

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 8 juni 2004 ¹

I — Opmerking vooraf

II — De toepasselijke regelingen

A — Gemeenschapsrecht

2. Artikel 1 van de richtlijn bevat bepalingen over het toepassingsgebied van de richtlijn. Het bepaalt onder meer:

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing is een van vier parallelle procedures ² over de uitlegging van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken ³ (hierna: „de richtlijn”). Evenals in de andere gaat het in deze procedure om het zogenoemde recht sui generis en de draagwijdte ervan op het gebied van sportweddenschappen.

„1. Deze richtlijn betreft de rechtsbescherming van databanken in ongeacht welke vorm.

2. In deze richtlijn wordt verstaan onder ‚databank’: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk.”

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — De andere zijn de zaken C-46/02, C-203/02 en C-444/02, waarin ik vandaag eveneens conclusie neem (arresten van 9 november 2004, Jurispr. blz. I-10365, I-10415, I-10549).

3 — PB L 77, blz. 20.

3. Hoofdstuk III met de artikelen 7 tot en met 11 regelt het recht sui generis. Artikel 7 betreft het voorwerp van het recht en luidt:

„1. De lidstaten voorzien in een recht voor de fabrikant van een databank, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering, om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van die inhoud te verbieden.

2. In dit hoofdstuk wordt:

a) onder ‚opvraging’ verstaan, het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm;

b) onder ‚hergebruik’ verstaan, elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank

of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, onlinetransmissie of in een andere vorm. De eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een databank door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht om controle uit te oefenen op de doorverkoop van die kopie in de Gemeenschap.

Openbare uitlening wordt niet als opvraging of hergebruik beschouwd.

3. Het in lid 1 bedoelde recht kan overgedragen, afgestaan of contractueel in licentie gegeven worden.

[...]

5. Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met een normale exploitatie van die databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank, zijn niet toegestaan.”

4. Artikel 8 regelt de rechten en plichten van de rechtmatige gebruikers. Lid 1 van dit artikel bepaalt:

„De fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken. Voorzover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen en/of te hergebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.”

5. Artikel 9 bepaalt, dat de lidstaten uitzonderingen op het recht sui generis kunnen bepalen.

B — *Nationaal recht*

6. Het auteursrecht is in Zweden geregeld bij Lagen om upphovsrät till litterära verk och konstnärliga verk (1960:729; wet betreffende de eigendomsrechten op werken van letterkunde en kunst; hierna: „auteurswet”), die ook bepalingen inzake de zogenoemde naburige rechten bevat. Een verzameling

gegevens kan volgens § 49 auteurswet onder een recht sui generis vallen wanneer zij niet de voor de auteursrechtelijke bescherming vereiste oorspronkelijkheid of zelfstandigheid bezit.

7. Volgens § 49, lid 1, heeft de maker van een verzameling, een tabel of een soortgelijk werk, waarin een groot aantal gegevens zijn geordend of die/dat het resultaat is van een substantiële investering, het uitsluitend recht dit werk te verveelvoudigen en openbaar te maken. De huidige versie van de bepaling is het resultaat van een op 1 januari 1998 in werking getreden wetwijziging (SFS 1997:790), waarmee de richtlijn werd geïmplementeerd. De bepalingen van § 49 van de auteurswet zijn bij die gelegenheid ook gewijzigd in zoverre zij beperkingen van het uitsluitend recht en de beschermingsduur betroffen.

8. Volgens de vóór de wetwijziging geldende zogenoemde catalogoogbescherming in § 49 auteurswet mochten verzamelingen, tabellen of dergelijke werken waarin een groot aantal gegevens zijn geordend, niet zonder toestemming van de maker worden verveelvoudigd. Na de wijziging van § 49 bestaat er evenals vroeger bescherming voor omvangrijke gegevensverzamelingen, en bovendien bescherming voor werken die het resultaat zijn van een substantiële investering. De bescherming van de auteurswet reikt dus verder dan het recht sui generis van de richtlijn. De beschermingsomvang sluit aan bij de regeling die volgens § 2

auteurswet voor het auteursrechtelijk beschermde werk geldt en omvat het uitsluitend recht om het werk te veeleelvouden en openbaar te maken. De bepaling beoogt te voorzien in de door de richtlijn geregelde bescherming tegen opvragen en hergebruik. Volgens de voorstukken van de wetswijziging gaat de bescherming zelfs nog verder dan ingevolge de richtlijn eigenlijk nodig is.

stantieel deel ervan. Een herhaald gebruik van op zich niet-substantiële delen van een werk kan echter in zijn totaliteit als gebruik van een substantieel deel worden aangemerkt.

III — De feiten en het hoofdgeding

A — Algemeen

9. Naar het oordeel van de verwijzende rechter komt de wetstekst niet geheel overeen met artikel 7, lid 5, van de richtlijn.⁴ In de voorstukken van de wetswijziging wordt wel de vraag opgeworpen, wat met „niet-substantieel” wordt bedoeld. Daar wordt uiteengezet dat § 49 niet de gegevens beschermt die in het werk zijn verzameld, maar dat het werk zelf dan wel een substantieel deel ervan, voorwerp van de bescherming is. Voorts wordt daar opgemerkt, dat het uitsluitend recht niet het kopiëren van afzonderlijke gegevens uit het werk omvat, evenmin als het openbaar maken door uitzenden van een niet-sub-

stantieel deel ervan. Een herhaald gebruik van op zich niet-substantiële delen van een werk kan echter in zijn totaliteit als gebruik van een substantieel deel worden aangemerkt.

10. De beroepsvoetbalwedstrijden in de hoogste competitie worden in Engeland georganiseerd door „The Football Association Premier League Limited” en „The Football League Limited” en in Schotland door „The Scottish Football League”. De Premier League en de Football League (met Division One, Division Two en Division Three) omvatten samen vier divisies. Vóór elk speelseizoen worden de wedstrijdkalenders voor de in elke divisie te spelen wedstrijden opgesteld. De gegevens worden elektronisch opgeslagen en zijn voor iedereen toegankelijk. De wedstrijdkalenders worden onder meer in brochures afgedrukt, zowel chronologisch als per elftal dat in de betrokken divisie speelt. De wedstrijden worden aangegeven in de vorm X tegen Y (bijvoorbeeld Southampton tegen Arsenal). Verdeeld over 41 weken, vinden er per seizoen ongeveer 2000 ontmoetingen plaats.

4 — Zo wordt in de literatuur op een onnauwkeurigheid in de Zweedse implementatie gewezen, zie Jens-Lienhard Gaster, „European Sui Generis Right for Databases”, in: *Computer und Recht. International 2001*, blz. 74, 75; Gunnar W. G. Karnell, „The European Sui Generis Protection of Data Bases”, in: *Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 2002*, blz. 983, 995.

11. De organisatoren van de Engelse en de Schotse voetbalcompetitie hebben de Schotse vennootschap Football Fixtures Limited opdracht gegeven het gebruik van de wedstrijdkalenders door middel van het verlenen van licenties e.d. te regelen. Football Fixtures Limited heeft haar rechten op het beheer en het gebruik buiten Groot-Brittannië weer overgedragen aan Fixtures Marketing Limited (hierna: „Fixtures”).

op de immateriële rechten van The F. A. Premier League Limited, The Football League Limited en The Scottish Football League.

14. Svenska Spel brengt daartegen in, dat de wedstrijdkalenders niet onder de bescherming van § 49 auteurswet vallen en dat zij met het gebruik van gegevens betreffende de wedstrijden hoe dan ook niet onrechtmatig handelt.

B — *Bijzonderheden*

12. De Svenska Spel AB (hierna: „Svenska Spel”) organiseert in Zweden een voetbal-toto, waarbij men op de uitslagen van voetbalwedstrijden van, onder meer, de Engelse en Schotse voetballiga's kan wedden. De wedstrijden van de liga's worden bij de spelen Stryktipset en Måltipset op de toto-formulieren en bij het spel Oddset in een apart programmaboekje afgedrukt.

15. Fixtures dagvaardde in februari 1999 Svenska Spel voor Gotlands tingsrätt en vorderde een passende vergoeding voor het gebruik van de gegevens van de wedstrijdkalenders in de periode van 1 januari 1998 tot 16 mei 1999. Fixtures stelde, dat de databanken met de gegevens van de wedstrijdkalenders door § 49 auteurswet werden beschermd en dat Svenska Spel door haar vermeldingen op de totoformulieren gegevens had opgevraagd en/of hergebruikt op een wijze die inbreuk maakte op het uitsluitend recht op de databanken.

13. Volgens Fixtures zijn de twee databanken — een voor alle Engelse en een voor alle Schotse divisies — met de gegevens waarop de wedstrijdkalenders zijn gebaseerd, in de zin van § 49 auteurswet beschermd en maakt Svenska Spel, door gebruik te maken van de gegevens uit de wedstrijdkalenders, inbreuk

16. Svenska Spel verweerde zich met te zeggen, dat de wedstrijdkalenders niet onder de catalogoebeschermtig overeenkomstig § 49 auteurswet vielen, omdat het daarbij noch om een ordening van een groot aantal gegevens noch om het resultaat van een substantiële investering ging. De investeringen in de vorm van arbeid en kosten waren gedaan met het oog op de planning van de

voetbalwedstrijden; de mogelijkheid om de wedstrijden nog voor een ander spel te gebruiken, was ten opzichte van het doel van de investering een bijproduct. Bovendien had Svenska Spel door de gegevens over de wedstrijden te gebruiken, niet onrechtmatig gehandeld.

17. Het Tingsrätt verwierp het beroep bij vonnis van 11 april 2000. Het oordeelde dat de wedstrijdkalenders onder de catalogoogbescherming vielen, omdat het daarbij ging om een ordening waarvoor een substantiële investering noodzakelijk was geweest, maar het besliste dat de rechten van Fixtures door het gebruik dat Svenska Spel van de gegevens betreffende de wedstrijdkalenders maakte, niet werden geschonden.

18. Op het beroep van Fixtures bevestigde Svea hovrätten bij arrest van 3 mei 2001 de beslissing in eerste aanleg. Zonder uitdrukkelijk een standpunt te bepalen ten aanzien van de vraag of de wedstrijdkalenders onder de bescherming van § 49 auteurswet vielen, overwoog het, dat bij het onderzoek van de zaak was gebleken dat Svenska Spel dezelfde gegevens gebruikte als in de databank waren opgeslagen, maar dat niet bewezen was, dat er iets uit de inhoud van de databank was overgenomen en aldus inbreuk was gemaakt op de catalogoogbescherming waaronder die databank mogelijkwerijs viel.

19. Tegen het arrest van Svea hovrätten stelde Fixtures hoger beroep in bij Högsta domstolen en vorderde zij toewijzing van het door haar gevorderde. Zij stelde, dat de wedstrijdkalenders als verzameling van een groot aantal gegevens en als resultaat van een substantiële investering in de vorm van arbeid en kosten beschermd zijn; daarbij mag geen onderscheid worden gemaakt tussen de arbeid die met de planning van de wedstrijden is verbonden, en die welke voor de opstelling van de wedstrijdkalenders noodzakelijk is. Het doel van de investering is irrelevant. Ook de mogelijkheid om de databank voor de toto te benutten, is ten opzichte van het eigenlijke doel van de investering geen bijproduct. Fixtures legde een overzicht voor van de tijd, de arbeid en de kosten die de opstelling van de wedstrijdkalenders had gevergd. De kosten van de opstelling en het beheer van de wedstrijdkalenders in Engeland bedroegen ongeveer 11,5 miljoen GBP per jaar, en de inkomsten uit licenties voor de in de Engelse databank opgeslagen gegevens betreffende de wedstrijdkalenders 7 miljoen GBP per jaar. Verder is het voor de vraag of Svenska Spel de wedstrijdkalenders heeft gebruikt, van geen belang of de gegevens aan andere bronnen dan de wedstrijdkalenders zijn ontleend, daar zij uiteindelijk daaruit afkomstig zijn.

20. Met betrekking tot het gebruik van de gegevens van de wedstrijdkalenders door Svenska Spel zet Fixtures onder meer uiteen,

dat in het seizoen 1998/99 voor het spel Oddset in totaal 769 wedstrijden werden gebruikt, wat overeenkomt met 38 % van alle wedstrijden in de kalenders van de Engelse liga's. Voor het spel Måltipset werden 921 wedstrijden gebruikt, overeenkomend met 45 % van het totale aantal wedstrijden. Voor het spel Stryktipset werden 425 wedstrijden gebruikt, ofwel 21 % van de wedstrijden in de Engelse databank. Het aandeel van de gebruikte wedstrijden uit de hoogste liga's (Premier League) in Engeland en Schotland is nog hoger en bedraagt voor de Premier League in Engeland respectievelijk 90 %, 72 % en 71 % van de bovengenoemde wedstrijden. De winst die Svenska Spel met de drie genoemde spelen maakt, bedraagt in elk geval 600 tot 700 miljoen SEK per jaar.

21. Fixtures stelt primair, dat Svenska Spel, door het hergebruik van gegevens betreffende de wedstrijden op de totoformulieren een substantieel deel van de databank opvraagt, en subsidiair, dat het hier een herhaald en systematisch opvragen en hergebruik van delen van de inhoud van de databank betreft, wat in strijd is met een normale exploitatie van de databank en waardoor ongerechtvaardigde schade aan de belangen van de voetballiga's wordt toegebracht.

22. Svenska Spel wijst de vordering van Fixtures af met het betoog, dat de verrichte investering betrekking had op de opstelling van de wedstrijdkalenders, en niet op de verkrijging, de controle en/of de presentatie

van de in die kalenders verwerkte gegevens. De eigenaars van de databank behoefden geen gegevens te verzamelen, te controleren en te ordenen, daar deze beschikbaar waren in de vorm van wedstrijdkalenders die zelfstandig en onafhankelijk van de databanken na overleg tussen verschillende partijen tot stand waren gekomen. De databanken zijn evenmin als een geordend geheel van een groot aantal gegevens beschermd. Svenska Spel heeft geen kennis van het bestaan van bedoelde databanken; de vermeldingen op de totoformulieren zijn overgenomen uit Britse en Zweedse kranten, uit tv-teksten, of zijn afkomstig van de betrokken voetballiga's, van een nieuwsdienst en ten slotte uit de uitgave „Football Annual”. Bovendien is de informatie over de ontmoeting tussen twee voetbalteams op een bepaald tijdstip voor iedereen vrij toegankelijk en kan zij noch door een auteursrecht noch door een recht sui generis worden beperkt. Wat de rechtsschending betreft, betoogt Svenska Spel, dat er geen verveelvoudiging heeft plaatsgehad, daar op de totoformulieren niet de volledige wedstrijdkalenders of een substantieel deel ervan wordt vermeld. Het is onjuist om bij de beoordeling van de omvang van de exploitatie meerdere totoformulieren tezamen te beschouwen. Ten slotte betwist Svenska Spel, dat het in casu om een herhaald gebruik van een niet-substantieel deel van het werk in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn gaat.

23. Volgens de verwijzende rechter betreft het geding zowel de vraag of de databanken

die de aan de wedstrijdkalenders ten grondslag liggende gegevens bevatten, onder de bescherming van § 49 auteurswet vallen, als de vraag of het gebruik dat Svenska Spel van wedstrijdgegevens maakt, inbreuk maakt op een recht van de fabrikant van de databank.

IV — De prejudiciële vragen

25. Högsta domstolen verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

24. De noodzaak van de prejudiciële verwijzing motiveert de verwijzende rechter hiermee, dat § 49 auteurswet de richtlijn beoogt te implementeren en in het licht van de richtlijn moet worden uitgelegd. De tekst van de richtlijn biedt geen houvast als het erom gaat te bepalen, welk belang het doel van de databank heeft voor de vraag van de auteursrechtelijke bescherming. Ook maakt de richtlijn niet duidelijk, welke soort van investeringen in de vorm van arbeid en kosten in aanmerking moet worden genomen bij de vraag of er van een substantiële investering sprake is. Verder is onduidelijk, hoe de formuleringen „opvraging en/of hergebruik [van de databank of een substantieel deel ervan]”, respectievelijk „normale exploitatie” en „[door het] opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank [...] ongerechtvaardigde schade [toebrengen]” moeten worden uitgelegd.

„1) Kan voor de beoordeling van de vraag of een databank het resultaat is van een ‚substantiële investering’ in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken [...], ten gunste van de fabrikant van een databank een investering in aanmerking worden genomen die primair de samenstelling van een ten opzichte van de databank zelfstandig geheel tot doel heeft, en die derhalve niet uitsluitend betrekking heeft op de verkrijging, de controle en/of de presentatie van de inhoud van de databank? Zo ja, maakt het dan verschil, of de investering geheel of gedeeltelijk een voor de databank noodzakelijke voorwaarde vormt?

Svenska Spel AB heeft in casu aangevoerd, dat de investering van Fixtures Marketing Limited in eerste instantie verband houdt met de opstelling van de wedstrijdkalenders voor de Engelse en de Schotse voetballiga's en niet met de databanken waarin de gegevens worden opgeslagen. Volgens Fixtures Marketing Limited mag geen onderscheid worden gemaakt tussen de arbeid en de kosten

in verband met de planning van de competitie, en de arbeid en de kosten in verband met de uitwerking van de wedstrijdkalenders in de databanken.

- 2) Is de bescherming van de databank krachtens de richtlijn beperkt tot de activiteiten die vallen onder het doel dat de fabrikant van de databank met het aanleggen daarvan beoogde?

Svenska Spel AB heeft aangevoerd, dat Fixtures Marketing Limited met het aanleggen van de databank niet beoogde de voetbaltoto of een ander kansspel te vergemakkelijken, maar dat dit een bijproduct van het doel van de investering is. Volgens Fixtures Marketing Limited is het irrelevant met welk doel een investering is verricht. Voor het overige betwist zij dat de mogelijkheid om de databank voor kansspelen te gebruiken, een bijproduct van het eigenlijke doel van de investering in de databank is.

- 4) Strekt de bescherming tegen ‚de opvraging en/of het hergebruik‘ van de inhoud van een databank krachtens artikel 7, leden 1 en 5, van de richtlijn zich enkel uit tot gebruik dat rechtstreekse exploitatie van de databank impliceert, of ziet de bescherming ook op gevallen waarin de inhoud afkomstig is uit een andere bron (secundaire bron) of voor het publiek algemeen toegankelijk is?

Svenska Spel AB heeft aangevoerd, dat zij het bestaan van de betrokken databanken niet kende en de gegevens op de totoformulieren uit andere bronnen heeft verkregen, alsmede dat op de totoformulieren niet de volledige wedstrijdkalenders of een substantieel deel ervan worden vermeld. Volgens Fixtures Marketing Limited is het voor de beoordeling irrelevant of de gegevens uit andere bronnen dan de wedstrijdkalenders zijn verkregen, daar zij uiteindelijk hieruit afkomstig zijn.

- 3) Wat moet worden verstaan onder ‚een in kwalitatief en/of kwantitatief opzicht substantieel deel van [de] inhoud [van de databank]‘ in artikel 7, lid 1, van de richtlijn?

- 5) Hoe moeten de begrippen ‚normale exploitatie‘ en ‚ongerechtvaardigde schade‘ in artikel 7, lid 5, van de richtlijn worden uitgelegd?

Fixtures Marketing Limited heeft aangevoerd, dat Svenska Spel AB voor commerciële doeleinden de inhoud van de databank herhaaldelijk en systematisch heeft opgevraagd en hergebruikt, wat in strijd is met een normale exploitatie, en dat zij daarmee ongerechtvaardigde schade aan de voetballiga's heeft toegebracht. Volgens Svenska Spel AB is het onjuist om voor de beoordeling meerdere totoformulieren tezamen te beschouwen; zij betwist dat het gebruik in strijd is met artikel 7, lid 5, van de richtlijn."

artikel 234 EG, die op een duidelijke taakverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof van Justitie berust, de beoordeling van de concrete feiten tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter.⁵

28. Het Hof is dus niet bevoegd om over de feiten van het hoofdgeding te beslissen of de door hem uitgelegde gemeenschapsvoorschriften op nationale regelingen of situaties toe te passen, daar dit de uitsluitende bevoegdheid van de verwijzende rechter is. De beoordeling van bepaalde details met betrekking tot de in geding zijnde databanken vergt een feitelijke beoordeling, die de nationale rechter dient te verrichten.⁶ Voor het overige is het Hof bevoegd de gestelde vragen te beantwoorden.

V — De ontvankelijkheid

26. Op enkele punten hebben de prejudiciële vragen geen betrekking op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, dus van de richtlijn, maar op de toepassing van de richtlijn op een concreet geval. In zoverre ben ik het eens met de Commissie, dat in het kader van een prejudiciële procedure overeenkomstig artikel 234 EG dat laatste niet de taak van het Hof, maar van de nationale rechter is, en dat het Hof zich in deze procedure tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht moet beperken.

27. Immers, volgens vaste rechtspraak van het Hof behoort in de procedure krachtens

VI — De gegrondheid — Beoordeling

29. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechter betreffen de uitlegging van een reeks bepalingen van de richtlijn, in wezen de

5 — Arresten van 15 november 1979, Denkvit (36/79, Jurispr. blz. 3439, punt 12); 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzaro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punt 37); 22 juni 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Jurispr. blz. I-4785, punt 31), en 16 oktober 2003, Traunfellner (C-421/01, Jurispr. blz. I-11941, punten 21 e.v.).

6 — Zie arrest van 4 december 2003, EVN (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 59).

uitlegging van bepaalde begrippen. De aspecten die daarbij ter sprake komen, behoren tot verschillende gebieden en moeten dienovereenkomstig worden geordend. Terwijl enkele rechtsvragen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn betreffen, hebben andere betrekking op de voorwaarden waaronder het recht sui generis functioneert, en op de inhoud van dit recht.

gefabriceerd, waarbij indirect ook de daartoe verrichte inspanning, dat wil zeggen de investering, wordt beschermd.⁷

A — *Voorwerp van bescherming: voorwaarden (eerste en tweede prejudiciële vraag)*

30. Voorwaarde voor de toepasselijkheid van het in artikel 7 van de richtlijn bedoelde recht sui generis, is dat de databank aan de in die bepaling vastgelegde criteria voldoet, en het is de uitlegging van enkele van die criteria die in deze procedure aan de orde is.

31. In dit verband wil ik herinneren aan de juridische discussie over de vraag of dat recht sui generis dient ter bescherming van de prestatie, dat wil in wezen zeggen de werkzaamheid bestaande in het fabriceren van een databank, of van het daardoor voortgebrachte resultaat. De richtlijn, zo merk ik op, beschermt databanken respectievelijk de inhoud ervan, doch niet de daarin opgeslagen informatie als zodanig. Uiteindelijk gaat het dus om de bescherming van wat is

32. De in artikel 7 van de richtlijn genoemde voorwaarden komen bij die welke in artikel 1, lid 2, zijn omschreven. Daardoor is de definitie van het beschermde voorwerp enger dan die van „databank” in de zin van artikel 1.

33. Het door de richtlijn ingevoerde recht sui generis gaat terug op de Noordse catalogorechten en de Nederlandse „geschriftenbescherming”. Dit mag ons er echter niet toe verleiden, de in de doctrine en de rechtspraak in verband met deze oudere regelingen ontwikkelde inzichten in de richtlijn terug te willen vinden. Het is integendeel de richtlijn die maatstaf voor de uitlegging van het nationale recht moet zijn, ook in lidstaten waar al vóór de richtlijn soortgelijke bepalingen golden. Ook in deze lidstaten moesten de nationale regelingen aan het model van de richtlijn worden aangepast.

7 — Malte Grützmacher, *Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken*, 1999, blz. 329; Georgios Koumantos, “Les bases de données dans la directive communautaire”, *Revue internationale du droit d'auteur* 1997, blz. 79, 117. Anderen zien daarentegen de investering als voorwerp van bescherming (aldus Silke van Lewinski, in: Michel M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, paragraaf 3 ad artikel 7, en de bij Grützmacher op blz. 329 in voetnoot 14 aangehaalde literatuur).

1. „Substantiële investering”

34. Een sleutelbegrip bij de bepaling van het voorwerp van het recht sui generis is de term „substantiële investering” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Dit criterium wordt nader gepreciseerd door de toevoeging dat de investering in „kwalitatief of kwantitatief opzicht” substantieel moet zijn. Wettelijke definities van deze twee alternatieven ontbreken echter in de richtlijn. Duidelijkheid op dit punt wordt in de doctrine van het Hof verwacht. Deze verwachting is zonder meer legitiem, want alleen zo is een autonome en eenvormige uitlegging binnen de Gemeenschap gewaarborgd. Daarbij mag men echter niet over het hoofd zien dat de toepassing van de uitleggingscriteria uiteindelijk de taak van de nationale rechterlijke instanties is, wat het gevaar van verschillende toepassing meebrengt.

35. Zoals reeds uit de structuur van artikel 7, lid 1, van de richtlijn blijkt, moet het begrip „substantiële investering” relatief worden opgevat. Volgens de motivering van het gemeenschappelijk standpunt waarin deze bepaling haar definitieve formulering kreeg, moesten de investeringen worden beschermd die voor de opslag en verwerking van de inhoud van een databank zijn verricht.⁸

36. De investeringen moeten dus betrekking hebben op bepaalde activiteiten in verband met de fabricage van een databank. Artikel 7 noemt er in dit verband drie: het verkrijgen,

controleren en presenteren van de inhoud van de databank. Daar deze definitiebestanddelen het onderwerp zijn van een andere prejudiciële vraag, zal ik hier niet op de betekenis ervan ingaan.

37. Welke soorten investeringen bedoeld kunnen zijn, blijkt uit punt 40 van de considerans van de richtlijn. Het laatste zinsdeel daarvan luidt: „[...] deze investering [kan] een kwestie [...] zijn van geld en/of tijd, moeite en energie”. Volgens punt 7 van de considerans gaat het om „aanzienlijke menselijke, technische en financiële inspanningen”.

38. Verder moet ook de term „substantieel” relatief worden begrepen, en wel enerzijds met betrekking tot de kosten en de afschrijving⁹ en anderzijds in verhouding tot de omvang, de soort en de inhoud van de databank en de materie waarop zij betrekking heeft.¹⁰

8 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, door de Raad vastgesteld op 10 juli 1995 (PB C 288, blz. 14).

9 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 9 ad artikel 7.

10 — Koumantos, o.c., blz. 119.

39. Beschermd worden dus niet slechts investeringen die absoluut gezien een hoge waarde vertegenwoordigen.¹¹ Toch mag het criterium „substantieel” niet enkel maar relatief worden opgevat. Als een soort minimalisering stelt de richtlijn voor beschermde investeringen namelijk ook een absolute ondergrens.¹² Dat valt af te leiden uit punt 19 van de considerans, volgens hetwelk de investering „voldoende substantieel” moet zijn.¹³ Deze ondergrens moet echter wel laag worden gelegd. Dat suggereert in de eerste plaats punt 55 van de considerans¹⁴, waarin een precisering omtrent de hoogte ontbreekt. In de tweede plaats volgt dat ook uit de omstandigheid dat de richtlijn een harmonisatie van verschillende stelsels tot stand moet brengen. In de derde plaats zou een te hoge ondergrens de functie van de richtlijn — een stimulans voor investeringen bieden — verzwakken.

40. In verschillende schriftelijke opmerkingen wordt uitgegaan van de zogenoemde „spin-off-theorie”, volgens welke bijproducten niet onder de bescherming vallen. Licentierechten mogen enkel worden verlangd voorzover zij ertoe dienen, de investeringen terug te verdienen. Deze belanghebbenden hebben erop gewezen dat de in geding zijnde databank nodig is voor het organiseren van sportwedstrijden, dat wil

zeggen voor dit doel is gefabriceerd. De investering dient het organiseren van wedstrijden en niet of niet uitsluitend de fabricage van de databank. De investering zou in elk geval zijn verricht, ook omdat er een verplichting met betrekking tot dat organiseren bestaat. De databank is dus slechts een bijproduct op een andere markt.

41. Wij zullen hier dus moeten nagaan, of en hoe de zogenoemde spin-off-theorie een rol kan spelen bij de uitlegging van de richtlijn en in het bijzonder van het recht sui generis. Gezien de in deze zaak geformuleerde bedenkingen met betrekking tot de bescherming van databanken die niet meer dan bijproducten zijn, lijkt het mij gewenst de spin-off-theorie te ontmythologiseren. Afgezien van nationale wortels, kan deze theorie om te beginnen in verband worden gebracht met het in de considerans van de richtlijn (punten 10-12) omschreven doel, te weten investeringen stimuleren door de bescherming ervan te verbeteren. Zij berust echter ook op de gedachte, dat investeringen door inkomsten uit de hoofdactiviteit moeten worden terugverdiend. En ten slotte is er een verband met de omstandigheid dat de richtlijn slechts die investeringen beschermt, welke onder meer voor het verkrijgen van de inhoud van een databank noodzakelijk zijn.¹⁵ Al deze argumenten hebben hun waarde en moeten bij de uitlegging van de

11 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 11 ad artikel 7.

12 — Josef Krähn, *Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken, unter besonderer Berücksichtigung des sui-generis-Rechts*, 2001, blz. 138 e.v.; Matthias Leistner, "The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right", *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2000, blz. 958.

13 — Karnell, o.c., blz. 994.

14 — J. van Manen, "Substantial Investments", in: *Allied and in friendship: for Teartse Schaper*, 2002, blz. 123, 125.

15 — Zie hiervoor P. Bernt Hugenholtz, „De spin-off theorie uitgesponnen”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht* 2002, blz. 161 e.v.

richtlijn worden meegenomen. Dat mag er echter niet toe leiden dat elk spin-off-effect uitsluitend met beroep op een theorie wordt uitgesloten. Voor de uitlegging van de richtlijn zijn en blijven de voorschriften ervan beslissend.

43. Maar ook elders in de considerans waar naar investeringen wordt verwezen en het belang ervan wordt beklemtoond, zoals in de punten 12, 19 en 40, is geen aanwijzing te vinden dat de bescherming van een databank van het doel ervan afhangt.

42. Voor de oplossing van het door deze zaak opgeworpen rechtsprobleem is verder van belang, of de verlening van bescherming aan een databank van de bedoeling van de fabrikant of van het doel van de databank afhangt, wanneer deze niet samenvallen. Dienaangaande zou men kunnen volstaan met op te merken, dat de richtlijn noch in artikel 1 noch in artikel 7 over het doel van de databank spreekt. Had de communautaire wetgever een dergelijke voorwaarde willen stellen, dan had hij dat zeker gedaan. Want zowel artikel 1 als artikel 7 bewijst, dat de communautaire wetgever stellig bereid was een reeks voorwaarden vast te leggen. Het doel van de databank is dus geen criterium voor de beoordeling van de vraag of zij onder de bescherming valt. Doorslaggevend zijn juist de in artikel 7 genoemde voorwaarden. Daaraan kan ook het door sommigen aangehaalde punt 42 van de considerans niets veranderen. In de eerste plaats gaat het daar om de draagwijdte van het recht sui generis en in de tweede plaats komt het ook hierbij erop aan, dat de investering niet wordt geschaad.

44. In de praktijk kunnen er bovendien ook fabrikanten zijn die met een databank meer dan één doel hebben. Het kan dan ook gebeuren dat de verrichte investeringen niet met één bepaald doel in verband kunnen gebracht of niet splitsbaar zijn. In dat geval zou het doelcriterium geen duidelijke oplossing bieden. Ofwel zou de investering onafhankelijk van een ander doel beschermd zijn ofwel wegens dat andere doel volledig onbeschermd. Het doelcriterium blijkt dus ofwel in de praktijk onbruikbaar ofwel onverenigbaar met het doel van de richtlijn. De uitsluiting van databanken die voor meer doelen bestemd zijn, zou immers ingaan tegen het doel investeringen te stimuleren. Investerings in multifunctionele databanken zouden daarmee enorm worden gedwarsboomd.

45. De hier in geding zijnde databank is een voorbeeld, dat de fabricage van de databank

ook met het doel van opstelling van wedstrijdkalenders plaatsvindt. Voor elk afzonderlijk doel een eigen, mogelijksterwijs bijna identieke databank inrichten zou ingaan tegen fundamentele economische overwegingen, en we mogen niet veronderstellen dat dat in de geest van de richtlijn zou zijn.

2. „Verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

47. Een van de geschilpunten in casu is, of er sprake is van verkrijging in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn. Volgens deze bepaling zijn immers enkel investeringen in de „verkrijging”, „controle” of „presentatie” van de inhoud van een databank beschermd.

48. Wij moeten uitgaan van dat wat krachtens het recht sui generis wil beschermen, te weten het fabriceren van een databank. Fabricage kan dan ook worden beschouwd als het algemeen begrip¹⁶, dat de verkrijging, de controle en de presentatie omvat.

46. De vraag of in het hoofdgeding van een substantiële investering sprake is, betreft de toepassing van bovengenoemde criteria op een concrete situatie. Volgens de taakverdeling in een prejudiciële procedure overeenkomstig artikel 234 EG is daarvoor de nationale rechter bevoegd. Bij de beoordeling van de investeringen in de databank moeten in elk geval de omstandigheden een rol spelen die bij de vaststelling van de wedstrijdkalender in aanmerking worden genomen, zoals de attractiviteit van de wedstrijd voor de toeschouwers, de belangen van de bookmakers, de commerciële exploitatie door de clubs, andere evenementen ter plaatse op de geplande datum, een passende geografische verdeling van de wedstrijden en het vermijden van problemen voor de openbare orde. Ten slotte moet ook met het aantal wedstrijden rekening worden houden. Het bewijs van de verrichte investeringen moet daarbij worden geleverd door degene die zich op het recht sui generis beroept.

49. In het hoofdgeding gaat het om een veel besproken juridisch probleem, namelijk of en — eventueel onder welke voorwaarden — in hoeverre de richtlijn niet slechts bestaande, maar ook door de fabrikant nieuw gecreëerde gegevens beschermt. Wanneer verkrijging enkel betrekking heeft op bestaande gegevens, dan geldt ook de bescherming van investeringen enkel voor de verkrijging van bestaande gegevens. Gaat men dus van dit begrip verkrijging uit, dan hangt de bescherming van de in geding zijnde databank ervan af, of bestaande gegevens zijn verkregen.

16 — Giovanni Guglielmetti, „La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE”, *Contratto e impresa. Europa*, 1997, blz. 177, 184.

50. Gaat men echter uit van het algemene begrip fabricage, dus het voorzien van de databank met inhoud¹⁷, dan kan het om zowel bestaande als nieuw gecreëerde gegevens gaan.¹⁸

51. Opheldering zou een vergelijking van het in artikel 7, lid 1, gebruikte begrip „verkrijging” met de in punt 39 van de considerans van de richtlijn genoemde activiteiten kunnen brengen. Ik moet er echter al meteen op wijzen, dat de verschillende taalversies uiteenlopen.

52. Gaat men uit van het in de Duitse versie van artikel 7, lid 1, gebruikte begrip „Beschaffung” (verkrijging), dan kan dat enkel bestaande gegevens betreffen, want het kan alleen slaan op iets wat al bestaat. Zo gezien is „Beschaffung” juist het tegendeel van „Erschaffung” (creëren). Tot hetzelfde resultaat komt men bij de Portugese, de Franse, de Spaanse en de Engelse versie, die alle een woord gebruiken dat op het latijnse „obtenere”, verkrijgen, teruggaat. Ook de Finse en de Deense versie pleiten voor een enge uitlegging. De door sommige partijen gekozen ruime uitlegging van de Duitse en de Engelse versie berust dan ook op een vergissing.

53. Meer aanwijzingen voor de juiste uitlegging van „verkrijging” in artikel 7, lid 1, van de richtlijn zijn te vinden in punt 39 van de considerans, waarmee het consideransgedeelte betreffende het voorwerp van het recht sui generis wordt ingeleid. Met betrekking tot de beschermde investeringen noemt punt 39 slechts twee activiteiten, te weten „verkrijgen” en „verzamelen” van de inhoud. Maar ook hier ontstaan er problemen door de verschillen tussen de taalversies. In de meeste wordt voor de als eerste genoemde activiteit hetzelfde begrip gebruikt als in artikel 7, lid 1. Voor het overige beschrijven de gebezigde begrippen niet steeds dezelfde activiteit, maar in de kern betreffen zij wel het zoeken en verzamelen van de inhoud van een databank.

54. De taalversies die in punt 39 van de considerans twee van artikel 7, lid 1, afwijkende begrippen gebruiken, moeten aldus worden uitgelegd, dat de twee genoemde activiteiten als subvormen van verkrijging in de zin van artikel 7, lid 1, zijn te beschouwen. Daarmee rijst dan wel de vraag, waarom punt 39 van de considerans enkel een nadere omschrijving van verkrijging geeft, maar niet van controle of presentatie. Deze laatste twee begrippen duiken eerst in punt 40 op.

17 — Andrea Etienne Calame, *Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften*, 2002, blz. 115, voetnoot 554.

18 — Grützmacher, o.c., blz. 330 e.v.; Matthias Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000, blz. 53 e.v.

55. De taalversies die in punt 39 van de considerans en in artikel 7, lid 1, hetzelfde begrip gebruiken, zal men daarentegen aldus moeten uitleggen dat het begrip „verkrijging” in punt 39 eng en in artikel 7, lid 1, ruim moet worden opgevat, dat wil zeggen mede de andere in punt 39 genoemde activiteit omvat.

zijn verkregen. De richtlijn beschermt de gegevensverkrijging immers ook, wanneer de gegevens niet met het oog op een databank zijn verkregen.²² Dit pleit er ook voor, een externe databank die op een interne databank is gebaseerd, onder de bescherming te brengen.

56. Alle taalversies laten dan ook een uitlegging toe waarbij „verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn weliswaar niet het loutere produceren, dat wil zeggen het genereren van gegevens omvat¹⁹, dus niet de voorbereidingsfase²⁰, maar wanneer het genereren van gegevens samenvalt met het verzamelen en ordenen ervan, valt dat wel onder de bescherming van de richtlijn.

58. Aan de hand van de hiervóór geschetste uitlegging van het begrip „verkrijging” zal de nationale rechter de activiteiten van Fixtures moeten beoordelen. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de kwalificatie van de gegevens en van wat ermee is gedaan, van het moment van verkrijging tot hun invoer in de in geding zijnde databank, alsook om de vraag hoe het vaststellen van de wedstrijdkalenders, dat wil in wezen zeggen het verzamelen van de namen van de teams, het bepalen van de paren en het vaststellen van plaats en tijd van elke wedstrijd, moet worden beoordeeld. Dat het in casu om bestaande gegevens gaat, lijkt mij te volgen uit het feit dat de wedstrijdkalender het resultaat is van overleg tussen een aantal partijen, in het bijzonder politie, voetbalclubs en fanclubs. Ook uit het feit dat de gegevens, zoals sommigen hebben betoogd, voor een ander doel dan de fabricage van de databank zijn gecreëerd, zou men kunnen afleiden dat het bestaande gegevens betreft.

57. In dit verband wil ik opmerken dat de spin-off-theorie niet kan worden gevolgd. Ook het doel waarmee de inhoud van de databank wordt verkregen, kan derhalve geen rol spelen.²¹ Dit betekent evenwel, dat bescherming ook dan mogelijk is wanneer de gegevens aanvankelijk voor een andere doel dan de fabricage van de betrokken databank

19 — Leistner, o.c., blz. 152.

20 — Guglielmetti, o.c., blz. 184; Karnell, o.c., blz. 993.

21 — Over de diverse meningen zie Hugenholtz, o.c., blz. 161, 164, voetnoot 19.

22 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 5 ad artikel 7.

59. Maar ook wanneer men de in geding zijnde activiteiten als het creëren van nieuwe gegevens kwalificeert, zou er toch sprake kunnen zijn van „verkrijging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn, en wel wanneer het creëren van de gegevens in de tijd samenvalt met het verwerken ervan en daar niet van kan worden gescheiden.

3. „Controle” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

60. Het gebruik van de databank zowel voor het organiseren van de wedstrijden als voor hun economische exploitatie vergt een doorlopende controle van de inhoud van de databank. Blijkens het dossier wordt de databank continu op juistheid gecontroleerd. Wanneer daarbij blijkt dat wijzigingen noodzakelijk zijn, worden de nodige aanpassingen aangebracht.

61. Dat sommige van die aanpassingen geen controle van de inhoud van de databank vormen, is geen probleem. Voor de toepasselijkheid van het recht sui generis is enkel vereist, dat sommige van de verrichte activiteiten als controle in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt en de substantiële investeringen tenminste ook op het onder artikel 7 valende gedeelte van de activiteiten betrekking hebben.

4. „Presentatie” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn

62. Voorwerp van het recht sui generis is naast het verkrijgen en de controle van de inhoud van een databank ook de „presentatie” ervan. Daartoe behoort niet slechts de presentatie voor de gebruiker van een databank, dus de externe opmaak, maar ook de conceptuele opmaak, zoals de structurering van de inhoud. Voor een betere ontsluiting van de gegevens dienen veelal een indexeringssysteem en een thesaurus. Zoals blijkt uit punt 20 van de considerans, kunnen ook zulke elementen, die het raadplegen van de databank vergemakkelijken, onder de bescherming van de richtlijn vallen.²³

B — *De inhoud van het recht sui generis*

63. Om te beginnen herinner ik eraan, dat het recht sui generis niet met het doel van harmonisatie is ingevoerd, maar dat daarmee welbewust een nieuw recht in het leven is geroepen²⁴, dat verder gaat dan de tot dan toe bestaande openbaarmakings- en vervoelvoudigingsrechten. Hiermee moet bij de

²³ — Calame, o.c., blz. 116.

²⁴ — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, reeds aangehaald.

uitlegging van de verboden handelingen rekening worden gehouden. De wettelijke definities in artikel 7, lid 2, van de richtlijn zijn daarom van bijzonder belang.

oorloofd zijn, zijn (1) opvraging en (2) hergebruik. Deze begrippen zijn nader gedefinieerd in artikel 7, lid 2, van de richtlijn.

64. Artikel 7 van de richtlijn bevat op het eerste gezicht twee groepen van verbodsbepalingen of, vanuit het standpunt van de rechthebbende, dat wil zeggen de fabrikant van een databank, twee verschillende groepen van rechten. Terwijl lid 1 een verbodsrecht met betrekking tot het substantiële deel van een databank vastlegt, verbiedt lid 5 bepaalde handelingen met betrekking tot niet-substantiële delen van een databank. Gaat men uit van de verhouding tussen substantieel en niet-substantieel, dan kan men lid 5 ook als uitzondering op de uit lid 1 resulterende uitzondering opvatten.²⁵ Lid 5 moet het ontduiken van het in lid 1 neergelegde verbod uitsluiten²⁶ en kan daarom ook als beschermingsclausule²⁷ worden bestempeld.

66. Het in artikel 7, lid 1, geregelde verbod is echter niet onbeperkt, maar onderstelt dat de ongeoorloofde handeling betrekking heeft op de gehele inhoud van een databank of een substantieel deel daarvan.

67. Uitgaande van het voor de toepassing van artikel 7, lid 1 en lid 5 beslissende criterium „substantieel” respectievelijk „niet-substantieel” deel, zal ik thans nader op die twee elementen ingaan. Aansluitend zal ik de in lid 1 en lid 5 verboden handelingen onderzoeken.

65. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn kent de fabrikant het recht toe bepaalde handelingen te verbieden. Dit impliceert tevens dat die handelingen ongeoorloofd zijn. Handelingen die verboden kunnen worden en dus onge-

1. „Substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn (derde prejudiciële vraag)

25 — Jens-Lienhard Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, 1999, paragraaf 492.

26 — Oliver Hornung, *Die EU-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht*, 1998, blz. 116 e.v.; Leistner, o.c., blz. 180; Von Lewinski, o.c., paragraaf 16 ad artikel 7.

27 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 20/95, reeds aangehaald.

68. Met deze vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van het begrip „substantieel deel van de inhoud van een databank” in de zin van artikel 7, lid 1, van de

richtlijn. Anders dan bij andere sleutelbegrippen geeft de richtlijn van dit begrip geen definitie. Deze is in de loop van het wetgevingsproces, nauwkeuriger gezegd bij het gemeenschappelijk standpunt, geschrapt.

69. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn voorziet in twee mogelijkheden. Naar al uit de tekst blijkt, kunnen er twee redenen zijn waarom het een substantieel deel betreft, een kwantitatieve en een kwalitatieve. Deze door de gemeenschapswetgever gekozen constructie moet aldus worden uitgelegd, dat een deel ook substantieel kan zijn wanneer het niet in kwantitatieve, maar wel in kwalitatieve zin substantieel is. De stelling, dat er ook steeds van een kwantitatief minimum sprake moet zijn, moet daarom worden afgewezen.

70. Bij het kwantitatieve alternatief gaat het om de vraag, hoe groot het opgevraagde/hergebruikte deel van de databank moet zijn om van een verboden handeling te kunnen spreken. De volgende vraag is dan, of dit relatief of absoluut moet worden gezien, dat wil zeggen of het betrokken gedeelte moet worden vergeleken met de gehele inhoud van de databank²⁸ of op zich moet worden beschouwd.

71. Een relatieve benadering zal in de regel nadelig zijn voor fabrikanten van grote databanken²⁹, want hoe omvangrijker de databank hoe minder substantieel het opgevraagde/hergebruikte deel. In zo'n geval zou een aanvullende kwalitatieve beoordeling van nut kunnen zijn bij de afweging, aangezien een relatief klein gedeelte toch kwalitatief substantieel kan zijn. Het is evenzeer mogelijk de twee kwantitatieve benaderingen te combineren en een relatief klein deel wegens de absolute grootte ervan toch als substantieel aan te merken.

72. Verder rijst de vraag, of de kwantitatieve met de kwalitatieve beoordeling kan worden gecombineerd. Deze vraag is echter enkel van belang voor de gevallen waarin een kwalitatieve beoordeling überhaupt mogelijk is. Er is dan niets op tegen om de betrokken delen volgens beide methoden te beoordelen.

73. Bij de kwalitatieve beoordeling speelt in elk geval de technische of economische waarde een rol.³⁰ Zo kan ook een vrij klein, maar qua waarde substantieel deel in aanmerking worden genomen. Met betrekking tot de waarde van lijsten op sportgebied kan

28 — Zie onder vele anderen Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

29 — Grützmacher, o.c., blz. 340.

30 — Gaster, o.c., paragraaf 495; Grützmacher, o.c., blz. 340; Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

bijvoorbeeld de volledigheid en nauwkeurigheid van die lijsten worden genoemd.

74. De economische waarde van een deel moet in de regel worden afgemeten aan de vermindering van de vraag³¹, die het gevolg is van het feit dat dat deel niet op marktvoorwaarden, maar op andere wijze wordt opgevraagd of hergebruikt. De economische waarde van het opgevraagde/hergebruikte gedeelte kan echter ook vanuit het standpunt van de handelende persoon worden beoordeeld, dat wil zeggen afgemeten aan wat deze zich door het opvragen/hergebruik heeft bespaard.

75. Gezien het doel van artikel 7 van de richtlijn — bescherming van de investering — moeten bij de beoordeling van het substantiële karakter steeds ook de door de fabrikant verrichte investeringen in aanmerking worden genomen.³² Naar uit punt 42 van de considerans van de richtlijn volgt, moet het verbod op het opvragen en hergebruik verhinderen dat schade aan de investeringen wordt toegebracht.³³

76. Voor de vaststelling van de waarde van het betrokken deel van een databank kan dus ook worden aangeknoopt bij de investeringen, in het bijzonder de verkrijgingskosten.³⁴

77. Ook voor de benedengrens van wat als substantieel is te beschouwen, ontbreekt in de richtlijn een definitie. De bepaling daarvan heeft de communautaire wetgever volgens de unanieme mening in de literatuur welbewust aan de rechtspraak overgelaten.³⁵

78. Of een deel substantieel is, mag echter niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van substantiële schade.³⁶ De desbetreffende verwijzing op één plaats in de considerans, namelijk aan het einde van punt 42, is waarschijnlijk niet voldoende om de beschermingsdrempel zo hoog te leggen. Overigens is het de vraag, of „substantiële schade” wel een criterium kan zijn voor de bepaling van wat een substantieel deel is, omdat punt 42 ook zo kan worden begrepen, dat „substantiële schade” een extra voorwaarde is in het geval dat al vaststaat dat het om een substantieel deel gaat. Zelfs het in punt 8 van de considerans genoemde effect van verboden handelingen, te weten

31 — Krähn, o.c., blz. 162.

32 — Guglielmetti, o.c., blz. 186; Krähn, o.c., blz. 161; Leistner, o.c., blz. 172.

33 — Volgens sommigen volstaat reeds de abstracte geschiktheid om schade toe te brengen, zie Leistner, o.c., blz. 173; verg. Herman M. H. Speyart, „De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland”, *Informatierecht — AMI* 1996, blz. 171, 174.

34 — Carine Doutrelepont, „Le nouveau droit exclusif du producteur de bases de données consacré par la directive européenne 96/9/CE du 11 mars 1996: un droit sur l'information?”, in: *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, 1999, blz. 903, 913.

35 — Doutrelepont, o.c., blz. 913; Gaster, o.c., paragraaf 496; Leistner, o.c., blz. 171; Von Lewinski, o.c., paragraaf 15 ad artikel 7.

36 — Zo evenwel Karnell, o.c., blz. 1000; Krähn, o.c., blz. 163.

„ernstige economische en technische gevolgen”, kan geen rechtvaardiging opleveren voor een al te strenge beoordeling op het punt van de schade. Beide overwegingen willen veel meer de economische noodzaak van de bescherming van databanken beklemtonen.

81. Bij een absolute benadering zouden de telkens opgevraagde/hergebruikte delen zo lang bij elkaar geteld moeten worden tot de drempel tussen niet-substantieel en substantieel wordt overschreden. Zo kan men bepalen, vanaf welk tijdsbestek gezegd kan worden dat het substantiële delen betreft.

79. Wat de waardebepaling van de in casu opgevraagde/hergebruikte delen van de databank betreft, staat het vast dat de handelingen elke week plaatsvinden. De vraag rijst dan, of bij een relatieve benadering die delen met het geheel van de databank of met het geheel van de de betrokken week vergeleken moeten worden. Ten slotte kan men zich voorstellen, dat alle wekelijks opgevraagde/hergebruikte delen voor het gehele wedstrijdseizoen worden gecumuleerd en dat dan het zo verkregen totaal met het geheel van de databank wordt vergeleken.

2. Verboden met betrekking tot het substantiële deel van de inhoud van een databank (vierde prejudiciële vraag)

82. Uit het in artikel 7, lid 1, van de richtlijn verankerde recht van de fabrikant om bepaalde handelingen te verbieden, kan een verbod van deze handelingen, te weten opvraging en hergebruik, worden afgeleid. In de considerans wordt gesproken van het „zonder toestemming” verrichten van deze handelingen.³⁷

80. Enkel een vergelijking op basis van hetzelfde tijdsbestek voor zowel het opgevraagde/hergebruikte deel als voor het geheel is dus in overeenstemming met een op het doel van het recht sui generis gerichte uitlegging. Een dergelijke vergelijking kan ofwel op weekbasis ofwel op basis van het gehele wedstrijdseizoen worden gemaakt. Wanneer het om meer dan de helft van de wedstrijden gaat, kan men het opgevraagde/hergebruikte deel in elk geval als substantieel aanmerken. Maar ook een kleiner aandeel dan de helft van alle wedstrijden kan volstaan, wanneer bijvoorbeeld het aandeel in sommige wedstrijdcategorieën, zoals de Premier League, groter is.

83. In het volgende gaat het om de uitlegging van de begrippen „opvraging” en „hergebruik” en daartoe zullen wij moeten uitgaan van de definities van artikel 7, lid 2, van de richtlijn. Ook hier moet weer aan het doel van de richtlijn, de instelling van een nieuw recht, worden herinnerd. Bij de uitlegging van de twee begrippen zullen wij ons dat doel steeds voor ogen moeten houden.

³⁷ — Bijvoorbeeld de punten 8, 41, 42, 45 en 46.

84. Voor beide verboden handelingen geldt, dat het doel of de bedoeling van degene die van de inhoud van de databank gebruik maakt, geen rol speelt. Het is dus ook niet van belang, of het gebruik zuiver commercieel is. Beslissend zijn uitsluitend de in de wettelijke definities genoemde elementen.

85. Eveneens geldt voor beide verboden handelingen, dat anders dan in artikel 7, lid 5, niet slechts herhaalde en systematische handelingen verboden zijn. Omdat de ingevolge lid 1 verboden handelingen substantiële delen van de inhoud van een databank moeten betreffen, stelt de gemeenschaps-wetgever aan deze handelingen geringere eisen dan in het kader van lid 5, dat voor niet-substantiële delen geldt.

86. In dit verband wijs ik op een weeffout in de richtlijn.³⁸ Omdat ook de definitie van artikel 7, lid 2, spreekt van het geheel of een substantieel deel, verdubbelt zij onnodig deze al in lid 1 genoemde voorwaarde. De definitie van artikel 7, lid 2, leidt in samenhang met artikel 7, lid 5, zelfs tot een contradictie. Lid 5 verbiedt immers het opvragen en hergebruik van niet-substantiële delen. Legt men nu opvragen en hergebruik uit overeenkomstig de definitie van artikel 7, lid 2, dan komt men tot het eigenaardige

resultaat, dat artikel 7, lid 5, bepaalde handelingen met betrekking tot niet-substantiële delen slechts verbiedt wanneer deze handelingen het geheel of substantiële delen betreffen.

87. In diverse opmerkingen is ook op het mededingingsaspect gewezen. Hierbij moet men bedenken, dat de definitieve tekst van de richtlijn niet meer de oorspronkelijk door de Commissie voorgestelde dwanglicentie-regeling bevat.

88. Bij de tegenstanders van een vergaande bescherming van de fabrikant van een databank bestaat de vrees dat zo'n vergaande bescherming het gevaar van monopolievorming, in het bijzonder bij vrij toegankelijke gegevens, in zich bergt. Zo zou een fabrikant met een machtspositie op de markt deze positie kunnen misbruiken. Ik wil hier eraan herinneren dat de richtlijn de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het primaire en het afgeleide recht niet uitsluit. Met de mededingingsregels strijdig gedrag van fabrikanten van databanken blijft aan die voorschriften onderworpen. Dat volgt zowel uit punt 47 van de considerans als uit artikel 16, lid 3, van de richtlijn, volgens hetwelk de Commissie onderzoekt of de toepassing van het recht sui generis tot misbruik van machtspositie of andere aantastingen van de vrije mededinging heeft geleid.

38 — Zie Koumantos, o.c., blz. 121.

89. In deze procedure is ook de vraag van de juridische behandeling van vrij toegankelijke gegevens opgeworpen. Op dat punt verdedigen juist de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, de opvatting, dat publieke gegevens niet door de richtlijn worden beschermd.

90. In dit verband wijs ik er in de eerste plaats op, dat de bescherming enkel voor de inhoud van databanken geldt en niet voor de gegevens. Het gevaar dat de bescherming zich ook tot de in de databank opgeslagen informatie gaat uitstrekken, kan worden voorkomen door enerzijds de richtlijn, zoals hier voorgesteld, op dat punt eng uit te leggen, terwijl anderzijds de verplichting bestaat in voorkomend geval de nationale en communautaire instrumenten van het mededingingsrecht aan te wenden.

91. Met betrekking tot de bescherming van gegevens die de inhoud vormen van een databank die de gebruiker van de gegevens niet kent, wijs ik erop, dat de richtlijn enkel bepaalde handelingen, namelijk opvragen en hergebruik, verbiedt.

92. Terwijl het in de richtlijn geregelde opvraagverbod onderstelt dat de gebruiker de databank kent, behoeft dat bij hergebruik niet het geval te zijn. Op dit probleem moeten wij dus bij de bespreking van hergebruik terugkomen.

a) „Opvraging” in de zin van artikel 7 van de richtlijn

93. Het begrip „opvraging” in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aan de hand van de definitie in artikel 7, lid 2, sub a, worden uitgelegd.

94. Een eerste element is het overbrengen van de inhoud van een databank naar een andere informatiedrager, waarbij de overbrenging permanent of tijdelijk kan zijn. Uit de zinsnede „ongeacht op welke wijze of in welke vorm” kunnen wij concluderen, dat de communautaire wetgever het begrip „opvraging” ruim heeft opgevat.

95. Het gaat dus niet enkel om overbrenging op een drager van dezelfde soort³⁹, maar ook op een drager van een ander soort.⁴⁰ Ook het enkele printen valt daarmee onder het begrip opvraging.

96. Verder mag het begrip „opvraging” („Entnahme”) natuurlijk niet zo worden begrepen, dat, wil het verbod van toepassing zijn, de opgevraagde delen daardoor uit de

39 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 19 ad artikel 7.

40 — Gaster, o.c., paragraaf 512.

databank verdwenen moeten zijn. Tegelijkertijd mag het niet zo ruim worden uitgelegd, dat ook indirecte overname eronder valt. Nodig is de directe overbrenging op een andere informatiedrager. Anders dan in het geval van hergebruik hoeft er echter geen openbaarmaking bij te pas te komen. Overbrenging in privé is voldoende.

97. Wat het tweede element betreft, te weten het object van de opvraging (het geheel of een substantieel deel), verwijst naar mijn uiteenzetting over het begrip substantieel.

98. Het is de taak van de nationale rechter om bovengenoemde criteria op de concrete feiten van het hoofdgeding toe te passen.

b) „Hergebruik” in de zin van artikel 7 van de richtlijn

99. Blijkens de definitie van artikel 7, lid 2, sub b, van de richtlijn gaat het bij hergebruik om het ter beschikking stellen aan het publiek.

100. Door bewust de term „hergebruik” („*Weiterverwendung*”) te bezigen in plaats van „verdere exploitatie” („*Weiterverwertung*”), wilde de communautaire wetgever echter duidelijk maken dat de bescherming ook tegen handelingen van niet-commerciële gebruikers is gericht.

101. De in de wettelijke definitie genoemde wijzen van hergebruik, zoals verspreiding van kopieën, verhuur en online-transmissie, worden slechts als voorbeeld genoemd, zoals ook blijkt uit de toevoeging „of in een andere vorm”.

102. Zoals de toevoeging „elke vorm” in artikel 7, lid 2, sub b, duidelijk maakt, moet het begrip „ter beschikking stellen” bij twijfel ruim⁴¹ worden uitgelegd. Simpele ideeën⁴² of het zoeken van informatie op zich in een databank⁴³ vallen er echter niet onder.

103. Van verschillende kanten is opgemerkt dat de gegevens waarom het in casu gaat, bij het publiek bekend zijn. Of dat inderdaad het geval is, is een feitelijke vraag, die door de nationale rechter moet worden beantwoord.

41 — Von Lewinski, o.c., paragraaf 27 ad artikel 7.

42 — *Ibid.*, paragraaf 31 ad artikel 7.

43 — Grützmacher, o.c., blz. 336.

104. Maar ook wanneer de nationale rechter tot de conclusie zou komen dat het om algemeen bekende gegevens gaat, sluit dat niet uit, dat de delen van de databank die algemeen bekende gegevens bevatten, toch beschermd zijn.

van de inhoud van een databank. Het element „overbrengen” moet daarom ruim worden uitgelegd.⁴⁴

105. Artikel 7, lid 2, sub b, van de richtlijn bevat immers ook een regeling over de uitputting van het recht. Hiervan is enkel onder bepaalde voorwaarden sprake. Eén van die voorwaarden is „eerste verkoop van een kopie”. Daaruit valt af te leiden, dat slechts bij dergelijke fysieke voorwerpen uitputting kan optreden. Vindt het hergebruik op andere wijze dan door een kopie plaats, dan is er geen uitputting. Met betrekking tot online-transmissie wordt dat in punt 43 van de considerans ook uitdrukkelijk gezegd. Het recht sui generis is dus niet slechts bij het eerste „aan het publiek ter beschikking stellen” van toepassing.

107. Het is aan de nationale rechter om bovengenoemde criteria op de concrete feiten van het hoofdgeding toe te passen.

3. Verboden met betrekking tot het niet-substantiële deel van de inhoud van een databank (vijfde prejudiciële vraag)

106. Aangezien de richtlijn niet spreekt over het aantal transacties na het eerste „aan het publiek ter beschikking stellen”, kan dat aantal ook niet relevant zijn. Indien het dus een substantieel deel van de inhoud van een databank betreft, is dit ook beschermd wanneer het uit een onafhankelijke bron, zoals een printmedium of het internet, en niet uit de databank zelf wordt verkregen. Anders dan opvragen omvat hergebruik namelijk ook indirecte wegen van verkrijging

108. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn behelst, zoals gezegd, een verbod op het opvragen en/of hergebruik van niet-substantiële delen van de inhoud van een databank. Deze bepaling onderscheidt zich in de eerste plaats van artikel 7, lid 1, doordat niet elk, maar enkel een gekwalificeerd opvragen en/of hergebruik verboden is; vereist is dat het om „herhaalde en systematische” handelingen gaat. In de tweede plaats onderscheidt lid 5 zich van lid 1 door het voorwerp van de verboden handeling; het verbod is al van toepassing bij niet-substantiële delen. Als compensatie voor dit ten opzichte van lid 1 geringere vereiste dat aan het opgevraagde/hergebruikte deel wordt gesteld, bepaalt lid 5 in de derde plaats, dat de verboden handelingen een bepaald gevolg moeten hebben. Lid 5 noemt hier twee mogelijkheden: ofwel is de verboden handeling in strijd met een

⁴⁴ — Von Lewinski, o.c., paragraaf 38 ad artikel 7.

normale exploitatie van de databank, ofwel brengt zij ongerechtvaardigde schade toe aan de belangen van de fabrikant van de databank.

109. Wat de verhouding tussen handeling en gevolg betreft, zullen wij de bepaling zo moeten begrijpen, dat niet elke afzonderlijke handeling een van de twee verboden gevolgen behoeft te hebben, maar dat een verboden gevolg het resultaat is van alle handelingen tezamen.⁴⁵ Artikel 7, lid 5, van de richtlijn heeft evenals lid 1 de bescherming van het afschrijvingsbelang tot doel.

110. De uitlegging van artikel 7 levert in het algemeen echter in zoverre een probleem op als de Duitse taalversie van de definitieve tekst van de richtlijn vergeleken met het gemeenschappelijk standpunt wat zwakker geformuleerd is. Volgens deze formulering volstaat het dat de handeling op een van de genoemde gevolgen uitloopt („hinausläuft“), en niet meer eraan gelijkstaat („gleichkommt“). De andere taalversies zijn directer geformuleerd en komen er in wezen op neer, dat het opragen en/of hergebruik in strijd is met een normale exploitatie dan wel ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de belangen van de fabrikant, of gebruiken een formulering van gelijke strekking.

111. In dit verband dienen wij even op verwante volkenrechtelijke regelingen in te gaan. De twee in artikel 7, lid 5, van de richtlijn genoemde gevolgen zijn gemodelleerd naar artikel 9, lid 2, van de herziene Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, en wel naar de eerste twee elementen van de daar omschreven driefasentest. Dit betekent echter niet, dat de twee bepalingen ook op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

112. In de eerste plaats heeft artikel 9 van de herziene Berner Conventie een andere doelstelling. Zo laat deze regeling de verdragsluitende partijen de mogelijkheid om met inachtneming van de driefasentest van de strenge beschermingsregels af te wijken. Een overeenkomstige afwijkingmogelijkheid biedt de richtlijn de lidstaten bijvoorbeeld in artikel 9.

113. In de tweede plaats verschilt artikel 9 van de herziene Berner Conventie van de richtlijn, doordat het „strijd met een normale exploitatie“ en „ongerechtvaardigde schade“ niet als alternatieven formuleert, maar als twee van drie cumulatieve elementen.⁴⁶

45 — Leistner, o.c., blz. 181; Von Lewinski, o.c., paragraaf 18 ad artikel 7, voetnoot 225.

46 — Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, 1987*, blz. 482.

114. Andere volkenrechtelijke regelingen die op artikel 7, lid 5, van de richtlijn lijken, zijn te vinden in artikel 13 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (PB 1994, L 336, blz. 214; hierna: „TRIPs-Overeenkomst”) en in enkele overeenkomsten van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO, OMPI). Deze laatste zijn echter van latere datum dan de richtlijn en kunnen daarom buiten beschouwing blijven.

115. Voor de uitlegging van artikel 13 van de TRIPs-Overeenkomst geldt hetzelfde voorbehoud als met betrekking tot de herziene Berner Conventie. Immers, evenals artikel 9 van de herziene Berner Conventie staat ook artikel 13 de lidstaten toe, te voorzien in beperkingen en uitzonderingen op uitsluitende rechten. Anders dan in artikel 9 van de herziene Berner Conventie evenwel zijn de twee gevolgen, te weten „strijd met een normale exploitatie” en „ongerechtvaardigde schade”, juist zoals in de richtlijn als alternatieven geformuleerd.

116. Een en ander maakt duidelijk, dat de uitlegging van bovengenoemde volkenrechtelijke regelingen niet op artikel 7, lid 5, van de richtlijn kan worden toegepast.

117. Zowel voor de door de richtlijn verboden handelingen van opvragen en hergebruik als voor de daarin omschreven gevolgen ervan geldt, dat het doel waarmee die handelingen worden verricht, niet relevant is. Nu in de regeling van artikel 7, lid 5, van de richtlijn niet van enig doel gesproken wordt, kan zij niet in die zin worden uitgelegd. Als de communautaire wetgever het doel in aanmerking had willen nemen, had hij in artikel 7 een formulering als die van artikel 9, sub b, van de richtlijn kunnen opnemen.

a) „Herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruik”

118. Het element „herhaald en systematisch” moet verhinderen dat het recht sui generis wordt uitgehold door opeenvolgende handelingen die elk slechts een niet-substantieel deel betreffen.⁴⁷

119. Onduidelijk is evenwel of artikel 7, lid 5, van de richtlijn daarmee twee alternatieve of twee cumulatieve voorwaarden invoert. De uitlegging moet om te beginnen bij de tekst van de bepaling aanknopen, maar helaas valt op die manier geen ondubbelzinnig resultaat te verkrijgen. Enkele taal-

⁴⁷ — Gaster, o.c., paragraaf 558.

versies verbinden de twee begrippen met „en”⁴⁸, andere daarentegen met „of”.⁴⁹ De meerderheid van de taalversies, alsook het doel van de richtlijn lijkt echter de opvatting te wettigen, dat de twee elementen cumulatief bedoeld zijn.⁵⁰ Een herhaald, maar niet systematisch opvragen van een niet-substantieel deel van de inhoud van een databank valt dus niet onder de bepaling.

handelingen het voorkomen van schade voor de investering wordt genoemd. Punt 48 noemt het waarborgen van de vergoeding van fabrikanten van databanken uitdrukkelijk als het doel van de in de richtlijn geregelde bescherming.

120. Van een herhaalde en systematische handeling is sprake, wanneer zij met regelmatige tussenpozen, bijvoorbeeld wekelijks of maandelijks, wordt verricht. Is de tussenpoos korter en het opgevraagde deel klein, dan zal de handeling des te vaker moeten worden verricht, wil het in totaal opgevraagde deel aan een van de twee in artikel 7, lid 5, van de richtlijn genoemde voorwaarden voldoen.

122. Dit betekent dat het begrip „normale exploitatie” ruim moet worden uitgelegd. Zo mag „in strijd met een normale exploitatie” niet alleen in technische zin worden opgevat, dat wil zeggen, dat het enkel ziet op de gevolgen voor de technische bruikbaarheid van de betrokken databank. Artikel 7, lid 5, heeft juist ook zuiver economische gevolgen voor de fabrikant van de databank op het oog. Het gaat om de bescherming van de economische exploitatie zoals die onder normale omstandigheden bestaat.⁵¹

b) „Normale exploitatie” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn

121. Het begrip „normale exploitatie” in artikel 7, lid 5, van de richtlijn moet in het licht van het doel van deze bepaling worden uitgelegd. Dit blijkt in het bijzonder uit de considerans van de richtlijn, waar in punt 42 als reden voor het verbod van bepaalde

123. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn is dus niet slechts van toepassing op handelingen voor de opbouw van een concurrerend product, dat dan aan de exploitatie van de databank door de fabrikant in de weg staat.⁵²

48 — De meeste romaanse, de Duitse, de Engelse en de Griekse versie.

49 — De Spaanse, de Zweedse en de Finse versie.

50 — Leistner, o.c., blz. 181; Von Lewinski, o.c., paragraaf 17 ad artikel 7.

51 — Dit komt ook overeen met de uitlegging van artikel 13 van de TRIPs-Overeenkomst door een WTO-panel (WT/DS160/R van 27 juli 2000, 6.183).

52 — Leistner, o.c., blz. 181.

124. In bepaalde gevallen kan artikel 7, lid 5, dus ook van toepassing zijn op de exploitatie op potentiële, dat wil zeggen door de fabrikant van de databank nog niet betreden, markten. Het volstaat dan bijvoorbeeld, dat de opvrager of hergebruiker zich het betalen van royalty's aan de fabrikant van de databank bespaart. Zouden dergelijke handelingen zijn toegestaan, dan zou dat ook voor andere personen een stimulans zijn om zonder royalty's te betalen, de inhoud van de databank op te vragen of opnieuw te gebruiken.⁵³ De mogelijkheid om de databank op die wijze gratis te gebruiken, zou desastreus zijn voor de waarde van de licenties. Het gevolg zou een daling van de inkomsten zijn.

125. De richtlijn geldt ook niet enkel voor het geval, dat de fabrikant van de databank de inhoud ervan op dezelfde wijze als de opvrager of hergebruiker wil exploiteren. Evenmin is van belang, of de fabrikant de inhoud van de databank ingevolge een wettelijk verbod niet op dezelfde wijze als de opvrager of hergebruiker kan exploiteren.

126. Ten slotte mag „in strijd met een normale exploitatie” niet zo eng worden uitgelegd, dat enkel een volledige vermindering van de exploitatie verboden zou zijn. Zoals blijkt uit de tekst van alle andere taalversies dan de Duitse, geldt het verbod al zodra er conflict met de exploitatie is, dat wil

zeggen reeds bij minder ernstige negatieve gevolgen. Op dezelfde hoogte ligt de drempel waarbij moet worden aangenomen dat er sprake is van een zodanige schade voor de fabrikant van de databank, dat het verbod van toepassing wordt.

127. Zoals enkele partijen hebben beklemtoond, is het de taak van de nationale rechter om de concrete handelingen en hun gevolgen voor de exploitatie van de in geding zijnde databank aan de hand van bovengenoemde criteria te beoordelen.

c) „Ongerechtvaardigde schade” in de zin van artikel 7, lid 5, van de richtlijn

128. Voor de uitlegging van het begrip „ongerechtvaardigde schade” in artikel 7, lid 5, van de richtlijn moet ik eraan herinneren, dat al in het kader van de herziene Berner Conventie erover werd gediscussieerd, of men met een dergelijk onbepaald rechtsbegrip wel iets kan aanvangen. Verder mag men niet verzuimen, bij de uitlegging van dat begrip de verschillen ten opzichte van „normale exploitatie” te beklemtonen.

⁵³ — Zie WT/DS160/R van 27 juli 2000, 6.186.

129. Wat de draagwijdte van het recht sui generis betreft, stelt de hier besproken bepaling aan het alternatief „ongerechtvaardigde schade” minder strenge voorwaarden dan aan het alternatief „normale exploitatie”, in zoverre als bij het eerste de „rechtmatige belangen” worden beschermd. De bescherming gaat daarmee verder dan rechtsposities en geldt ook voor belangen, waarbij reeds „rechtmatige”, dat wil zeggen legitieme en niet slechts rechtsbelangen beschermd worden.

130. Daartegenover stelt artikel 7, lid 5, voor dit alternatief strengere eisen met betrekking tot de gevolgen van de verboden handeling. Vereist is niet een willekeurige schade, maar „ongerechtvaardigde” schade. De kwalificatie „ongerechtvaardigd” mag echter niet al te streng worden uitgelegd. Anders had de communautaire wetgever ook hier naar een schade of zelfs een aanzienlijke schade voor de fabrikant verwezen.

131. In het licht van de andere taalversies dan de Duitse zullen wij dit zo moeten uitleggen, dat de handelingen de belangen in een bepaalde mate schade berokkenen. De richtlijn doelt hier, zoals elders, op schade voor de fabrikant. Dat de bescherming van diens rechten gevolgen voor de economische belangen van anderen heeft, blijkt maar al te duidelijk uit het hoofdgeding. Dit betekent echter niet, dat bij de uitlegging van artikel 7,

lid 5, van de richtlijn beslissend belang moet worden gehecht aan de gevolgen van het recht sui generis voor de belangen van andere personen of, wegens mogelijke gevolgen voor de belastingontvangsten, aan een eventuele „schade” voor de betrokken lidstaat. Wat de richtlijn wil verhinderen, is schade voor fabrikanten van databanken. In tegenstelling tot andere gevolgen wordt dit doel in de richtlijn dan ook duidelijk tot uitdrukking gebracht.

132. De kern van de in artikel 7, lid 5, van de richtlijn bedoelde belangen bestaat uit de investeringen van de fabrikant en de afschrijving daarvan. Ook hier moet dus de economische waarde van de inhoud van de databank het uitgangspunt van de beoordeling zijn. Centraal staan de gevolgen voor de feitelijke of verwachte inkomsten van de fabrikant van de databank.⁵⁴

133. Wat de draagwijdte van de bescherming betreft, kan van het alternatief „normale exploitatie” worden uitgegaan. Legt men dit eng uit in die zin, dat het niet ook de bescherming van potentiële markten, bijvoorbeeld een nieuw soort exploitatie van de inhoud van een databank⁵⁵, omvat, dan zal men de ingreep in potentiële

54 — Ibid., 6.229.

55 — Leistner, o.c., blz. 182.

markten toch tenminste als schade aan de rechtmatige belangen moeten kwalificeren. Of deze schade ongerechtvaardigd is, zal van de concrete omstandigheden afhangen. Beslissend kan echter niet zijn, of de opvrager of hergebruiker een concurrent van de fabrikant van de databank is.

134. Ook in dit verband moet eraan worden herinnerd, dat het de taak van de nationale rechter is, de concrete handelingen te bepalen en te onderzoeken, of zij „ongerechtvaardigde schade” toebrengen aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de in geding zijnde databank.

VII — Conclusie

135. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Bij de beoordeling van de vraag of een databank in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, het resultaat is van een ‚substantiële investering’, is het doel van de investering niet relevant. Ook investeringen die ten behoeve van de opstelling van wedstrijdkalenders in een databank zijn verricht, moeten in aanmerking worden genomen.

- 2) Het begrip ‚in kwalitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank’ in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat de technische of commerciële waarde van het betrokken deel in aanmerking moet worden genomen. Het begrip ‚in kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank’ in artikel 7, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het aankomt op de omvang van het betrokken deel. In beide gevallen is niet alleen de verhouding tussen het betrokken deel en de gehele inhoud beslissend.

- 3) De door artikel 7, lid 1, respectievelijk artikel 7, lid 5, van de richtlijn toegekende bescherming tegen het ‚opvragen’ van de inhoud van een databank geldt enkel ten aanzien van wijzen van gebruik die een rechtstreekse exploitatie van de databank behelzen. De door artikel 7, lid 1, respectievelijk artikel 7, lid 5, van de richtlijn toegekende bescherming tegen ‚hergebruik’ bestaat ook ten aanzien van de exploitatie van de inhoud van een databank, wanneer deze inhoud in een andere bron te vinden is.

- 4) Het begrip ‚normale exploitatie’ in artikel 5, lid 5, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat de economische exploitatie door de bezitter van het recht sui generis, ook op potentiële markten, wordt belemmerd. Het begrip ‚ongerechtvaardigde schade toebrengen’ in artikel 7, lid 5, moet aldus worden uitgelegd, dat de rechtmatige economische belangen van de fabrikant worden geschaad in een mate die een bepaalde drempel overschrijdt.”