteursrecht en zij wijzen op andere mogelijkheden waarmee databanken tegen misbruik kunnen worden beschermd. Deze mogelijkheden werden ook in Europa aangewend voordat de Databankrichtlijn werd aangenomen. Aangezien wetgeving zich traag ontwikkelt, beschermden producenten hun databanken door middel van technische oplossingen in de vorm van toegangsbarrières. In 2001 is in de Auteursrechtrichtlijn een verbod ingevoerd om technologische maatregelen waarmee databanken worden beschermd, te omzeilen.⁵⁴ Een nadeel van dergelijke technologische bescherming is echter dat het gerechtvaardigde gebruik dat op basis van de wettelijke beperkingen gemaakt mag worden van een databank, erdoor kan worden ingeperkt.⁵⁵

Er bestaan ook juridische wijzen waarop het gebruik van een databank kan worden gecontroleerd. Soms wordt regelgeving inzake handelsgeheimen benut om ongepubliceerde databanken te beschermen.⁵⁶ Die is echter niet geschikt voor databanken die openbaar zijn gemaakt. Het contractenrecht ligt dan meer voor de hand. Contracten binden echter alleen de contractpartners en geen derden. Ook staat ter discussie aan welke voorwaarden in Europa

51 Zie Gaster 1999, p. 670-671.

52 De opeenvolgende Amerikaanse wetsvoorstellen bewegen zich heen en weer tussen een Europese *sui generis* recht-benadering en een oneerlijke mededingingsbenadering. Zie over verschillende van deze wetsvoorstellen bijvoorbeeld Reichman/Samuels 1997, p. 102-109; Samuelsen 1997; Gaster 1999, p. 671-679; Lenselink 1999, p. 270-274; Colston 2001, para. 5.3; Aalberts 2002, p. 43-44; Kamperman Sanders 2002, p. 377-383; Davison 2003, p. 190-216; Trosow 2005; Band 2005. Zie ook het U.S. Copyright Office report 1997.

53 Zoals eerder is vermeld, concludeerde het Evaluatierapport 2005 bovendien dat de *sui generis* bescherming geen bewezen invloed heeft gehad op de databankproductie in de EU, die niet significant is gestegen.

54 Art. 6. Zie Koelman 2003 over de bescherming van technologische beschermingsmaatregelen.

55 Zie Koelman 2003, p. 103-104.

56 Contracten die geheimhouding voorschrijven, kunnen eveneens worden gebruikt.

moet zijn voldaan, willen shrinkwrap- en clickwraplicenties waarmee online en offline elektronische databanken zijn toegerust, geldig zijn.⁵⁷

Ook onder het regime van de Databankrichtlijn blijven contracten belangrijk, onder meer om er de vele vage richtlijnbegrippen in te specificeren. Mallet-Poujol merkt op dat contracten met gebruiksvoorwaarden het belangrijkste instrument zullen blijven waarmee producenten 'rechtmatige gebruikers' toegang tot hun databanken verschaffen.⁵⁸ Houdt men zich niet aan deze gebruiksvoorwaarden, dan is men aansprakelijk wegens contractbreuk.⁵⁹

Aangezien de hier beschreven wettelijke regimes hun tekortkomingen hebben, zijn er nieuwe regimes voorgesteld om de plaats van het *sui generis* recht in te nemen. Zo stelde Garrigues voor om het tweetrapsregime van de Richtlijn met haar auteursrecht en *sui generis* recht af te schaffen en databanken alleen door een naburig recht te beschermen.⁶⁰ Afschaffing van de auteursrechtelijke bescherming zou echter in strijd komen met het auteursrecht voor collecties dat dwingend is voorgeschreven in de Berner Convention, het TRIPS Verdrag en het WIPO Auteursrechtverdrag. Lipton stelde voor om een beschermingsregime in te voeren dat gebaseerd is op het octrooirecht.⁶¹ Dit zou registratie van een databank voor een bepaalde markt eisen, terwijl de uitvoerende instantie zou moeten verifiëren of er geen andere databanken voor dezelfde of een vergelijkbare markt zijn geregistreerd. Liptons voorstel beperkt de mededinging naar onze mening te zeer, omdat het de productie van zowel concurrerende als afgeleide, niet-concurrerende databanken zou verbieden. Reichman and Samuelson pleiten tot slot voor een minimalistisch, mededingingsbevorderend *sui generis* regime voor databanken, dat gebaseerd is op gedetailleerd uitgewerkte aansprakelijkheidsbeginselen.⁶²

57 Zie bijvoorbeeld Westerdijk/Van der Klaauw 1991; Koelman 1998, p. 113-118; Girot 2001, p. 285-301; Scheltema/Tjong Tjin Tai 2003; Stuurman in Franken/Kaspersen/De Wild 2004, p. 89-91.

58 Mallet-Poujol 1996-I, p. 11.

59 Naar Nederlands recht: toerekenbare tekortkoming in de nakoming.

60 Garrigues 1997, p. 4. Zie ook Rowland 1997, para. 2a.

61 Lipton 2003, p. 143-144.

62 Reichman/Samuelson, p. 145-151. Zij ontwierpen een regime dat wordt gekenmerkt door een blokkeringstermijn voor het terugverdienen van investeringen. Gedurende deze termijn, bij voorkeur korter dan 15 jaar, mag niemand de gehele inhoud van de databank of een substantieel deel ervan overnemen. Dit wordt afgezwakt door een automatische licentie die alleen kan worden ingeroepen tegen enige-bron-producenten. Na de blokkeringstermijn start een tweede termijn waarin iedereen mag profiteren van de licentie; ieder is dan vrij om inhoud uit de databank over te nemen, mits de producent een redelijke vergoeding ontvangt. Dit regime zou onderworpen moeten zijn aan beperkingen in het algemeen belang ten behoeve van wetenschap en onderwijs of er zou een dwanglicentie voor deze doeleinden ingevoerd kunnen worden.

7.5.2 Oneerlijke mededinging

Bescherming tegen het profiteren van andermans investeringen wordt in verschillende landen, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk,⁶³ traditiegetrouw verleend door het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging. Veel auteurs zijn van mening dat er geen behoefte is aan het *sui generis* recht omdat bescherming via de ongeoorloofde mededinging toereikend is voor databanken.⁶⁴ Interessant is dat overweging 6 van de Databankrichtlijn vermeldt dat het *sui generis* regime werd geïntroduceerd wegens gebrek aan geharmoniseerde wetgeving en rechtspraak op het gebied van de ongeoorloofde mededinging. De eerste voorstellen voor de Richtlijn bevatten een *sui generis* regime in de vorm van een 'extractierecht' dat inderdaad gebaseerd was op het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging, zoals is behandeld in hoofdstuk 1.⁶⁵ Op dit recht werd bijvoorbeeld alleen inbreuk gemaakt als delen van een databank werden hergebruikt voor commerciële doelen. Een vergelijkbaar criterium, dat eist dat er schade wordt toegebracht aan de commerciële belangen van de producent, is nog steeds terug te vinden in het *sui generis* recht van de uiteindelijke Richtlijn in de artikelen 7(5) en 8(2).⁶⁶ Dit schade-criterium is eveneens kenmerkend voor het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging.

Een succesvol beroep op de ongeoorloofde mededinging zal echter meestal aan nog meer voorwaarden moeten voldoen. Belangrijke factoren bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een bepaalde handelwijze zijn bijvoorbeeld de wijze waarop de gekopieerde delen zijn gebruikt in een ander product of de vraag of de producten door het publiek met elkaar worden verward.⁶⁷ Deze extra voorwaarden, naast schade, zorgen ervoor dat alleen een parasitaire handelwijze wordt gesanctioneerd en dat de vrije mededinging niet onnodig wordt beperkt door het voortbouwen op eerdere producten te verhinderen. Zo stelt de ongeoorloofde mededinging de rechtscolleges in staat om per geval met alle omstandigheden rekening te houden en deze tegen elkaar af te wegen,

63 Een ongeoorloofd mededingingsregime is hier afwezig; in plaats daarvan passen de rechtscolleges diverse vormen van onrechtmatige daad toe. Vergelijk De Vrey 2006, p. 79-80 en 203-207.

64 Mallet-Poujol 1996-I, p. 12-13; Pollaud-Dulian 1996, p. 454, 546; Reichman/Samuels 1997, p. 138; Samuelsen 1997, para. V; Grosheide 1998, p. 60-62; Lucas 1998, p. 76 no. 161; Gaudrat 1999-I, p. 88; Cornish 2003/1999, p. 34-40; Maurer/Hugenholtz/Onsrud 2001, p. 790; Hugenholtz in het Nauta Dutilh Report 2002, p. 467.

65 Zie de paragrafen 1.2.2.1b tot en met 1.2.2.1d.

66 Mallet-Poujol 1996-I, p. 12. Zoals Pollaud-Dulian 1996, p. 541 opmerkt, vormt het *sui generis* recht zo een hybride tussen de ongeoorloofde mededinging en een intellectueel eigendomsrecht.

67 Zie de omstandigheden genoemd door Gaster 1999, p. 111 no. 430. Vergelijk ook de af te wegen factoren die Reichman/Samuels 1997, p. 142-143 voorstellen voor een ongeoorloofde mededingingsbenadering voor databanken.

wat voordelig is voor potentiële concurrenten.⁶⁸ Wel is het zo dat de voorwaarden waaraan een succesvol beroep op oneerlijke mededinging moet voldoen, per land erg kunnen verschillen. Het Franse leerstuk van de *agissements parasitaires* stelt bijvoorbeeld tamelijk lage eisen, terwijl aan de Nederlandse voorwaarden niet gemakkelijk wordt voldaan.

Het *sui generis* recht daarentegen draagt deze checks-and-balances niet in zich. Gaster stelt dat de bescherming die de ongeoorloofde mededinging aan databanken biedt, ongeschikt is vanwege de extra voorwaarden die het eist voor onrechtmatigheid.⁶⁹ Het gebrek aan dergelijke voorwaarden is echter precies de reden waarom het juist het *sui generis* recht is dat als ongeschikt zou kunnen worden bestempeld. Gaster benadrukt dat de belangenafweging die volgens de eisen van de ongeoorloofde mededinging van geval tot geval moet worden gemaakt, tot onvoorspelbare uitkomsten leidt.⁷⁰ Inderdaad verschaft een exclusief recht dat kan worden overgedragen en gelicentieerd producenten, concurrenten en gebruikers meer rechtszekerheid. Niettemin stelt Mallet-Poujol terecht dat de uitkomst van rechtszaken over het *sui generis* recht even onvoorspelbaar zijn vanwege de vele vage begrippen die dit recht bevat.⁷¹

De Europese Commissie verwierp de mogelijkheid om databanken door middel van de ongeoorloofde mededinging te beschermen, omdat dit leerstuk binnen Europa niet geharmoniseerd is en hoofdzakelijk gebaseerd is op rechtspraak.⁷² Terwijl Pollaud-Dulian stelde dat de Richtlijn de gelegenheid had moeten aangrijpen om de ongeoorloofde mededinging voor databanken te harmoniseren,⁷³ stelde de Commissie dat het niet mogelijk zou zijn de ongeoorloofde mededinging in haar algemeenheid te harmoniseren door middel van een sectorale richtlijn die slechts één product betreft.⁷⁴ Wel laat art. 13 van de Richtlijn nog steeds ruimte voor bescherming van databanken door de ongeoorloofde mededinging naast het *sui generis* recht.⁷⁵

68 Kamperman Sanders 2002, p. 373 en 393. Hij schrijft op p. 373: 'The elasticity of the liability rule-based doctrine of misappropriation/unfair competition facilitates the assessment of fact (...) in a way that property rule systems cannot.'

69 Gaster 1999, p. 110-111 nos. 429-431. Hij maakt er bezwaar tegen dat het louter kopiëren van een onbeschermd product waarin geld en moeite is geïnvesteerd, niet onrechtmatig kan zijn zonder de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden. Anderzijds stelt Lucas 1998, p. 77 no. 161 dat het niet aanvaardbaar is om als algemeen beginsel te stellen dat het gebruik van andermans werk op zichzelf onrechtmatig is.

70 Gaster 1999, p. 111 no. 432. Zie ook Reichman/Samuelson 1997, p. 138.

71 Mallet-Poujol 1996-I, p. 12.

72 Toelichting bij het eerste Richtlijnvoorstel, p. 36 para. 5.3.9. Zie ook Gaster 1999, p. 110 nos. 426-427.

73 Pollaud-Dulian 1996, p. 545.

74 Toelichting bij het eerste Richtlijnvoorstel, p. 36 para. 5.3.9.

75 Zie paragraaf 4.6.6 over de mogelijkheid dat beide claims in dezelfde rechtszaak worden toegewezen.

Een tweede bezwaar dat de Europese Commissie aanvoerde tegen databankbescherming door middel van de ongeoorloofde mededinging was dat dit alleen tegen concurrenten kan worden ingeroepen,⁷⁶ terwijl de Richtlijn ook handelingen van individuele gebruikers wil bestrijken.⁷⁷ In de digitale omgeving kunnen gebruikers gemakkelijk zelf exploitanten van informatie worden. Wanneer een non-profit gebruiker zoals een bibliotheek bijvoorbeeld een databank op CD-Rom beschikbaar maakt op internet, zou dit de investering van de databankproducent kunnen schaden, omdat het serieuze gevaar bestaat dat de online versie van de bibliotheek in de plaats zal treden van de offline CD-Roms, met een daling van de verkoopprijzen als gevolg. Wanneer de term 'concurrent' in de context van de ongeoorloofde mededinging echter breed wordt geïnterpreteerd, zou men wellicht ook tegen zulke handelingen kunnen optreden.⁷⁸ Anderzijds zouden handelingen van non-profit gebruikers of andere partijen die de commerciële belangen van de databankproducent niet schaden, toegelaten moeten zijn. Dit principe lijkt het *sui generis* recht echter niet te erkennen. Dit recht vooronderstelt dat er sprake is van inbreuk zodra er een substantieel deel is overgenomen, hoewel deze overname misschien geen significante schade toebrengt aan de belangen van de producent.

Een ander bezwaar van de ongeoorloofde mededinging is voor producenten dat ze deze alleen *ex post* kunnen invoeren.⁷⁹ Ondertussen zou de goedkopere databank van de profiteur de oorspronkelijke databank al uit de markt gedrukt kunnen hebben. Een exclusief recht verschaft daarentegen *ex ante* bescherming gedurende een specifieke periode waarin de producent zijn investeringen kan terugverdienen. Beperking van een dergelijke bescherming tot een helder begrensde termijn kan ook voordelig zijn voor concurrenten; een nadeel van de ongeoorloofde mededinging is immers dat haar bescherming niet tot een vaste termijn beperkt is. Hetzelfde bezwaar is echter aangevoerd tegen de in potentie eeuwige duur van het *sui generis* recht voor databanken die voortdurend worden geactualiseerd.

76 Met uitzondering van het Franse leerstuk van de *agissements parasitaires* dat ook kan worden ingeroepen tegen niet-concurrenten. Zie hoofdstuk 4 voetnoot 607.

77 Overweging 42. Zie ook de Toelichting bij het eerste Richtlijnvoorstel, p. 36 para. 5.3.10.

78 Vergelijk Kamperman Sanders 2002, p. 381-382: 'Most unfair competition acts and case law around the world and the WIPO Model Provisions on Protection Against Unfair Competition use a wide notion of competition for the purpose of market regulation, addressing also acts where there is no direct competitive nexus, but where the plaintiff's primary market is nevertheless directly and fundamentally affected.'

79 Vergelijk Gaudrat 1999-I, p. 88.

7.6 EVALUATIE VAN HET *SUI GENERIS* RECHT

Het Evaluatierapport uit 2005 concludeerde dat er drie bezwaren tegen het *sui generis* recht kunnen worden aangevoerd. Ten eerste is de reikwijdte van dit recht onduidelijk omdat zijn belangrijkste begrippen helderheid ontberen. Ten tweede wordt de bescherming van niet-originele databanken veelal beschouwd als het opsluiten van informatie, vooral wanneer deze informatie afkomstig is uit het publieke domein. Ten derde is het economische effect van het *sui generis* recht onbewezen, aangezien het niet tot een significante groei van de databankproductie in de Europese Unie heeft geleid. De herzieningen die het Evaluatierapport voorstelt, zijn tamelijk basaal:

- 1 intrekking van de gehele Richtlijn;
- 2 intrekking van het *sui generis* recht;
- 3 wijziging van de bepalingen over het *sui generis* recht;
- 4 ongewijzigd behoud van de huidige Richtlijn.

Het rapport lijkt geen voorstander van de eerste twee mogelijkheden, omdat het het geharmoniseerde auteursrechtregime niet graag afschaft en erkent dat databankproducenten de *sui generis* bescherming graag willen behouden. Wat de derde mogelijkheid betreft, doet het rapport alleen suggesties om de gevolgen van het oordeel van het Europese Hof af te zwakken of geheel te niet te doen, bijvoorbeeld door het *sui generis* recht zo te herformuleren dat het ook gevallen bestrijkt waarin de creatie van gegevens gelijktijdig met de verzameling en controle plaatsvindt, of door te verduidelijken wat een substantiële investering in de verkrijging, controle of presentatie van de inhoud is.⁸⁰ Wel concludeert het rapport dat een dergelijke herformulering het risico draagt dat er steeds meer onbeproefde begrippen worden ingevoerd die de kritische blik van het Hof niet zullen weerstaan. Dit benadrukt naar onze mening juist hoe belangrijk het is om reeds bij de invoering van een nieuw recht duidelijkheid te scheppen. Voor de vierde mogelijkheid voert het rapport een economisch argument aan; ondanks zijn onbewezen invloed zou het minder kostbaar kunnen zijn om het *sui generis* recht te behouden dan om de lidstaten toe te staan terug te keren naar hun eerdere beschermingsvormen voor niet-originele databanken. De consultatieronde die onder belanghebbenden werd

80 Evaluatierapport 2005, p. 26. Verder werd gesuggereerd om te verduidelijken of het recht alleen 'primaire' databankproducenten (met als hoofdactiviteit het verzamelen en samenvoegen van gegevens die zij niet zelf creëren) beschermt of ook producenten die databanken produceren als een secundaire activiteit, of spin-off, van hun hoofdactiviteit. In paragraaf 4.2.3.4 vermeldden we echter dat de Nederlandse spin-off theorie juist is bekritiseerd omdat het geen heldere criteria bood om spin-offs en hoofdproducten van elkaar te onderscheiden.

gehouden, liet een voorkeur zien voor de mogelijkheden 3 en 4.⁸¹ Uiteindelijk werd in Brussel besloten de Richtlijn niet aan te passen maar de volgende evaluatie af te wachten.⁸²

Het Evaluatierapport signaleert naar onze mening terecht de bovengenoemde drie bezwaren tegen het *sui generis* recht. Het valt te betreuren dat een dergelijk sterk recht ingevoerd kon worden louter op basis van een *veronderstelde* behoefte. Verder is het *sui generis* recht ambigu doordat het op geforceerde wijze de kenmerken van een exclusief intellectueel eigendomsrecht probeert te combineren met die van een loutere investeringsbescherming. Wordt er inderdaad voor gekozen dit recht te behouden, dan zou zijn gebrek aan helder gedefinieerde begrippen hersteld moeten worden. Het Europese Hof van Justitie heeft zich in 2004 uitgesproken over verschillende van deze begrippen. De interpretaties van het Hof staan echter niet geheel buiten kijf en zijn in de praktijk niet steeds even gemakkelijk toe te passen.

Een belangrijk vierde bezwaar is bovendien dat de *sui generis* bescherming disproportioneel sterk is. Het *sui generis* recht benadeelt zo niet alleen non-profit gebruikers, maar het perkt ook de beschikbaarheid van informatie in die nodig is voor een goed functionerende mededinging op de markt van informatieproducten. Is men van mening dat een loutere investering onvoldoende is om een exclusief recht te verdienen dat vergelijkbaar is met een intellectueel eigendomsrecht, dan is het aantrekkelijk om – zoals verschillende auteurs hebben bepleit – de bescherming van databanken over te laten aan het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging.

Anderzijds heeft een exclusief recht verschillende voordelen ten opzichte van de ongeoorloofde mededinging. Een recht dat een databankproducent *ex ante* de mogelijkheid verschaft zijn investeringen gedurende een bepaalde termijn terug te verdienen, is wellicht te verkiezen boven bescherming *ex post*. Een ander voordeel van een exclusief recht is dat het zowel tegen contractpartners als derden kan worden ingeroepen. Het *sui generis* recht in de Richtlijn biedt beide voordelen, maar is in zijn huidige vorm te sterk en bevoordeelt eenzijdig de producenten. In plaats daarvan zou het moeten getuigen van een interne belangenafweging door ook rekening te houden met het algemene belang van de vrije mededinging en de vrije beschikbaarheid van informatie.⁸³

81 Tot 31 maart 2006 konden reacties worden ingediend. Er werden er 55 ontvangen, waarvan er 31 afkomstig waren van databankproducenten, 13 van de academische wereld inclusief bibliotheekorganisaties en 8 van gebruikers, hoofdzakelijk consumentenorganisaties en wedbedrijven. Zie <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/prot-databases_en.htm>.

82 Vriendelijke mededeling per e-mail van 6 december 2006 van David Baervoets van de DG Internal Market and Services D1 (Copyright and the knowledge-based economy) van de Europese Commissie.

83 Kamperman Sanders 2002, p. 393: '(...) the ever-strengthened position of the rightholder [van een intellectueel eigendomsrecht] ought to be checked and balanced by criteria that go beyond an economic calculus.'

Om een 'level playing field' voor concurrenten te waarborgen, lijkt het raadzaam om het *sui generis* recht toe te rusten met een dwanglicentieregime voor enige-bron-producenten. Databankproducenten die de enige bron vormen van bepaalde informatie zouden anders in de verleiding kunnen komen hun juridische monopolie te misbruiken door te weigeren de inhoud van hun databanken te licentiëren. Aangezien het mededingingsrecht onvoldoende remedies lijkt te kunnen bieden, pleiten diverse auteurs terecht voor de introductie van een dwanglicentiebepaling in de Databankrichtlijn.⁸⁴ De dwanglicentiebepaling waaraan enige-bron-producenten in de eerste Richtlijnontwerpen waren onderworpen, was naar onze mening voor hen te nadelig. Men zou bijvoorbeeld moeten afweten of het 'nieuwe product'-criterium wel of niet wordt overgenomen in een dergelijke bepaling. Wordt dit niet overgenomen, dan zou dit de vrije mededinging bevorderen omdat een (potentiële) concurrent dan om een dwanglicentie zou mogen verzoeken voor de productie van een gelijk(end)e databank. In het andere geval zou een dwanglicentie alleen mogen worden uitgevaardigd voor de productie van afgeleide databanken die een eigen investering vereisen in toegevoegde waarde en nieuwe inhoud. Verder zou de dwanglicentiebepaling alleen van toepassing moeten zijn op enige-bron-databanken die openbaar zijn gemaakt. Daarnaast is het ook raadzaam om enkele waarborgen over te nemen uit art. 31 van het TRIPS Verdrag, dat de voorwaarden bevat waaronder dwanglicenties ten aanzien van octrooien zijn toegestaan. Een dwanglicentiebepaling in de Databankrichtlijn kan helaas alleen betrekking hebben op informatie die in databanken is opgenomen en is niet van toepassing op *de facto* monopolies.

Op basis van het mededingingsrecht kunnen alleen concurrenten verzoeken om een dwanglicentie. Om de vrije beschikbaarheid van informatie voor niet-concurrenten te waarborgen, zouden de wettelijke beperkingen moeten worden uitgebreid. Nu laat de Richtlijn non-profit gebruikers zoals onderwijs- en onderzoeksinstituten, bibliotheken, musea en archieven in de kou staan, ondanks de essentiële rol die zij spelen voor educatie, onderzoek en de toegang tot informatie. De Richtlijn zou op passende wijze recht moeten doen aan hun grote belang voor de maatschappij. Daarom pleiten wij ervoor om de beperkingen over te nemen die de Auteursrechtrichtlijn speciaal voor deze instellingen heeft ingevoerd.⁸⁵ Daarnaast valt te overwegen om in de Databankrichtlijn een beperking op te nemen die de toegang tot (wetten)databanken geprodu-

84 Hugenholtz 1996, p. 136; Speyart 1996-II, p. 176; Reichman/Samuels 1997, p. 86-87; Colston 2001, para. 6; Derclaye 2004, p. 410 en 411. Maurer/Hugenholtz/Onsrud 2001, p. 790 stellen voor om alleen enige bronnen van 'synthetic data' aan dwanglicenties te onderwerpen. Ze definiëren 'synthetic data' als gegevens die niet in de buitenwereld worden verzameld maar gegenereerd worden, zoals telefoonnummers.

85 Deze beperkingen zouden zowel op het auteursrecht als het *sui generis* recht van toepassing moeten zijn. Verder zou misschien kunnen worden overwogen om ze niet optioneel te laten maar ze dwingend voor te schrijven en/of zelfs te verbieden dat ze door een overeenkomst buiten werking kunnen worden gesteld.

ceerd door de overheid verzekert, door dergelijke databanken auteursrecht en *sui generis* recht te ontzeggen. Bovendien zou ook de dwingendrechtelijke beperking voor tijdelijke reproducties zonder economische betekenis moeten worden overgenomen uit de Auteursrechtlijn.

In zijn huidige vorm is het *sui generis* recht naar onze mening niet proportioneel. Zijn te sterke bescherming en vage begrippen zouden echter kunnen worden verholpen door diverse onderdelen van de Databanklijn aan te passen. In dit boek hopen we hiervoor bruikbare voorstellen te hebben gedaan.