



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest

Beunen, A.C.

Citation

Beunen, A. C. (2012). Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest. *Ami: Tijdschrift Voor Auteurs-, Media- En Informatierecht*, (4), 149-153. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20322>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20322>

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

Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest

Het (elders in dit blad gepubliceerde) Football Dataco-arrest van het Europese Hof van Justitie vormt voor databanken het logische vervolg op het Infopaq-arrest. Het bepaalt dat databanken alleen door het auteursrecht worden beschermd wanneer ze voldoen aan het originaliteitsvereiste dat is voorgeschreven in de Databankrichtlijn. In deze bijdrage worden de consequenties daarvan onderzocht voor de bescherming van onpersoonlijke geschriften.

A.C. Beunen

Mr. A.C. Beunen is universitair docent aan de Universiteit Leiden bij *eLaw@Leiden*, auteursrechtjurist bij de Koninklijke Bibliotheek, en redacteur van dit blad.

Inleiding

Op 1 maart 2012 wees het Europese Hof van Justitie vonnis in de zaak van Football Dataco tegen Yahoo. De uitkomst ervan ligt geheel in lijn met de reeks arresten van het Europese Hof over het originaliteitscriterium, die in 2009 werd ingezet met het *Infopaq*-arrest.¹ Ditmaal was een databank met *wedstrijdschema's* het onderwerp van geschil en aangezien de Europese Databankrichtlijn uit 1996 al een geharmoniseerd originaliteitscriterium kende, is de uitkomst van dit arrest minder opzienbarend dan die in de zaak *Infopaq*.

Het *Football Dataco*-arrest betrof Yahoo's vermeend onrechtmatige overname van zogenaamde '*fixture lists*': jaarlijkse wedstrijdkalenders van de Engelse en Schotse voetbalcompetitie, die met veel kosten en moeite worden opgesteld door (onder meer) Football Dataco. Engelse gerechten hadden in deze zaak bepaald dat er geen databankrecht op de wedstrijdkalenders rustte omdat de kosten die Football Dataco ervoor had gemaakt, zagen op de creatie van nieuwe informatie. Creatiekosten mogen, in tegenstelling tot kosten voor het verzamelen van bestaande informatie, niet worden meegeteld voor de substantiële investering die nodig is wil er databankrecht op een databank rusten. Dat heeft het Europese Hof reeds uitgemaakt in vier databankzaken uit 2004 die eveneens over voetbalwedstrijdschema's gingen.²

Football Dataco gooide het daarom over de boeg van het auteursrecht, waarmee ze in eerste aanleg bij de Britse

rechter succes had. Voordat de Databankrichtlijn werd ingevoerd, genoten verzamelingen in het Verenigd Koninkrijk auteursrechtelijke bescherming wanneer ze voldeden aan het (laagdrempelige) '*skill and labour*'-criterium en dat is er nog steeds zo voor verzamelingen die niet vallen onder de definitie van databank in artikel 1 van de Richtlijn (zoals verzamelingen zonder systematische of methodische ordening). De wedstrijdkalenders in deze zaak voldeden wel aan deze definitie, maar ook voor deze databank concludeerde de Britse rechter in eerste aanleg vrijgevig tot auteursrechtelijke bescherming. Dat leidde tot twijfels bij het Court of Appeal en vormde de aanleiding voor zijn twee prejudiciële vragen. De eerste vraag betreft de uitleg van het originaliteitscriterium in artikel 3 van de Databankrichtlijn en de tweede gaat over de toelaatbaarheid van nationale vormen van auteursrechtbescherming die worden toegekend onder andere voorwaarden dan die in de Richtlijn.

Uitleg originaliteitscriterium voor databanken

De eerste vraag van het Court of Appeal valt uiteen in drie subvragen. Deze sommen diverse soorten inspanningen/prestaties op die het produceren van databanken (en wedstrijdkalenderdatabanken in het bijzonder) kunnen vergen en het Court vraagt het Europese Hof of deze inspanningen voldoen aan het originaliteitscriterium in artikel 3. Dit artikel bepaalt dat databanken die door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen door het auteursrecht worden beschermd en dat er geen andere criteria worden toegepast om te bepalen of ze voor die bescherming in aanmerking komen.

¹ HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-5/08, AMI 2009/5, nr. 20 m.nt. K.J. Koelman; IER 2009, p. 318 m.nt. F.W. Grosheide; NJ 2011, 288 m.nt. P.B. Hugenholtz; HvJ EU 22 december 2011, zaak C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová asociace*), HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08 (*Premier League*), AMI 2012/1, nr. 1 m.nt. F.W. Grosheide en HvJ EG 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), AMI 2012/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud. Zie ook overweging 37 van het

Football Dataco-arrest.

² HvJ EG 9 november 2004, zaak C-203/02 (*British Horseracing Board*), AMI 2005/1, nr. 1 m.nt. D.J.G. Visser en P.B. Hugenholtz en de zaken C-46/02 (*Fixtures Marketing Ltd/Oy Veikkaus AB*), C-338/02 (*Fixtures Marketing Ltd/Svenska Spel AB*) en C-444/02 (*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*).

³ Overweging 24.

Het Hof bepaalt, ten eerste, dat intellectuele inspanningen en deskundigheid die zijn aangewend bij de creatie van de gegevens niet relevant zijn, omdat gegevenscreatie geen betrekking heeft op de keuze of rangschikking van de stof. Voor deze keuze of rangschikking is, ten tweede, ook de 'toevoeging van een wezenlijke inhoud' aan reeds bestaande gegevens irrelevant. In de betreffende prejudiciële vraag was dit in de oorspronkelijk Engelse versie van het arrest geformuleerd als: 'adding important significance to a pre-existing item of data (as in fixing the date of a football match)'.³ Evenmin relevant zijn, ten derde, de intellectuele inspanningen en deskundigheid die de samenstelling van de databank vereist; deze kunnen op zichzelf niet leiden tot auteursrechtelijke bescherming wanneer geen blijkt wordt gegeven van originaliteit bij de keuze of rangschikking van de gegevens.

Aan het originaliteitscriterium in de Databankrichtlijn is volgens het Hof wel voldaan wanneer de maker bij de keuze of rangschikking van de gegevens zijn creatieve vaardigheden op originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes en zo in staat is zijn werk een 'persoonlijke noot' te geven. Hieraan is niet voldaan wanneer er technische overwegingen, regels of beperkingen voor de samenstelling van de databank gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid.⁴

Toelaatbaarheid van overige nationale beschermingsregimes

Het Court of Appeal vraagt ten tweede of de Databankrichtlijn het bestaan uitsluit van andere nationale rechten van auteursrechtelijke aard dan die waarin de Richtlijn voorziet. Niet verrassend antwoordt het Europese Hof dat de Richtlijn zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die auteursrechtelijke bescherming biedt onder andere voorwaarden dan die in artikel 3. Dat is alleen (tijdelijk) toegestaan ten behoeve van het overgangsrecht in artikel 14. Het Hof verwijst hiervoor naar enkele Richtlijnoverwegingen:⁵ doel van de Richtlijn was om ten gunste van de interne markt de nationale verschillen in rechtsbescherming op te heffen, onder meer door harmonisatie van het criterium voor auteursrechtelijke bescherming.

Echter, voor geschriften die iedere originaliteit missen (waaronder ook databanken kunnen vallen) kent Nederland met haar geschriftenbescherming een op het auteursrecht gelijkende bescherming. Zo rijst dus de vraag of de geschriftenbescherming wel kan blijven voortbestaan, een

vraag die Koelman al opwierp naar aanleiding van het *Infopaq*-arrest van het Europese Hof.⁶ Bepalend voor het antwoord is de vraag of de geschriftenbescherming als een vorm van auteursrecht of als een – door artikel 13 van de Databankrichtlijn onverlet gelaten – ongeoorloofde mededingingsbescherming moet worden beschouwd.

Relevant in dit verband is dat de tweede prejudiciële vraag volgens Derclaye een ruimere strekking had dan het antwoord van het Europese Hof.⁷ Het Court of Appeal vroeg naar de toelaatbaarheid van andere 'national rights in the nature of copyright' en dit kan volgens Derclaye ook quasi-auteursrechtelijke regimes omvatten, bijvoorbeeld bescherming tegen parasiteren of slaafse nabootsing op basis van regelgeving inzake onrechtmatige daad of ongeoorloofde mededinging. Het antwoord van het Europese Hof beperkt zich echter tot nationale auteursrechtregimes. Niettemin stelt Derclaye dat ook quasi-auteursrechtelijke ongeoorloofde mededingingsbescherming waarschijnlijk ontoelaatbaar is, omdat het bestaan daarvan afbreuk zou doen aan het functioneren van de interne markt en aan het vrije verkeer van goederen en diensten. Daarmee lijkt zij echter te miskennen dat de Databankrichtlijn in artikel 13 expliciet bepaalt dat zij geen afbreuk doet aan (onder meer) het recht inzake ongeoorloofde mededinging.⁸

De wetgever

De handhaafbaarheid van de geschriftenbescherming kwam in Nederland noodgedwongen al aan bod bij de implementatie van de Databankrichtlijn in 1999. In het licht van artikel 3 stond de wetgever toen voor de vraag wat te doen met de geschriftenbescherming voor geschriften die als databank konden worden gekwalificeerd.

Interessant is dat de wetgever diezelfde kwestie ook reeds in 1994 bij de implementatie van de Computerprogramma-richtlijn voor zijn kiezen had gekregen. Toen besloot hij tot afschaffing van de geschriftenbescherming voor software met als argument dat deze richtlijn uitsluitend auteursrechtelijke bescherming toekent aan computerprogramma's die een eigen intellectuele schepping van de maker vormen;⁹ omdat de geschriftenbescherming deze voorwaarde niet stelt, moest deze bescherming worden afgeschaft voor computerprogramma's.¹⁰ Impliciet stelde de wetgever zich hiermee op het standpunt dat de geschriftenbescherming een vorm van auteursrecht is. Verwonderlijk was dat niet omdat de Hoge Raad in 1965 hetzelfde had geoordeeld in het *Televisier*-arrest.¹¹

4 Overwegingen 38 en 39.

5 Richtlijnoverwegingen 1 tot en met 4 en 60.

6 In zijn noot bij dit arrest in AMI 2009/5, p. 205.

7 E. Derclaye, 'Football Dataco: skill and labour is dead!', 1 maart 2012, <http://kluwercopyrightblog.com/2012/03/01/football-dataco-skill-and-labour-is-dead>.

8 Zie ook A.C. Beunen, *Protection for databases*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007 (diss. Leiden), p. 209-212, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12038>.

9 Conform artikel 1(3) van de Computerprogramma-richtlijn.

10 Zie L. de Vries, *Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, Den Haag: SDU 1989-1997, Deel 1, p. 10.47, 10.52 en 10.55. Zie ook het in 1994 ingevoerde artikel 10 lid 5 Aw.

11 HR 25 juni 1965 (*Televisier*), NJ 1966, 116 m.nt. L. Hijmans van den Bergh; *Ars Aequi* 1966, p. 345 m.nt. E. Hirsch Ballin. Dit is een van de radioprogramma-arresten waarin de Hoge Raad de omvang van de geschriftenbescherming vormgaf.

Het lag dus geheel in de lijn der verwachting dat de wetgever dit standpunt ook zou volgen voor databanken. Hij maakte echter een opmerkelijke ommezwaai; ditmaal verdedigde de minister dat de geschriftenbescherming een regeling van mededingingsrechtelijke aard is.¹² Deze ommezwaai leek vooral te zijn ingegeven door pragmatische overwegingen: de minister gaf onder meer aan dat hij de geschriftenbescherming nog met name van belang achtte voor de programmagegevens van omroepen. Het gevolg was dat de wetgever de geschriftenbescherming middels artikel 10 lid 4 Aw welbewust (deels) handhaafde, namelijk voor databanken die niet voldoen aan de voorwaarde die de Databankrichtlijn stelt aan het auteursrecht, noch aan die voor het databankrecht.

Overigens kwam ten tijde van de implementatie van de Databankrichtlijn ook de vraag aan de orde of Nederland overweging 52 kon invoeren. Deze bepaalt dat lidstaten die al een wettelijk recht kennen dat verwant is met het databankrecht, de bestaande beperkingen daarop moeten kunnen handhaven voor het databankrecht. Diverse auteurs verdedigden dat de geschriftenbescherming, als voorloper van het databankrecht, als zodanig kon gelden zodat Nederland meer beperkingen (uit de Auteurswet) op het ruime databankrecht zou kunnen invoeren dan waarin de Richtlijn in artikel 9 voorziet.¹³ De minister zag dit echter anders; volgens hem was overweging 52 geïntroduceerd op verzoek van de Scandinavische landen en konden daarom alleen zij zich erop beroepen.¹⁴ Hierbij dient opgemerkt te worden dat het laatste woord hierover uiteraard aan het Europese Hof is. Niettemin, ook ingeval men de geschriftenbescherming verwant acht aan het databankrecht (dat net als ongeoorloofde mededingingsbescherming investeringen beschermt, maar daarentegen net als het auteursrecht een exclusief recht is), levert dit nog geen antwoord op de vraag of de geschriftenbescherming wel of niet als een vorm van auteursrecht moet worden beschouwd.

Rechtspraak

In enkele databankzaken die van voor het *Football Dataco*-arrest stammen, is de strijdigheid van de geschriftenbescherming met artikel 3 en daarmee de onjuiste implementatie van de Databankrichtlijn aangevoerd.¹⁵ De betrokken

rechtbanken oordeelden hierover in vergelijkbare zin. *Als pars pro toto* kan het vonnis dienen over de vermeend inbreukmakende overname van vluchtgegevens uit de online databank van Ryanair. De rechtbank overwoog dat het blijkens de wetsgeschiedenis een bewuste keuze van de wetgever is geweest om de geschriftenbescherming te handhaven voor databanken waarin geen substantiële investering is gepleegd. Ze laat expliciet in het midden of de Databankrichtlijn daarmee onjuist is geïmplementeerd. Hiervoor geeft de rechtbank als reden dat een richtlijnconforme uitleg volgens haar niet mogelijk is, gezien de bewuste keuze van de wetgever voor handhaving van de geschriftenbescherming en het ondubbelzinnige artikel 10 Aw. Nationale wetgeving moet weliswaar zoveel mogelijk richtlijnconform worden uitgelegd, maar dit kan naar het oordeel van de rechtbank niet zo ver gaan dat een wetsbepaling in strijd met de uitdrukkelijke keuze van de wetgever *contra legem* wordt uitgelegd.¹⁶ Daartoe is volgens de rechtbank een nationale rechter ingevolge jurisprudentie van het Europese Hof niet gehouden.

Ten overvloede overwoog deze rechtbank dat hetzelfde geldt voor de vraag of de geschriftenbescherming in overeenstemming is met de Auteursrechtlijn, nu ingevolge het *Infopaq*-arrest voor auteursrechtelijke bescherming is vereist dat sprake is van een eigen intellectuele schepping van de maker. Een illustratief citaat uit het rechtbankvonnis luidt:

Indien en voor zover 1) de Europese wetgever met de Auteursrechtlijn een exclusief 'werk'-begrip heeft willen introduceren en 2) de geschriftenbescherming niet onder dat begrip te brengen is en 3) de geschriftenbescherming in ons nationale recht in strijd hiermee als een auteursrechtelijke bescherming moet worden betiteld, blijft de situatie dat deze mogelijke tegenstrijdigheid door het handhaven van de geschriftenbescherming een (bewuste) keuze van de wetgever is.¹⁷

Hieruit concludeerde de rechtbank dat een eventuele onjuiste implementatie van de Databank- en/of Auteursrechtlijn niet tot het oordeel kan leiden dat eiser Ryanair geen geschriftenbescherming op haar gegevens toekomt.¹⁸ Kennelijk meent de rechtbank dat zonder nadere actie van de wetgever niet tot een ander oordeel kan worden gekomen.

12 *Handelingen II* 1998/99, 26 108, p. 3668. Hij stelde overigens ook dat de meningen over de vraag of een dergelijke regeling in de Auteurswet hoort te staan al jaren verdeeld zijn.

13 P.B. Hugenholtz, 'Het wetsvoorstel implementatie Databankrichtlijn', *IER* 1998, p. 246; M.J. Frequin, 'Extra vangnet voor de producent van een databank. De Nederlandse implementatie van de Databankrichtlijn', *Computerrecht* 1999, p. 14; D.J.G. Visser, 'Overweging 52 Databankrichtlijn', *AMI* 1999, p. 73; *Rapport van de VvA-Studiecommissie databanken*, januari 1999, p. 18.

14 *Handelingen II* 1998/99, 26 108, p. 3669. Ook Gaster lijkt hiervan impliciet uit te gaan in J.-L. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, Köln: Heymanns Verlag 1999, nrs. 615-619.

15 Rb. Utrecht 28 juli 2010 (*Ryanair/PR Aviation*), *IER* 2011, p. 18 m.nt. F.W. Groshede en S.J. Schaafsma; *Computerrecht* 2010, nr. 178 m.nt. A.A. Kappert; Pres. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), *AMI* 2007/5, nr. 18 m.nt. K.J. Koelman; *NJ* 2007, 458; *Computerrecht* 2007, p. 174. In dezelfde zin ook Pres. Rb. Amsterdam 28 juli 2005 (*SBS/Quote Media en MTV*), *LJN* AU0253.

16 P. Ras, *Auteursrechtrevolutie: de gevolgen van het Infopaq-arrest voor het auteursrechtelijke beschermingscriterium in Nederland, Engeland en Duitsland*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2011, p. 85 meent daarentegen dat een richtlijnconforme uitleg die niet *contra legem* is, mogelijk is door de passage 'en alle andere geschriften' in artikel 10 lid 1 sub 1° grammaticaal zodanig te lezen dat het alleen ziet op geschriften die aan het originaliteitscriterium voldoen.

17 R.o. 4.34.

18 In hoger beroep (Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 13 maart 2012 (*PR Aviation/Ryanair*), zie nr. 17 in dit blad m.nt. J.I. Krikke) verkoos het hof niet op deze opnieuw aangevoerde kwestie in te gaan, maar omzeilde die door te oordelen dat *PR Aviation* als rechtmatige gebruiker ingevolge artikel 24a Aw geen inbreuk maakte op de eventueel aan Ryanair toekomende geschriftenbescherming.

19 V.zr. Rb. Amsterdam 13 juni 2012 (*NPO e.a./De Telegraaf c.s.*), *LJN* BW8334, B9 11327.

In diezelfde zin is onlangs ook geoordeeld in het kort geding dat de omroepen aanspanden tegen De Telegraaf, die na het *Football Dataco*-arrest gedurende twee weken een weekoverzicht van programmagegevens uitbracht.¹⁹ De artikelen 2.140 en 3.28 van de Mediawet kennen de omroepen extra sterke bescherming toe voor hun lijsten met programmagegevens (die als databanken in de zin van de Databankrichtlijn zijn te kwalificeren). Op grond van deze artikelen wordt overname zonder toestemming beschouwd als inbreuk op het auteursrecht (lees: de geschriftenbescherming) van de omroepen, tenzij de overnemer kan bewijzen dat er geen sprake was van directe of indirecte ontlening. Buiten de eigen kring wensen de omroepen tot nog toe geen omroepgegevens aan derden te verstrekken voor de publicatie van weekoverzichten. De Telegraaf vocht deze leveringsweigering reeds in 1998 aan bij de NMa, maar verloor de juridische strijd uiteindelijk in 2005. Na het *Football Dataco*-arrest achtte De Telegraaf de weg vrij om een weekoverzicht van de programmagegevens te publiceren. In het daaropvolgende kort geding voerde zij onder meer aan dat de omroepen zich na het *Football Dataco*-arrest niet meer op de geschriftenbescherming kunnen beroepen en anticipeerde ze tevens op een wijziging van de Mediawet via een in april 2012 voorgesteld amendement op de bovengenoemde artikelen.²⁰ Dit amendement refereert niet meer aan het auteursrecht maar introduceert een leveringsplicht voor de omroepen tegen voorgeschreven tarieven.²¹ De rechter oordeelde echter dat, temeer nu het een door politieke overwegingen ingegeven regeling betreft, voor een anticiperende interpretatie geen plaats is en dat de scheiding der machten noopt tot terughoudendheid bij het vooruitlopen op wetwijzigingen. Ook overwoog ze dat de Minister van OCW op vragen van de Eerste Kamer heeft verklaard dat de eventuele consequenties van het *Football Dataco*-arrest nog worden bestudeerd.²² De rechter besliste vervolgens in het voordeel van de omroepen, onder verwijzing naar onder meer het beginsel dat de rechter de wet niet *contra legem* mag uitleggen en de mogelijk mededingingsrechtelijke strekking van artikel 10 Aw.²³ De voorzieningenrechter was dus van mening dat de politiek aan zet is. Inmiddels is De Telegraaf in hoger beroep gegaan.

Doctrine

Al sinds de Databankrichtlijn in de voorstelfase verkeerde, hebben vele auteurs zich uitgesproken tegen handhaving van de geschriftenbescherming voor databanken wegens strijd met artikel 3.²⁴ Kort nadat het Europese Hof zijn *Football Dataco*-arrest had gewezen, hebben Hugenholtz, T. Cohen Jehoram en Visser opnieuw de noodzaak van afschaffing van de geschriftenbescherming voor databanken benadrukt en Derclaye voegde zich bij hen.²⁵ Hieruit valt af te leiden dat zij (impliciet) van mening zijn dat de geschriftenbescherming als een vorm van auteursrecht kan worden beschouwd. Daarmee bevinden ze zich in goed gezelschap van zowel de Hoge Raad als de wetgever uit 1912, die deze bescherming bewust in de Auteurswet regelde door de passage 'en alle andere geschriften' in artikel 10 lid 1 sub 1° op te nemen.

Overigens is er sinds de codificatie in 1912 (en voordat het Europese Hof zijn arrestenreeks over het originaliteitscriterium inzette) veel geschreven over de meer algemene vraag of de geschriftenbescherming, al dan niet in de Auteurswet, gehandhaafd moest blijven. Principiële tegenstanders stelden dat deze geheel 'drempelloze' bescherming niet thuishoort in de Auteurswet;²⁶ bescherming voor niet-originele geschriften kan soms wel gerechtvaardigd zijn, maar hierin moet dan worden voorzien middels het recht inzake de ongeoorloofde mededinging. Pragmatische voorstanders waardeerden de geschriftenbescherming als voorziening waarop men in nood altijd kan terugvallen.²⁷ Sommigen meenden dan ook dat het onwenselijk is de geschriftenbescherming af te schaffen voordat Nederland beschikt over een toereikende bescherming tegen ongeoorloofde mededinging. De strenge leer van de Hoge Raad die voor prescriptiebescherming een éénlijnsprestatie eist,²⁸ achtte men niet adequaat.

Qua rechtskarakter vertoont de geschriftenbescherming kenmerken van zowel het echte auteursrecht, ongeoorloofde mededingingsbescherming als ook het databankrecht (waarvan de geschriftenbescherming wel als voorlo-

20 R.o. 4.17 en 4.23. Zie ook de brief van NDP Nieuwsmedia (brancheorganisatie van nieuwsbedrijven) van 18 april 2012 aan de Eerste Kamer, <http://bit.ly/OHxkmP>.

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 019, nr. 9 Dit amendement was ten tijde van het kort geding nog aanhangig in de Eerste Kamer nadat het reeds was goedgekeurd door de Tweede Kamer. Inmiddels is het, op 26 juni 2012, ook in de Eerste Kamer aangenomen en is inwerkingtreding voorzien op 1 januari 2013.

22 R.o. 4.21 en 4.24. Zie MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 019, C, p. 7, waar de minister tevens opmerkt dat ook de Commissie Auteursrecht advies wordt gevraagd over de eventuele gevolgen voor de regeling van de geschriftenbescherming in de Auteurswet. Dit advies zou half juli worden verwacht, zie *Handelingen I* 2011/12, 33 item 9.

23 R.o. 4.27.

24 H. Cohen Jehoram, 'Ontwerp EG-Richtlijn Databanken', *IJR* 1992, p. 132; W.B.J. van Overbeek, 'De ontwerp EG-Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van databanken', *AMI* 1992, p. 125; P.B. Hugenholtz in o.a. 'Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert', *Mediaforum* 1995, p. 86 en 'Het wetsvoorstel implementatie Databankrichtlijn', *IJR* 1998, p. 246; H. Speyart, 'De databankrichtlijn en haar gevolgen voor Nederland (II)', *AMI* 1996, p. 177; T. Cohen Jehoram, 'Copyright in Non-Original Writings. Past-Present-Future?', in: J.J.C. Kabel, G.J.H.M. Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p.

109-112; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 86 en 639-640; A.C. Beunen, *Protection for databases*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007 (diss. Leiden), p. 80. Voorstander: M.J. Frequin, 'Extra vangnet voor de producent van een databank. De Nederlandse implementatie van de Databank-richtlijn', *Computerrecht* 1999, p. 15.

25 T. Cohen Jehoram, 'Geen groot en verrassend nieuws', *B9* 10954; P.B. Hugenholtz, 'Ook niet verbaasd', *B9* 10958; D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele Eigendom', *NJB* 2012, p. 1049; Derclaye zie noot 7.

26 Onder meer Hirsch Ballin in zijn noot bij HR 25 juni 1965 (*Televisier*), *Ars Aequi* 1966, p. 349; S. Gerbrandy, *Auteursrecht in de steigers*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 49-50; H. Cohen Jehoram, 'Schrap één onzalig woordje uit de Auteurswet 1912', *NJB* 1992, p. 1543.

27 Vergelijk F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer: Kluwer 1986 (diss. Universiteit Utrecht), p. 305-306; D.W.F. Verkade, 'Preadvis Gegevensbescherming en privaatrecht', in: *Gegevensbescherming*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1988, deel 1, p. 48-53; Th.C.J.A. van Engelen in: *Gegevensbescherming*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1988, deel 2, p. 35; P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989 (diss. Universiteit van Amsterdam), p. 178; J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 60.

28 HR 27 juni 1986 (*Decca/Holland Nautic*), *NJ* 1987, 191 m.n.t. E. van Nieuwenhoven Helbach.

per wordt beschouwd). Haar ratio is de bescherming van investeringen in de opschriftstelling en velen zijn daarom van mening dat ze in wezen een vorm van ongeoorloofde mededingingsbescherming is.²⁹ Een belangrijk verschil is echter dat de geschriftenbescherming aanspraak geeft op een subjectief recht en daarmee lijkt ze juist op het exclusieve auteursrecht. Daarop is ook haar beschermingsomvang geïnspireerd; de Hoge Raad heeft in zijn radioprogramma-arresten bepaald dat de geschriftenbescherming een minder ruime vorm van auteursrecht is (ze beschermt alleen tegen (bijna-)letterlijke ontlening), waarop niet alle bepalingen van de Auteurswet zonder meer van toepassing zijn; dit moet per voorschrift naar de strekking ervan worden beoordeeld. Bovendien geldt de bescherming alleen voor onpersoonlijke geschriften die openbaar gemaakt zijn of bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden. Daarnaast is ten aanzien van de onpersoonlijke geschriften een kortere beschermingsduur en de afwezigheid van morele rechten bepleit, maar de handhavingsinstrumenten uit de Auteurswet zouden daarop wel van toepassing zijn, waarmee de geschriftenbescherming effectiever zou zijn bij optreden tegen inbreuk dan ongeoorloofde mededingingsbescherming.³⁰ Gezien haar hybride kenmerken valt, kortom, moeilijk definitief uitsluitel te geven over de vraag of de geschriftenbescherming een vorm van auteursrecht dan wel van ongeoorloofde mededingingsbescherming is; van beide heeft ze immers trekken.

Slot

Na het *Infopaq*-arrest kwam het *Football Dataco*-arrest niet als een verrassing, te minder omdat de Databankrichtlijn al een geharmoniseerd originaliteitscriterium voorschreef. Of dit arrest noodzaakt tot afschaffing van de geschriftenbescherming voor databanken hangt af van de vraag of zij als een vorm van auteursrecht of als (door de richtlijn onverlet gelaten) ongeoorloofde mededingingsbescherming moet worden beschouwd. Definitief uitsluitel is niet gemakkelijk te geven omdat de geschriftenbescherming hybride trekken heeft.

Voor afschaffing valt niettemin veel te zeggen. De wetgever heeft de geschriftenbescherming in 1912 immers welbewust gecodificeerd in de Auteurswet en de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het een vorm van auteursrecht betreft. Bovendien heeft de wetgever in 1994 ook de geschriftenbescherming voor computerprogramma's afgeschaft op grond van een redenering die geheel in overeenstemming is met het *Football Dataco*-arrest. De wetgever stelde toen dat de betreffende Richtlijn een geharmoniseerd originaliteitscriterium voorschrijft en daarom geen plaats meer biedt aan de geschriftenbescherming. Nadat het *Football Dataco*-arrest was geweest, hebben T. Cohen Jehoram, Derclaye, Hugenholtz, Schaap en Visser (opnieuw) afschaffing van de geschriftenbescherming voor databanken bepleit.³¹ Daarbij komt dat er ingevolge het *Infopaq*-arrest bovendien reden kan zijn de geschriftenbescherming ook voor alle andere soorten onpersoonlijke geschriften af te schaffen. Dit alles zou de wetgever ruimschoots te denken moeten geven.

29 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989, p. 45 (hij vergelijkt de geschriftenbescherming met het naburig recht van de fonogrammenproducent); F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer: Kluwer 1986, p. 263; D.W.F. Verkade, 'Computerprogramma's in de Auteurswet 1912: het vierde regime...', *Computerrecht* 1992, p. 90; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 87; N. van Lingen, *Auteursrecht in*

hoofdlijnen, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2007, p. 59.

30 Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 87-88.

31 Zie noot 25 en het advies van Visser en Schaap gevoegd bij de brief van NDP Nieuwsmedia genoemd in noot 20.