

Nederland

42

Hof 's-Gravenhage (Civiele kamer) 15 februari 2011, nr. 200.033.595/01

m.nt. mr. O.M.B.J. Volgenant¹

artikel 2 Databankenwet, artikel 3 Databankenwet, artikel 4 Databankenwet, artikel 7 Databankenrichtlijn, artikel 8 Databankenrichtlijn, artikel 10 EVRM

LJN BP7083

Het Haagse Hof wijst een tussenarrest over de zoekmachine Gaspedaal.nl die het occasioaanbod van Wegeners website Autotrack.nl niet langer mag doorzoeken of gedeeltelijk overnemen. In het arrest worden 14 prejudiciële vragen benoemd die het hof voornemens is te stellen aan het Hof van Justitie. De annotator bespreekt een aantal van die vragen.

Arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 15 februari 2011 inzake

INNOWEB B.V.,

gevestigd te Holten,

appellante, incidenteel geïntimeerde,

hierna te noemen: Innoweb,

procesadvocaat: mr. W.P. den Hertog te Den Haag,

behandelend advocaat: mr. L.G. Bonnes te Enschede, tegen

1. WEGENER ICT MEDIA B.V.,

gevestigd te Apeldoorn,

2. WEGENER MEDIAVENTIONS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerden, incidenteel appellanten,

hierna te noemen: tezamen Wegener in enkelvoud,

advocaat: mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam.

Het geding

Bij exploit van 8 mei 2009 is Innoweb in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 11 februari 2009. Innoweb heeft negen grieven tegen het vonnis aangevoerd en gevorderd dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd, met veroordeling van Wegener in de proceskosten ex artikel 1019h Rv en tot terugbetaling van hetgeen zij, Innoweb, op grond van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg aan Wegener heeft betaald, met rente. Hierna heeft Innoweb een akte overlegging producties genomen, met producties. Vervolgens heeft Wegener bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel en voorwaardelijk incidenteel appel de grieven bestreden en (voorwaardelijk) incidenteel appelerende één incidentele grief en drie voorwaardelijke incidentele grieven tegen het vonnis aangevoerd, welke (voorwaardelijke) incidentele

grievens door Innoweb bij memorie van antwoord in incidenteel appel, tevens voorwaardelijk incidenteel appel zijn bestreden. Vervolgens hebben partijen hun standpunten doen bepleiten door hun voormelde (behandelend) advocaten, bij welke gelegenheid namens Innoweb zeven producties (genummerd 3 tot en met 6 en (nogmaals) 5, 7 en 8) en namens Wegener acht producties (46 tot en met 53) in het geding zijn gebracht. Partijen hebben over en weer te kennen gegeven geen bezwaar te hebben tegen de door de wederpartij in het geding gebrachte producties. Deze zijn toegelaten. Na de pleidooien is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.4, 2.6 en 2.7 van het vonnis als vaststaand aangemerkte feiten zijn niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.

2. Wegener biedt via haar website www.autotrack.nl (hierna: AutoTrack) toegang tot een online verzameling van occasions/autoadvertenties. Hierop is een uitgebreid en dagelijks wisselend aanbod van (onder andere) ruim 200.000 tweedehands auto's te vinden. Op jaarbasis gaat het in totaal om ongeveer 800.000 auto's. Particulieren en autobedrijven kunnen advertenties voor te koop aangeboden auto's op de website zetten. Met behulp van de zoekmachine van de website kan het aanbod gericht worden doorzocht op verschillende criteria. In hoger beroep kan ervan worden uitgegaan dat deze verzameling een databank is in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, Databankenwet (Dw), waarvan de verkrijging, de controle en/of de presentatie van de inhoud getuigt van een substantiële investering.

3. Innoweb biedt via haar website www.gaspedaal.nl (hierna: GasPedaal) een zogenaamde dedicated zoekmachine (dedicated zoekmachines zijn zoekmachines die bepaalde websites doorzoeken, meestal gericht op één of enkele thema's, dit in tegenstelling tot algemene zoekmachines, zoals Google) aan voor te koop aangeboden auto's met behulp waarvan kan worden gezocht in diverse (op het moment van hoger beroep 9 of 10) verzamelingen van autoadvertenties die op websites van derden worden aangeboden, waaronder (tot het bestreden vonnis) de door Wegener via AutoTrack aangeboden verzameling.

4. Wegener heeft onder meer gevorderd Innoweb te bevelen zich te onthouden van inbreuk op haar databankrechten en haar auteurs/ geschriftenrechten en van onrechtmatig handelen, met nevenvorderingen.

5. De rechtbank heeft Innoweb bevolen zich te onthouden van iedere inbreuk op de databankrechten van Wegener en Innoweb veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede in de proceskosten.

De rechtbank heeft daartoe, kort gezegd, overwogen dat de via AutoTrack gepubliceerde verzameling van autoadvertenties een databank is in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, Dw, dat sprake is van herhaald en systematisch opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub b, Dw,

¹ Mr. O.M.B.J. Volgenant is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

dat het cumulatief effect van de vele zoekopdrachten die via GasPedaal worden uitgevoerd is dat een substantieel deel, in ieder geval in kwalitatief opzicht, van de databank van Wegener aan het publiek ter beschikking wordt gesteld (wordt hergebruikt) en dat daaruit volgt dat het handelen van Innoweb ernstige schade toebrengt aan de investering van Wegener.

De rechtbank heeft voorts overwogen

- a. dat geen sprake is opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud van de databank als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub a, Dw;
 - b. dat het herhaald opvragen van niet-substantiële delen nooit cumuleert in de reconstructie van de gehele inhoud of een substantieel deel van de databank en de handelingen van Innoweb wat betreft het opvragen (dus) niet in strijd zijn met de normale exploitatie van de databank en geen ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van Wegener;
 - c. dat het beroep op het auteursrecht, de geschriftenbescherming en het onrechtmatig handelen wegens gebrek aan belang buiten beschouwing worden gelaten.
6. Tegen het oordeel dat sprake is van een databank is geen grief gericht. De principale grieven richten zich, kort gezegd, tegen het oordeel dat sprake is van inbreuk als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub b, Dw op de databankrechten/het recht sui generis van Wegener door het herhaald en systematisch hergebruiken van niet-substantiële delen van de databank en de daarvoor gegeven motivering.

De voorwaardelijke incidentele grieven 2 en 3 hebben ook betrekking op de databankrechten van Wegener. Voorwaardelijke incidentele grief 2 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van het hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud van de databank.

Voorwaardelijke incidentele grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het herhaald opvragen van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank geen inbreuk als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub b, Dw oplevert.

7. In artikel 2, lid 1, Dw is bepaald:

"De producent van een databank heeft het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor de volgende handelingen:

- a. het opvragen of hergebruiken van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank
- b. het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of in kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, voorzover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank".

8. De Databankenwet is ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996 L 77/20 (hierna:

de richtlijn). Artikel 2, lid 1, sub a, Dw is gebaseerd op artikel 7 lid 1 van de richtlijn. Artikel 2, lid 1, sub b, Dw is gebaseerd op artikel 7, lid 5, van de richtlijn. Deze artikelen luiden:

- "1. De Lid-Staten 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 de inhoud te verbieden.
(...)
5. Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met de normale exploitatie van die databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank, zijn niet toegestaan."

De bescherming ziet niet op raadpleging van een publiek toegankelijke databank.

9. Onder opvraging wordt verstaan het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm en heeft ongeveer dezelfde betekenis als verveelvoudigen in het auteursrecht. Onder hergebruiken wordt verstaan elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een deel ervan door verspreiding van kopieën, verhuur, online transmissie of in een andere vorm en vertoont grote gelijkenis met het (ruime) openbaarmakingsbegrip in het auteursrecht. In de definities van deze begrippen in de richtlijn wordt gesproken over een substantieel deel maar dat heeft geen betrekking op de definitie van deze begrippen als zodanig.

(vergelijk artikel 7, lid 2, sub a en b, van de richtlijn en rechtsoverwegingen 49 tot en met 51 van het arrest van het HvJ EG 9 november 2004, *IER* 2005,5 inz. *BHB/William Hill* - hierna het *Hill*-arrest).

10. Het Hof van Justitie EG (EU) heeft in de *Hill*-arrest over artikel 7, lid 1 en lid 5 van de richtlijn onder meer het volgende overwogen:

"46. Uit overweging 48 van deze richtlijn blijkt dat het recht sui generis een economische rechtvaardigingsgrond heeft, in die zin dat het de samensteller van de databank de bescherming en vergoeding van de investering in de samenstelling en in het functioneren van deze databank verzekert.

47. In deze omstandigheden is het voor de beoordeling van de reikwijdte van de bescherming door het recht sui generis niet van belang dat de opvraging en/of het hergebruik de samenstelling van een andere databank ten doel heeft ongeacht of deze met de oorspronkelijke databank concurreert en ongeacht of deze al dan

niet dezelfde omvang heeft – of dat deze handeling plaatsvindt in het kader van een andere activiteit dan de samenstelling van een databank.

51. Het gebruik van uitdrukkingen als 'ongeacht op welke wijze en in welke vorm' en 'elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen' toont aan dat de communautaire wetgever een ruime betekenis heeft willen geven aan de begrippen opvraging en hergebruik. Deze begrippen moeten in het licht van het doel van de richtlijn dus in die zin worden uitgelegd, dat zij verwijzen naar iedere handeling die bestaat in het zich toe-eigenen respectievelijk het ter beschikking stellen van het publiek, zonder toestemming van de samensteller van de databank, van de resultaten van diens investering, waardoor deze laatste inkomsten waarmee hij wordt geacht de kosten van deze investering te kunnen dekken, worden ontnomen.

54. Evenwel moet worden beklemtoond dat de bescherming door het recht sui generis uitsluitend betrekking heeft op opvraging en hergebruik zoals in artikel 7, lid 2, van de richtlijn gedefinieerd. Deze bescherming ziet daarentegen niet op raadpleging van een databank.

65. Hoewel William Hill rechtmatig gebruiker is van de voor het publiek toegankelijk gemaakte databank (...) blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat zij handelingen verricht ter zake van opvraging en hergebruik in de zin van artikel 7, lid 2, van de richtlijn. In de eerste plaats vraagt zij gegevens op die oorspronkelijk afkomstig zijn uit de databank van BHB, door deze van de ene op de andere drager over te brengen. Zij voegt deze gegevens in feite in haar eigen elektronische systeem in. In de tweede plaats hergebruikt zij deze gegevens door ze op haar internetsite ter beschikking te stellen van het publiek, (...)

66. (...) Wanneer dergelijke handelingen betrekking hebben op niet-substantiële delen van deze databank, zijn zij slechts verboden wanneer aan de voorwaarden van artikel 7, lid 5, van de richtlijn is voldaan.

69. In dit verband zij eraan herinnerd dat de bescherming door het recht sui generis betrekking heeft op databanken waarvan de samenstelling tot een substantiële investering heeft geroepen. In dit verband verbiedt artikel 7, lid 1, van de richtlijn de opvraging en/of het hergebruik niet alleen van de gehele inhoud van een door het recht sui generis beschermde databank, maar ook van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel daarvan. Volgens overweging 42 van de richtlijn strekt deze bepaling ertoe te voorkomen dat een gebruiker 'door zijn handelingen in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële schade berokkent aan de investering'. Uit deze overweging blijkt dat de beoordeling, vanuit kwalitatief standpunt, van het substantiële karakter van het betrokken deel, evenals de beoordeling vanuit kwantitatief standpunt moet plaatsvinden met het oog op de investering in de samenstelling van de databank en de schade die de opvraging en/of het hergebruik van dit deel aan deze investering heeft toegebracht.

84. Dienaangaande volgt uit artikel 8, lid 1, en uit overweging 42 van de richtlijn dat de samensteller van een databank de rechtmatige gebruiker van deze databank in beginsel niet kan verhinderen een niet-substantieel deel van de inhoud daarvan op te vragen of te hergebruiken. Artikel 7, lid 5, van de richtlijn, dat de samensteller van een databank toestaat zich onder bepaalde voorwaarden tegen dergelijke handelingen te verzetten, vormt dus een uitzondering op dit beginsel.

86. Bijgevolg beoogt artikel 7, lid 5, van de richtlijn een omzeiling van het verbod van artikel 7, lid 1, van de richtlijn te voorkomen. Deze bepaling heeft tot doel, het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, dat door zijn cumulatieve werking ernstige schade toebrengt aan de investering van de samensteller van de databank, evenzeer te verbieden als de opvragingen of hergebruiken bedoeld in artikel 7, lid 1, van de richtlijn.

87. De bepaling verbiedt bijgevolg opvragingen door gebruikers van de databank, die door hun repetitief en systematisch karakter zouden resulteren in een reconstructie van de databank in haar geheel of op zijn minst van een substantieel deel daarvan, zonder toestemming van de samensteller van de databank, ongeacht of dit geschiedt met het oog op de samenstelling van een andere databank dan wel met het oog op de uitoefening van een andere activiteit dan de samenstelling van een dergelijke databank.

88. Evenzo verbiedt artikel 7, lid 5, van de richtlijn een derde, het verbod van hergebruik van artikel 7, lid 1, van de richtlijn te omzeilen door niet-substantiële delen van de inhoud van de databank systematisch en herhaald ter beschikking van het publiek te stellen.

89. In deze omstandigheden verwijzen handelingen 'in strijd met een normale exploitatie van [een] databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank' naar gedragingen waarvoor geen toestemming is gegeven en die ertoe strekken om door het cumulatief effect van opvragingen de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een door het recht sui generis beschermde databank te reconstrueren en/of om door het cumulatief effect van hergebruik, de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een dergelijke databank ter beschikking te stellen van het publiek, en die aldus ernstige schade toebrengen aan de investering van de samensteller van deze databank.

Vervolgens oordeelt het hof in de *Hill*-arrest dat de opvragingen en het hergebruik door Hill betrekking hebben op niet-substantiële delen van de inhoud van de databank van BHB en een repetitief en systematisch karakter hebben, maar deze handelingen niet zijn gericht op het omzeilen van het verbod van artikel 7, lid 1, van de richtlijn, nu het is uitgesloten dat Hill door het cumulatieve effect van zijn handelingen de gehele inhoud van de databank van BHB of een substantieel deel daarvan reconstrueert en ter beschikking stelt van het publiek en aldus de investering van BHB in de samenstelling van

deze databank ernstige schade berokkent, omdat de handelingen betrekking hebben op elementen uit de databank van BHB, die van BHB geen investering hebben vereist, los van de middelen die zijn aangewend voor het creëren ervan.
Hieruit volgt dat het verbod van artikel 7, lid 5, van de richtlijn geen betrekking heeft op handelingen als die van William Hill."

11. De zoekmachine van GasPedaal doorzoekt de occasionverzameling van AutoTrack 'realtime', dat wil zeggen op het moment dat een gebruiker van GasPedaal een zoekopdracht geeft. Van een aantal exploitanten van andere websites, waarin zij zoekt, krijgt Innoweb op grond van gemaakte afspraken periodiek gegevensbestanden, die zij kopieert. Na een zoekopdracht zoekt zij dan in het gekopieerde bestand. Ook algemene zoekmachines, zoals Google kopiëren eerst websites geheel of gedeeltelijk en zoeken bij een zoekopdracht in het eigen gekopieerde bestand. In het onderhavige geval is dus sprake van een andere werkwijze dan bij Google en dan Innoweb volgt ten aanzien van bestanden van exploitanten waarmee zij afspraken heeft. Innoweb heeft bij pleidooi in hoger beroep een rapport van automatiseringsdeskundige H.J.M. Keller van 2 september 2010 (productie 5 van Innoweb in hoger beroep) overgelegd. Keller stelt dat GasPedaal een zoekmachine heeft ontwikkeld die een zoekopdracht van een verzoeker/gebruiker aldus 'doorvoert' naar het zoekmechanisme van o.a. AutoTrack dat GasPedaal de door de gebruiker geselecteerde kenmerken in de zoekfunctionaliteit van AutoTrack invoert, waarna die zoekfunctionaliteit vervolgens onderzoekt of een advertentie voor een auto met deze kenmerken op de eigen site staat. Nadat de resultaten daarvan door GasPedaal worden ontvangen, worden de gevonden zoekresultaten van de eerste pagina (bij AutoTrack in het algemeen betreffende 15 auto's) geschoond van andere gegevens dan het merk, het model, het type, het bouwjaar, de prijs, de kilometerstand, de thumbnail-foto en de link naar een bronpagina. Nadat ook de resultaten van andere sites zijn verzameld, worden doublures (als dezelfde auto op de resultatenpagina van meerdere sites voorkomt) samengevoegd tot één item met links naar de bronnen waar de advertenties zijn gevonden. Er wordt vervolgens een webpagina gemaakt met een resultatenlijst bestaande uit een geschoond, ontdebeld en geordend overzicht van de resultaten, zoals voorkomen op de eerste resultatenpagina's van de verschillende websites. Deze resultatenlijst wordt vervolgens tijdelijk, gedurende ongeveer 30 minuten, opgeslagen op de server van Gaspedaal. Deze webpagina met resultatenlijst wordt naar de gebruiker gezonden/ aan de gebruiker getoond op en in de opmaak van de website van GasPedaal. Voormelde stellingen over de werking van GasPedaal worden door Wegener niet gemotiveerd betwist, met dien verstande dat Wegener stelt dat op de eerste pagina met zoekresultaten uit AutoTrack ook wel meer dan 15 auto's staan vermeld, maar dat is in dit verband niet relevant. Wegener stelt hieromtrent verder slechts dat Innoweb zelf in punt 116 van de appeldagvaarding stelt: 'doorzoekt GasPedaal de

databank van (onder meer) AutoTrack'. Gelet op de toelichting op grief 2 in punt 52 van dezelfde dagvaarding en het rapport van Keller is duidelijk dat deze stelling aldus moet worden begrepen dat Innoweb hier bedoelt te stellen dat Gaspedaal dit doet door de zoekopdracht door te voeren naar de zoekmachine van AutoTrack. Nu Wegener overigens de door Innoweb gestelde werkwijze niet heeft betwist, gaat het hof uit van de juistheid daarvan. Dit brengt mee dat principale grief 2 slaagt indien en voor zover de databank ervan is uitgegaan dat de zoekmachine van GasPedaal de databank van AutoTrack doorzoekt. Op zichzelf leidt dit niet tot vernietiging van het vonnis.

Inbreuk in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, Dw/ artikel 7, lid 1, van de richtlijn?

12. Wegener stelt dat sprake is van inbreuk in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, Dw. Voorwaardelijke incidentele grief 1 richt zich tegen het andersluidende oordeel van de rechtbank. Wegener stelt daartoe dat per zoekopdracht de gehele, althans een substantieel deel van de databank van AutoTrack via GasPedaal aan het publiek ter beschikking wordt gesteld en dat dit (ook) kwalificeert als hergebruik van een substantieel deel. Zij stelt daartoe dat het hergebruik bekeken moet worden aan de hand van wat er gebeurt op het systeem van GasPedaal, dat op (althans via) dat systeem de hele databank van AutoTrack wordt aangeboden, dat niet relevant is of GasPedaal ook daadwerkelijk geraadpleegd wordt voor het hergebruiken. Voorts stelt zij dat het systeem bij voortduring zeer grote hoeveelheden gegevens uit de databank van Wegener aan talloze gebruikers aan het transmittieren is en dat op zeer grote schaal gegevens uit de databank van AutoTrack door Gaspedaal aan het publiek worden verstrekt. In haar pleitnota in eerste aanleg (punt 17) heeft Wegener gesteld dat Gaspedaal meer dan 4 miljoen pageviews per maand had, hetgeen betekent dat zij dagelijks meer dan 130.000 pagina's met occasions aan het publiek verstrekte. In hoger beroep stelt Wegener dat het gaat om honderden duizenden gegevens per dag. In haar pleitnota in hoger beroep (punten 103 ev.) stelt zij dat GasPedaal in augustus 2010 ruim elf miljoen pageviews of impressies en 500.000 unieke bezoekers had. Dat de omschreven handelingen voortdurend en op zeer grote schaal plaatsvinden wordt door Innoweb niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof van de juistheid van deze stellingen van Wegener uitgaat.

Het hof begrijpt dat Wegener allereerst meent dat reeds sprake is van hergebruik/ter beschikking stellen van het geheel of een substantieel deel van de databank aan het publiek door het bieden van de mogelijkheid de databank te (doen) raadplegen. Wegener lijkt uit te gaan van de gedachte die terug is te vinden in het arrest van het HvJEG van 7 december 2006 inzake 'Hoteles' (zaak C-306/05) over de uitleg van het recht van mededeling van het werk aan het publiek als bedoeld artikel 3 van Richtlijn 2001/29 EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het

auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemat-schappij (hierna: de Auteursrechtlijn, kortweg ARI), de Europees rechtelijke variant van het openbaarmakingrecht van de auteur, neergelegd in de artikelen 1 en 12 Aw. In voormeld arrest heeft het Hof voor recht verklaard:

“Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van (de ARI), het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven, vormt, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn”.

In punt 43 van dit arrest is hiertoe het volgende overwo-gen:

“Verder volgt uit artikel 3, lid 1, van de (ARI) (...), dat er reeds van mededeling aan het publiek sprake is wanneer het werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is. Derhalve is (...) niet van beslissend belang dat de gasten die het televisietoestel niet hebben aangezet, niet daadwerkelijk toegang tot de werken hebben gehad.”

In de – met toepassing van artikel 104 lid 3 van het regle-ment voor de procesvoering van dat hof gegeven – beschik-king van het HvJEU van 18 maart 2010 (zaak C-136/09), is het volgende dictum neergelegd:

“De hotelhouder die televisietoestellen installeert in de kamers van zijn hotel en deze toestellen verbindt met de centrale antenne, verricht door dit loutere feit een me-dedeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1 (ARI)”.

In zijn – na de pleidooien in de onderhavige zaak – gewe-zen arrest van 21 oktober 2010 inzake ‘Padawan/SGAE’ (C-467/08) heeft het HvJEU, onder verwijzing naar de punten 43 en 44 van het ‘Hoteles’-arrest, benadrukt dat:

“(...) vanuit auteursrechtelijk oogpunt rekening moet worden gehouden met de loutere mogelijkheid voor de eindgebruiker, in het betrokken geval de klanten van een hotel, om uitzendingen te bekijken met televisietoestel-len en een signaal dat door het hotel ter beschikking wordt gesteld, en niet met de daadwerkelijke toegang van de klanten tot die werken (...).”

Uit deze weergave van het EU-recht kan worden afgeleid dat onder het, met het openbaarmakingsrecht vergelijk-bare, mededelingsrecht van artikel 3 lid 1 ARI niet alleen het recht valt om aan het publiek mede te delen – het me-dedelingsrecht in enge zin –, maar ook het recht om het (signaal bevattend het) werk in zodanige mate aan het pu-bliek ter beschikking te stellen dat het voor de leden van

het publiek toegankelijk is. Hierbij is niet van beslissend be-lang of het publiek daadwerkelijk toegang tot het werk heeft; voldoende is de loutere mogelijkheid van het publiek om het werk waar te kunnen nemen.

Het hof begrijpt dat Wegener daarnaast van oordeel is dat de feitelijke situatie waarin voortdurend, dagelijks in zeer grote hoeveelheden, gegevens uit de databank aan verschil-lende gebruikers ter beschikking worden gesteld (ook) kwalificeert als hergebruik van het geheel of een substanti-eel deel van de inhoud van de databank in de zin van artikel 2, lid 1, sub a Dw.

13. Innoweb stelt dat haar geen inbreuk kan worden verweten omdat zij helemaal niet opvraagt of hergebruikt, nu haar handelen slechts louter technisch en passief is en zij slechts een tool/ een faciliteit biedt om de databank van Wegener te doorzoeken. Subsidiair stelt zij zich op het standpunt dat geen sprake is van opvraging of hergebruik, maar van raadpleging. Meer subsidiair stelt zij, dat als er al sprake is van hergebruik, zij niet de inhoud van de gehele databank ter beschikking stelt aan de verzoeker, maar slechts niet-substantiële delen, namelijk die gegevens, die zij na raadpleging van de databank, uitkiest (in casu een deel van de gegevens van de eerste resultatenpagina). Er is in die visie pas sprake van ter beschikking stellen aan het publiek wanneer aan een gebruiker het resultaat van zijn zoekopdracht ter beschikking wordt gesteld, dus wanneer sprake is van opnieuw ter beschikking stellen uit een nieuwe bron. Uit hetgeen het hof hierna zal overwegen blijkt dat het van oordeel is dat Innoweb (in ieder geval) niet-substantiële delen van de inhoud van de databank her-gebruikt (en opvraagt) door, na het laten doorzoeken van de databank van AutoTrack en ontvangst van de resultaten, ge-gevens uit de databank van Wegener betreffende een aantal occasions aan de gebruiker te zenden/ te tonen op en in de opmaak van de website van GasPedaal. In zoverre falen de primaire en subsidiaire stelling van Innoweb.

14. Hier gaat het echter om de vraag of, afgezien van het hergebruik van niet-substantiële delen, ook sprake is van ter beschikking stelling van het geheel of een substanti-eel deel van de inhoud de databank, reeds door de moge-lijkheid te bieden deze te laten doorzoeken, al dan niet in combinatie met de daarop volgende handelingen, de om-vang daarvan in aanmerking nemende.

Het hof is voornemens hieromtrent de volgende vragen van uitleg te stellen aan het Hof van Justitie EU:

1. Moet artikel 7, lid 1 van de richtlijn aldus worden uit-gelegd dat sprake is van hergebruik (ter beschikking stelling) van het geheel of een in kwalitatief of kwanti-tatief opzicht substantieel deel van de inhoud van een via een website aangeboden (on line) databank door een derde indien die derde aan het publiek de moge-lijkheid biedt via een door hem aangeboden zoekma-chine de volledige databank of een substantieel deel daarvan ‘realtime’ te doorzoeken, door een zoekop-dracht van een gebruiker ‘door te voeren’ naar het

zoekmechanisme van de website waarop de databank wordt aangeboden?

2. Zo nee, is dit anders indien die derde na terugontvangst van de resultaten van de zoekopdracht aan elke gebruiker een zeer klein deel van de inhoud van de databank zendt of toont op en in de opmaak van zijn eigen website?
3. is het voor de beantwoording van vraag 2 van belang dat die derde deze handelingen voortdurend verricht en in totaal dagelijks honderden duizenden gegevens aan verschillende gebruikers ter beschikking stelt?

Inbreuk in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, Dw/ artikel 7, lid 5, van de richtlijn?

15. Zoals hiervoor overwogen wordt de door Gaspedaal geschoonde, ontdebeldde en geordende resultatenlijst met zoekresultaten van verschillende websites, waaronder gegevens (het merk, het model, het type, het bouwjaar, de prijs, de kilometerstand, de thumbnail-foto en de link naar een bronpagina) betreffende ongeveer 15 occasions uit de databank van AutoTrack, tijdelijk, gedurende ongeveer 30 minuten, opgeslagen op de server van Gaspedaal. De webpagina met resultaten(lijst) wordt aan de gebruiker gezonden/ getoond op en in de opmaak van de website van Gaspedaal. Wegener stelt dat Innoweb geregistreerde gebruikers de mogelijkheid biedt een occasion op te slaan en te volgen, in welke gevallen de belangrijkste gegevens van de occasion en de deeplink naar AutoTrack (langer) worden opgeslagen in het geheugen van Gaspedaal. Nu niet gesteld of gebleken is dat het daarbij gaat om zoveel gevallen dat daardoor gedurende enig moment een substantieel deel van de databank is opgeslagen, gaat het hof hieraan als niet relevant voorbij. Door het (tijdelijk) opslaan van de gegevens op haar server is sprake van opvraging. Door het ter beschikking stellen van gegevens van de webpagina met zoekresultaten uit AutoTrack aan de gebruiker is sprake van hergebruik (zie o.a. rechtsoverweging 65 in het Hill-arrest). Principale grieven 4 en 5, gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van opvraging en hergebruik, falen derhalve. Anders dan Innoweb stelt is bij deze handelingen niet slechts sprake van raadplegen en biedt zij niet slechts haar gebruiker een tool of technische faciliteit om bepaalde door anderen beschikbaar gestelde informatie op het internet te vinden. Nog afgezien van het schonen, ontdebelden en ordenen van gegevens, slaat zij gegevens uit de databank van AutoTrack op op haar server en stelt zij deze aldus op haar internetsite ter beschikking aan het publiek. Anders dan Innoweb stelt in haar toelichting op grief 5 is sprake van opnieuw via een andere bron ter beschikking stellen van delen van de databank van Wegener. Het gaat bij deze handelingen op zichzelf beschouwd steeds om opvraging en hergebruik van niet-substantiële delen van de databank van AutoTrack, nu de per keer op de site van Gaspedaal geplaatste gegevens (betreffende 15, althans een beperkt aantal advertenties) slechts een zeer klein deel van de inhoud van de databank van AutoTrack.nl (die meer

dan 200.000 advertenties bevat) betreft. Deze handelingen worden herhaaldelijk verricht.

16. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of er sprake is van op grond van artikel 2, lid 1, sub b, Dw verboden handelingen. Daarvan is sprake als het gaat om handelingen die ertoe strekken om door het cumulatief effect van de opvragingen en/of het hergebruik, de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van de databank te reconstrueren respectievelijk ter beschikking te stellen van het publiek, en die aldus ernstige schade toebrengen aan de investering van de samensteller van deze databank. In dat verband is relevant dat dit artikel omzeiling van het verbod van artikel 2, lid 1, sub a Dw beoogt te voorkomen (vergelijk ook ro 86 t/m 89 van het Hill-arrest).

17. Het hof is van oordeel dat niet gezegd kan worden dat de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van de databank door het cumulatief effect van de afzonderlijke opvragingen wordt gereconstrueerd, zoals voor een verbod op grond van artikel 2, lid 1, sub b, Dw/ artikel 7, lid 5 van de richtlijn is vereist. Weliswaar is niet gemotiveerd betwist dat Innoweb vele malen per dag en voortdurend, dus herhaaldelijk, elementen uit de databank betreffende telkens ongeveer 15 occasions opslaat, maar nu de (meeste) opgeslagen gegevens na ongeveer 30 minuten worden verwijderd, kan niet gezegd worden dat daardoor de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van de databank wordt gereconstrueerd. Hieraan kan niet afdoen dat het niet relevant is wat het doel van de opvragingen is en dat ook sprake kan zijn van inbreuk indien de handelingen plaatsvinden in het kader van een andere activiteit dan de samenstelling van een databank. Er is in dit geval geen sprake van reconstructie van gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van de databank en de handelingen van Innoweb hebben ook niet die strekking. Voorwaardelijke incidentele grief 3 faalt dan ook

18. Elementen uit de databank van Wegener betreffende ongeveer 15 occasions worden voortdurend, dus herhaaldelijk en vele malen per dag door Gaspedaal ter beschikking gesteld van het publiek. Het gaat om zeer vele gegevens per dag. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.20 van het vonnis, in verband met het beroep op artikel 2, lid 1, sub b Dw, overwogen dat als onweersproken vaststaat dat gegevens van nagenoeg alle advertenties worden hergebruikt en dat Innoweb van die advertenties bovendien een aanzienlijk deel hergebruikt. Met principale grief 3 heeft Innoweb betwist dat door haar nagenoeg alle advertenties worden hergebruikt en dat van de advertenties die zij weergeeft een aanzienlijk deel (zij stelt slecht 6 of 7 van de maximaal 24 kenmerken van een advertentie ter gebruiken) wordt gebruikt.

Grief 3 slaagt dan ook in zoverre dat voormeld uitgangspunt van de rechtbank thans niet meer als onweersproken vaststaat. Wel staat vast dat Innoweb miljoenen pageviews per maand heeft en dagelijks honderden duizenden gegevens uit databanken van derden, waaronder (tot het bestreden vonnis) AutoTrack, aan gebruikers ter beschikking stelt, maar doordat de inhoud van die gegevens wordt bepaald door de verschillende gebruikers, aan de hand van criteria

die zij bij GasPedaal opgeven en GasPedaal slechts informatie van occasions die voldoen aan deze criteria bij AutoTrack opvraagt, kan niet als vaststaand worden aangenomen dat gegevens van nagenoeg alle advertenties worden hergebruikt.

19. Innoweb betwist dat haar handelingen – als er al sprake is van herhaaldelijk hergebruiken van niet-substantiële delen – verboden zijn op grond van artikel 2, lid 1, sub b, Dw. Zij voert daartoe aan

1. dat geen sprake is van systematisch hergebruiken (grief 6);
2. dat het hergebruik niet op een dusdanige manier en met een dusdanige frequentie plaatsvindt dat tot hergebruik van een substantieel deel kan worden geconcludeerd, omdat
 - a. de gebruikers bepalen welke gegevens ter beschikking worden gesteld,
 - b. aan elke gebruiker slechts de gegevens ter beschikking worden gesteld die passen bij zijn zoekopdracht en niet alle gegevens aan 'het publiek' ter beschikking worden gesteld (grief 7),
 - c. Wegener niet substantieel heeft geïnvesteerd in de verkrijging en de controle van de gegevens (maar slechts in de presentatie van de gegevens) (grief 1).
 - d. van elke occasion/autoadvertentie slechts enkele gegevens ter beschikking worden gesteld (grief 8),
3. dat niet voldaan is aan het vereiste dat de handelingen in strijd zijn met de normale exploitatie van de databank of ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van Wegener/ schade niet mag verondersteld (grief 7).

Het hof zal deze verweren hieronder puntsgewijs bespreken.

20. Ad 1. Is systematisch hergebruiken vereist?

Grief 6 richt zich, voor zover nog van belang, tegen het oordeel dat sprake is van systematisch hergebruik. Vast staat dat de gebruikers – die onafhankelijk van elkaar opereren – bepalen naar welke occasions wordt gezocht met welke frequentie en daarvan afhankelijk is welke (hoeveelheid) gegevens worden hergebruikt. Partijen twisten over de vraag of het bij herhaald en systematisch hergebruiken gaat om twee alternatieve of cumulatieve begrippen, nu enkele taalversies van de richtlijn de begrippen verbinden met 'en' en andere, zoals de Engelse versie, daarentegen met 'of' (vergelijk de conclusie van de AG Stix-Hackl bij het Hill-arrest). Wegener stelt voorts dat met systematisch is bedoeld stelselmatig, waarbij zij verwijst naar rechtsoverweging 85 van het Hill-arrest. Op andere plaatsen in dit arrest wordt echter gesproken over systematisch. Voorts stelt zij dat, als er al een systematiek in het hergebruiken moet zitten, daarvan in casu sprake is omdat een en ander via een geautomatiseerd systeem gebeurt en de systematiek er onder andere uit bestaat dat iedere keer dat een gebruiker een zoekopdracht ingeeft, Innoweb deze via haar geautomatiseerde systeem uitvoert volgens een bepaalde systematiek, die wordt bepaald door de door GasPedaal gekozen software en hardware.

Het hof is voornemens de volgende vragen van uitleg te stellen aan het hof van Justitie EU:

4. Moet artikel 7, lid 5 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat niet toegestaan is het herhaaldelijk en systematisch hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank, in strijd met de normale exploitatie of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank of is daarvoor voldoende dat sprake is van herhaaldelijk of systematisch hergebruiken?
5. Indien vereist is dat sprake is van herhaaldelijk en systematisch hergebruiken, wat is de betekenis van systematisch? Is daarvan sprake als het hergebruiken via een geautomatiseerd systeem gebeurt?

21. Ad 2a: Hergebruik van een substantieel deel als de inhoud van de ter beschikking gestelde gegevens niet vaststaat?

Grief 7 richt zich tegen het oordeel dat door het cumulatief effect van het hergebruik van niet-substantiële delen een substantieel deel van de inhoud van de databank van Wegener (opnieuw) aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Innoweb stelt in dit verband opnieuw dat geen sprake is van hergebruik van niet-substantiële delen, welk standpunt hiervoor reeds is verworpen. Voorts stelt zij dat, voor zover hergebruikhandelingen plaatsvinden, deze niet op een dusdanige manier en met een dusdanige frequentie plaatsvinden dat tot hergebruik van een substantieel deel kan worden geconcludeerd. Hiervoor heeft het hof overwogen dat weliswaar vaststaat dat via GasPedaal dagelijks honderden duizenden gegevens uit (9 of 10) databanken van derden aan verschillende gebruikers ter beschikking worden gesteld, maar doordat de inhoud van die gegevens wordt bepaald door de verschillende gebruikers, aan de hand van criteria die zij bij GasPedaal opgeven, niet gezegd kan worden dat gegevens van nagenoeg alle advertenties worden hergebruikt. Mede gelet op de hiervoor genoemde aantallen pageviews/impressies en de unieke bezoekers van GasPedaal, kan naar het oordeel van het hof voorshands geconcludeerd worden dat een zodanige hoeveelheid gegevens uit de databank van Wegener hergebruikt worden dat het hier gaat om een hoeveelheid die zou kunnen worden aangemerkt als een substantieel deel, indien het zou gaan om verschillende gegevens. In ieder geval kan niet, zoals in het Hill-arrest, worden uitgesloten dat Innoweb door het cumulatieve effect van haar handelingen de gehele inhoud of een substantieel deel daarvan ter beschikking stelt aan het publiek. Het hof verzoekt partijen bij akte zo mogelijk exactere informatie te verschaffen over de aantallen gegevens en de inhoud van daarvan.

Het hof is voornemens de volgende vragen van uitleg te stellen aan het Hof van Justitie EU:

6. Moet artikel 7, lid 5 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat het daarin neergelegde verbod niet geldt indien door het cumulatief effect van het herhaald en systematisch hergebruiken van niet-substantiële delen een zeer grote hoeveelheid gegevens uit een door het

recht sui generis beschermde databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld, maar niet vaststaat om welke gegevens het gaat en evenmin vaststaat dat het steeds om verschillende gegevens gaat?

7. Is bij de beantwoording van vraag 6 van belang dat niet kan worden uitgesloten dat ten minste een substantieel deel van de inhoud van de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld of dat dreigt te gebeuren?

22. Ad 2b. Is relevant dat elke gebruiker slechts een niet-substantieel deel ter beschikking wordt gesteld?

Innoweb stelt dat de zoekresultaten slechts zichtbaar zijn voor de gebruiker die de desbetreffende zoekopdracht heeft ingevoerd en niet voor andere gebruikers, zodat aan elke gebruiker slechts niet-substantiële delen ter beschikking worden gesteld. Ook om die reden is geen sprake van ter beschikking stellen van een substantieel deel aan 'het publiek', aldus Innoweb. Het hof begrijpt dat Innoweb hiermee wil stellen dat slechts sprake is van ter beschikking stellen van een substantieel deel aan het publiek als dat substantiële deel aan het hele publiek, dus elke gebruiker, ter beschikking wordt gesteld.

Het hof is voornemens de volgende vragen van uitleg te stellen aan het Hof van Justitie EU:

8. Moet artikel 7, lid 5, van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat het daarin neergelegde verbod niet geldt indien herhaaldelijk aan afzonderlijke leden van het publiek slechts niet-substantiële delen van de inhoud van de databank ter beschikking worden gesteld?
9. Zo ja, geldt dit ook als door het cumulatief effect van het herhaald hergebruiken van die niet-substantiële delen een zeer grote hoeveelheid gegevens uit een door het recht sui generis beschermde databank ter beschikking wordt gesteld aan die afzonderlijke leden van het publiek tezamen?

23. Ad 2c. Geen substantiële investering in de verkrijging en de controle van de hergebruikte gegevens?

Met grief 1 betoogt Innoweb dat haar handelingen niet verboden zijn op grond van artikel 2, lid 1, sub b, Dw omdat de investeringen van Wegener voornamelijk zien op de presentatie van de gegevens en niet op de verkrijging en de controle van de gegevens, zodat – begrijpt het hof – het hergebruik de investering in de databank geen schade berekent, omdat de handelingen betrekking hebben op elementen die van Wegener geen investering hebben vereist. Wegener heeft uitvoerig onderbouwd dat de verkrijging en de controle van de gegevens wel degelijk een substantiële investering hebben vereist. Het hof verwijst in dit verband naar de overwegingen 4.2 tot en met 4.7 van de rechtbank in het bestreden vonnis – welke niet gemotiveerd zijn bestreden door Innoweb – en die het hof overneemt. In de memorie van antwoord heeft Wegener gesteld dat zij de occasions aangeleverd krijgt via dataleveranciers en daarvoor forse bedragen betaalt en dat zij ook in het door haar ontwikkelde systeem om occasiongegevens te verzamelen, te controleren, up to date te houden en te presenteren zeer substantieel heeft geïnvesteerd. Dit heeft Innoweb niet voldoende gemotiveerd betwist. Gelet op het bovenstaande

gaat het hof ervan uit dat door Wegener substantieel is geïnvesteerd in de verkrijging en de controle van de occasions en gaat het aan dit verweer van Innoweb als onvoldoende onderbouwd voorbij. Principale grief 1 faalt derhalve.

24. Ad 2d. Relevantie van hergebruik van enkele gegevens per occasion/advertentie?

Met grief 8 betoogt Innoweb dat zij slechts enkele – 5, 6 of 7 – gegevens van de maximaal 24 kenmerken van de occasions in AutoTrack hergebruikt en dit – begrijpt het hof – niet kan cumuleren in een substantieel deel, waarbij zij stelt dat geen sprake kan zijn van hergebruik van een substantieel deel in kwalitatief opzicht omdat Wegener niet substantieel heeft geïnvesteerd in de verkrijging van de inhoud van de databank. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen gaat het ervan uit dat Wegener substantieel heeft geïnvesteerd in de verkrijging en de controle van de occasions. Daarvan uitgaande is het hof voorshands van oordeel dat vanuit databankrechtelijk opzicht niet relevant is dat slechts een deel van de gegevens per occasion/advertentie wordt weergegeven op de website van GasPedaal. Voor die investering maakt het aantal kenmerken per occasion geen relevant verschil en voor de afbreuk daaraan evenmin. Innoweb stelt bovendien zelf dat zij de essentiële kenmerken overneemt.

25. Ad 3. Wordt ernstige schade aan de investering aangenomen?

Tot slot verwijst Innoweb met grief 7 de rechtbank ten onrechte te hebben aangenomen dat Innoweb ernstige schade aan de investering van Wegener toebrengt (alleen) op de grond dat door het cumulatieve effect van het ter beschikking stellen van niet-substantiële delen een substantieel deel van de inhoud van de databank van Wegener aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Dat deze schade is geleden is een extra vereiste en zal door Wegener gesteld en onderbouwd moeten worden en mag niet 'zomaar' worden aangenomen als aan de overige vereisten is voldaan, aldus Innoweb. Wegener stelt dat uit rechtsoverwegingen 86 tot en met 89 van het Hill-arrest blijkt dat ernstige schade geen extra vereiste is. Ernstige schade wordt aangenomen als hergebruik van niet-substantiële delen als cumulatief effect heeft dat een substantieel deel van de inhoud van de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Hij stelt dat dit blijkt uit het gebruik van het woordje 'aldus' in rechtsoverweging 89 en nog duidelijker is in de Engelse versie van het arrest door de woorden 'which thus seriously prejudice the investment made by the maker of the database'.

Het hof is voorshands van oordeel dat uit het Hill-arrest, mede gelet op de Engelse tekst en het doel van het verbod van artikel 7, lid 5 van de richtlijn, namelijk omzeiling van het verbod van artikel 7, lid 1, van de richtlijn te voorkomen, valt af te leiden dat ernstige schade aan de investering wordt aangenomen als hergebruik van niet-substantiële delen als cumulatief effect heeft dat een substantieel deel van de inhoud van de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld.

Het hof is evenwel voornemens ook op dit punt verduidelijking te vragen aan het Hof van Justitie EU middels de volgende vragen:

10. Moet artikel 7, lid 5 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat, in geval sprake is van gedragingen waarvoor geen toestemming is gegeven en die ertoe strekken om door het cumulatief effect van het hergebruik, de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud van een beschermde databank ter beschikking te stellen van het publiek, voldaan is aan de vereisten van dit artikel of moet ook nog worden gesteld en bewezen dat deze handelingen in strijd zijn met de normale exploitatie van de databank of ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank?

11. Wordt verondersteld dat ernstige schade wordt toegebracht aan de investering van de samensteller van de databank indien sprake is van voormelde gedragingen?

26. Met grief 9, alsmede in de toelichting op grieven 5 en 7, verwijt Innoweb de rechtbank dat zij de vordering niet heeft afgewezen op de grond dat Innoweb slechts handelingen heeft verricht waarvoor (impliciete) toestemming is gegeven en waarvoor de beperking geldt van artikel 3 Dw/artikel 8, lid 1 van de richtlijn. Het hof is van oordeel dat het Innoweb slechts is toegestaan de databank te raadplegen of niet-substantiële delen daarvan op te vragen of te hergebruiken binnen de in artikel 2, lid 1 sub b en artikel 4 Dw gegeven beperkingen. De eerste beperking is hiervoor besproken. Op de vraag of de in artikel 4 neergelegde beperking dezelfde inhoud heeft, gaat het hof hieronder in. Uit artikel 3 Dw kan in ieder geval niet worden afgeleid dat het Innoweb vrij staat onbeperkt en zonder enige beperking niet-substantiële delen van de inhoud van de databank te hergebruiken. Artikel 3 is opgenomen teneinde zeker te stellen dat Wegener die wettelijke gebruiksrechten niet contractueel kan beperken. In de op de website vermelde algemene voorwaarden heeft Wegener (ten minste) dezelfde beperkingen van de rechten van de gebruiker als voormelde wettelijke beperkingen opgenomen.

27. In punt 65 van de memorie van antwoord heeft Wegener aangevoerd dat artikel 4 Dw Innoweb juist verbiedt wat zij onder artikel 3 Dw zegt te mogen.

De artikelen 3 en 4 Dw luiden als volgt.

3. **"Artikel**

1. De producent van een databank welke 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 op te vragen of te hergebruiken. (...).
2. Bij overeenkomst kan niet ten nadele van de rechtmatige gebruiker van het eerste lid worden afgeweken.

4. **Artikel**

De rechtmatige gebruiker van een databank welke op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld,

mag geen handelingen verrichten waardoor hij de normale exploitatie van de databank in gevaar brengt of ongerechtvaardigde schade aan de producent toebrengt."

De artikelen 3 en 4 Dw vormen de implementatie van artikel 8, leden 1 en 2, van de richtlijn, luidende:

- "1. 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 of te hergebruiken. (...).
2. De rechtmatige gebruiker van een databank welke op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mag geen handelingen verrichten die in strijd zijn met een normale exploitatie van de databank of waardoor ongerechtvaardigde schade wordt toegebracht aan de rechtmatige belangen van de fabrikant van de databank."

Hierbij is verder van belang artikel 15 van de richtlijn, waarin is bepaald dat 'elk met artikel 8 strijdig contractueel beding (...) nietig (is)'.

28. In punt 128 van haar pleitnota in hoger beroep heeft Wegener opgemerkt dat nu sprake is van strijd met de normale exploitatie van de databank (...) ook inbreuk op artikel 4 Dw gegeven is. Onder 97 van haar pleitnota in hoger beroep is door Wegener naar voren gebracht dat in artikel 4 Dw en artikel 8, lid 2 van de richtlijn 'strijd met de normale exploitatie en het schade toebrengen aan de investering door de rechtmatige gebruiker sowieso verboden is (ook indien geen sprake is van systematisch en herhaald opvragen van niet-substantiële delen)'. Het lijkt erop dat Wegener hiermee wil betogen dat artikel 8, lid 2 van de richtlijn met zich brengt dat een rechtmatige gebruiker van een aan het publiek ter beschikking gestelde databank ook wanneer hij incidenteel (en dus niet herhaald en systematisch) niet-substantiële delen opvraagt of hergebruikt, daarbij niet de normale exploitatie van de databank of de gerechtvaardigde belangen van de fabrikant daarvan mag schaden. Innoweb heeft geen duidelijke reactie gegeven op dit standpunt, dat hierna zal worden aangeduid als: Standpunt A.

29. In de Nederlandse literatuur wordt artikel 4 Dw/8 lid 2 van de richtlijn doorgaans gezien als een herhaling van artikel 2, lid 1, sub b Dw/7 lid 5 van de richtlijn, aldus Kort Begrip, blz. 564. Zie ook Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, blz. 632, waar – onder verwijzing naar J.L. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken* – wordt opgemerkt dat artikel 4 Dw niets toevoegt aan de rechten die de producent van een databank reeds aan artikel 2 Dw kan ontleen en dat artikel 4 Dw slechts 'voor alle zekerheid' is opgenomen. Dit standpunt wordt hierna standpunt B genoemd. Overigens wordt in de MvT op artikel 4 Dw een onderscheid gemaakt tussen de begrenzing van artikel 2, lid 1, onder b Dw en het

'algemeen verbod' van artikel 4 Dw (*Parl. Gesch. Dw.* Blz. 85, 2e alinea), zodat niet zonder meer kan worden gezegd dat de Nederlandse implementatiewetgever van Standpunt B is uitgegaan. Bij de vraag welk standpunt juist is, komt het evenwel aan op uitleg van de richtlijn, en niet op de visie van de Nederlandse implementatiewetgever. Het hof zal zich hierna daarom beperken tot de richtlijnbepalingen.

Voor Standpunt B, en tegen Standpunt A, pleit met name dat aanvaarding van Standpunt A tot gevolg zou hebben dat de rechten van producent van de databank buiten de grenzen van die van artikel 7 van de richtlijn, waarin het voorwerp van bescherming van het 'sui generis' recht is omschreven, worden opgerekt. Het is minder goed voorstelbaar dat dit de bedoeling van de richtlijngever was. Bovendien is in rechtsoverweging 66 van het *Hill*-arrest overwogen dat de handelingen die betrekking hebben op niet-substantiële delen, slechts verboden zijn wanneer aan de voorwaarden van artikel 7, lid 5 van de richtlijn is voldaan.

Voor Standpunt A zijn echter ook een aantal argumenten aan te voeren. In de eerste plaats zijn dat de volgende twee systematische argumenten.

- Het wekt vanuit wetstechnisch oogpunt bevreemding dat een paar zinnen na artikel 7 lid 5 van de richtlijn, namelijk in artikel 8 lid 2 daarvan, artikel 7 lid 5 vrijwel helemaal wordt overgeschreven. Het zou, indien hetzelfde was bedoeld, veeleer voor de hand hebben gelegen om in artikel 8 lid 2 artikel 7 lid 5 van overeenkomstige toepassing te verklaren.
- In artikel 8 lid 2 van de richtlijn ontbreken de in artikel 7 lid 5 van de richtlijn wel voorkomende woorden 'herhaald en systematisch', hetgeen voeding geeft aan de gedachte dat met beide bepalingen niet hetzelfde is bedoeld.

Voor Standpunt A pleit hiernaast een argument van meer inhoudelijke aard, dat te maken heeft met artikel 8 lid 1 in verbinding met artikel 15 de richtlijn. Uit deze artikelen volgt namelijk dat de producent van een aan het publiek ter beschikking gestelde databank de rechtmatige gebruiker daarvan niet contractueel kan verbieden om niet substantiële delen daarvan op te vragen of te hergebruiken en dat die producent hem evenmin contractuele beperkingen in de uitoefening van dat recht kan opleggen. De producent van zo'n databank kan dus geen contractuele middelen inzetten om zich te beschermen tegen voor hem schadelijk opvragen of hergebruik van niet substantiële delen. Lid 2 van artikel 8 zou in dit licht kunnen worden gezien als een waarborg voor de producent dat de rechtmatige gebruiker in ieder geval bepaalde minimumnormen jegens hem in acht heeft te nemen. Zo opgevat zou artikel 8 lid 2 de richtlijn veeleer moeten beschouwd als uitdrukking van het 'goede trouw'-beginsel dan als een onderdeel van het 'sui generis'-recht zelf, waarbij dan overigens de vraag zou kunnen rijzen of de Handhavingsrichtlijn (en dus artikel 1019h Rv) hierop van toepassing zou zijn.

30. Wegener wordt verzocht bij akte aan te geven hoe haar stellingen onder 65 memorie van antwoord en 97 en 128 van haar pleitnota in hoger beroep precies moeten worden verstaan, en of hierin een zelfstandige grondslag van haar vorderingen moet worden gelezen. In de door haar te nemen akte zal Innoweb daarop kunnen reageren. Partijen worden uitgenodigd om daarbij op het zojuist overwogene in te gaan en om aan te geven of wellicht prejudiciële vragen zouden moeten worden gesteld die voorshands als volgt zou kunnen luiden.

12. Moet artikel 8 lid 2 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat daarmee hetzelfde is bedoeld als met artikel 7, lid 5 de richtlijn?
13. Zo neen, welke uitleg moet dan aan artikel 8, lid 2 van de richtlijn worden gegeven?
14. Moet richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving, van intellectuele-eigendomsrechten (Handhavingsrichtlijn), meer in het bijzonder artikel 14 daarvan, aldus worden uitgelegd dat zij ook van toepassing is bij een vordering op grond van artikel 8, lid 2 van de (databanken)richtlijn?
31. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen tegelijkertijd bij akte

- nadere inlichtingen te verschaffen als aangegeven in rechtsoverwegingen 21 en 30 en
- zich uit te laten over de voorgenomen vragen 1 tot en met 14 aan het Hof van justitie EU.

Vervolgens kunnen partijen desgewenst ieder op de akte van de wederpartij reageren.

Beslissing

Het hof:

alvorens verder te beslissen,

verwijst de zaak naar de rol van 12 april 2011 voor het nemen van een akte door ieder van partijen voor doeleinden als in rechtsoverweging 31 nader omschreven.

Noot

Het geschil over het overnemen door de zoekmachine Gaspedaal.nl van het occasionaanbod van Wegeners website Autotrack.nl sleept al sinds 2007, toen de voorzieningenrechter² nog oordeelde dat doorzoeken en gedeeltelijk overnemen was toegestaan. In 2009 oordeelde de bodemrechter dat dit niet was toegestaan.³ Tegen dat vonnis heeft Innoweb, de exploitant van Gaspedaal.nl, beroep ingesteld. Bovenstaand arrest van Hof 's-Gravenhage is een tussenarrest, waarin een aantal interessante overwegingen over het databankenrecht is opgenomen.

Er wordt relatief weinig geprocedeed over het databankenrecht. Dat geldt zowel voor Nederlandse procedures (de laatste jaren niet meer dan een handvol per jaar) als bij het

² Rb. Utrecht (vzr.) 21 november 2007, *Computerrecht* 2008/39, afl. 2.

³ Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *Computerrecht* 2009/107.

Hof van Justitie, waarvan het aantal arresten hierover op de vingers van een hand te tellen is.⁴

Een reden waarom het aantal procedures over het databankenrecht niet hoog is, kan gelegen zijn in de beperkingen die het databankenrecht naar zijn aard geeft aan de producent van een databank die zijn rechten wil invoeren. Het auteursrecht of de geschriftenbescherming – welke kan worden ingeroepen wanneer er geen beroep wordt gedaan op het databankenrecht – blijken in de praktijk vaak meer aanknopingspunten te bieden.

Het beperkte aantal procedures over het databankenrecht zou de indruk kunnen wekken dat alles in databankenland kristalhelder is. Dat is helaas niet het geval. De Databankenrichtlijn is niet toegespitst op het internet (de Richtlijn dateert van 1996 toen het internet in feite nog nauwelijks bestond), en dat verklaart waarom het Haagse Hof maar liefst 14 punten vindt waarop deze Richtlijn uitleg zou behoeven door het Hof van Justitie. Die prejudiciële vragen zijn overigens op het moment van het afronden van deze annotatie (februari 2012) nog niet daadwerkelijk gesteld. En de praktijk leert dat het Hof van Justitie zeer gedetailleerde vragen soms afdoet met vrij algemene antwoorden, maar dat terzijde.

Dat de verzameling gegevens die op Autotrack.nl staat een databank is in de zin van de Databankenwet, daarover bestaat tussen partijen geen discussie meer.

Interessant punt is dat de zoekmachine Gaspedaal.nl niet zelf de databank Autotrack.nl doorzoekt, maar de zoekvraag van de consument realtime 'doorvoert' naar Autotrack.nl en vervolgens alleen de resultaten die ze van Autotrack.nl terugkrijgt gebruikt. Die resultaten worden bewerkt, er wordt slechts een beperkt aantal gegevens per resultaat gebruikt en in de opmaak van Gaspedaal.nl getoond. De consument die meer gegevens van de occasion wil bekijken wordt doorgeleid naar de website Autotrack.nl. Dit betekent volgens het Haagse Hof in ieder geval dat Innoweb niet-substantiële delen van de inhoud van Autotrack.nl hergebruikt. Maar of er met deze wijze van zoeken ook sprake is van hergebruik van de gehele databank van Autotrack.nl of een substantieel deel ervan, daar wil het Haagse Hof een antwoord op van het Hof van Justitie. Vraag daarbij is ook of van belang is of er op grote schaal van gebruik wordt gemaakt (in de orde van grootte van honderdduizenden gegevens per dag).

Voor de leesbaarheid van deze annotatie citeer ik art. 7 lid 5 Richtlijn, omdat daar de belangrijkste vragen over gaan:

4 Zie met name HvJ EG 9 november 2004, *Computerrecht* 2005/4, p. 15 (*British Horseracing Board/William Hill*) en van dezelfde datum ook de zaken nr. C-46/02 (*Fixtures/Oy Veikkaus Ab*); nr. C-338/02 (*Fixtures/Svenska Spel*) en C-333/02 (*Fixtures/OPAP*); HvJ EG 9 oktober 2008, *Computerrecht* 2009/5 (*Directmedia*) en HvJ EG 5 maart 2009, *Computerrecht* 2009/110 (*Apis/Lakorda*).

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

Juridisch is zeer relevant of de overname substantiële delen betreft, of dat het slechts gaat om het herhaald en systematisch opvragen van niet-substantiële delen. Immers, in dat laatste geval moet er sprake zijn van strijd met de normale exploitatie van de databank, of dit moet ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de producent van de databank. Het Haagse Hof doet aan 'close reading' en vindt relevant dat er getwist kan worden over de vraag of het cumulatief gaat om herhaald en systematisch opvragen, of alternatief om herhaald of systematisch opvragen. En als het cumulatieve begrippen zijn, wat betekent het begrip 'systematisch' dan eigenlijk? Het hof is voornemens daarover vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Het hof is voorshands van oordeel dat ernstige schade aan de investering wordt *aangenomen* als hergebruik van niet-substantiële delen als cumulatief effect heeft dat een substantieel deel van de inhoud van de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Ik heb mij in mijn annotatie bij het vonnis van de rechtbank uit 2009 op dit punt kritisch uitgelaten.⁵ Volgens mij moet wel degelijk zelfstandig worden getoetst of er sprake is van strijd met de normale exploitatie of ongerechtvaardigde schade aan de producent. Dat is nu juist de belangrijkste voorwaarde voor deze bescherming. Dat blijkt mijns inziens zowel uit de tekst van art. 7 lid 5 en art. 8 lid 2 Databankenrichtlijn, de implementatie daarvan in art. 2 lid 1 onder b Databankenwet (in het bijzonder het woord 'voor zover', dat duidelijk een voorwaarde stelt), de wetsgeschiedenis⁶ en de literatuur.⁷ Het Haagse Hof is niet helemaal zeker van zijn standpunt en wil ook hierover prejudiciële vragen stellen. Naar mijn mening is relevant dat Gaspedaal.nl maar een deel van de voor de zoekende consument relevante gegevens overneemt, waardoor er toch een zekere 'aanziugende werking' is. Bovendien zijn die gegevens vaak ook in andere databanken te vinden, en dat geeft Gaspedaal.nl bij de presentatie van de zoekresultaten netjes aan.

Vanuit het oogpunt van informatievrijheid is het antwoord dat het Hof van Justitie te zijner tijd zal geven zeer interessant. Gaspedaal.nl biedt consumenten de mogelijkheid te zoeken in andere websites, die niet door een password zijn beveiligd. De technische werking van Gaspedaal.nl verschilt

5 Rb. Utrecht (vzr.) 21 november 2007, *Computerrecht* 2008/39, afl. 2.

6 Bijv. in de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II*, 26 108, nr. 6): 'Het beslissende criterium is ook hier dat of de normale exploitatie in gevaar komt dan wel ongerechtvaardigde schade aan de producent wordt toegebracht.'

7 Beunen, *Protection for Databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Wolf Legal Publishers 2007, p. 201 e.v., waarin deze 'two-step' test wordt vergeleken met de auteursrechtelijke driestappentoeets.

op onderdelen van die van een zoekmachine zoals Google, maar in de kern is ook een 'dedicated search engine' voor consumenten niet meer dan een instrument voor informatiegaring. Het verwijzen middels een klein fotootje en een korte tekst naar op zichzelf openbare en legale informatie zou niet snel onrechtmatig moeten zijn, dat is immers de de factostandaard die ook Google hanteert. In het auteursrecht zijn beperkingen opgenomen – zoals het citaatrecht – om recht te doen aan de vrijheid van meningsuiting, die niet geheel terzijde geschoven kan worden door het auteursrecht. Het databankenrecht kent dergelijke wettelijke beperkingen niet. Maar het grondrecht van de informatie-vrijheid kan niet geheel door het databankenrecht buitenspel gezet worden. Wanneer een website voorwaarden wil stellen aan de presentatie door zoekmachines van de informatie op die website, dan zijn er allerlei mogelijkheden om de toegang te beperken. Een simpele oplossing is bijvoorbeeld de toegang te koppelen aan een password en/of acceptatie van gebruiksvoorwaarden te eisen. Zoekmachines zijn een onontbeerlijk hulpmiddel voor consumenten om informatie die gratis en vrijelijk toegankelijk op internet beschikbaar wordt gesteld daadwerkelijk te vinden. Dit geldt wat mij betreft ook voor 'dedicated search engines' die het de consument mogelijk maken specifieke informatie eenvoudig te vinden. Dit belang van consumenten kan onder omstandigheden worden beperkt door het databankenrecht, maar dat zal dan wel een zorgvuldige afweging verlangen langs de lijnen van art. 10 lid 2 EVRM (het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting dat kan worden beperkt in verband met de rechten van anderen). De tijd zal leren hoe het Hof van Justitie hierover denkt.

mr. O.M.B.J. Volgenant

43

Hof Arnhem (Kort geding) 3 mei 2011, nr. 200.072.291
m.nt. mr. P. Kleve¹

art. 3:2 BW; art. 5:1 BW; art. 5:2 BW; art. 1 Aw; art. 7 Aw;
art. 10 Aw; art. 16c Aw

NJF 2011/257
RAR 2011/114
LJN BQ5240

Werkgever eist afgifte van (kopie) e-mailbestand ex-werknemer op grond van eigendom (revindicatie), intellectuele eigendom (werkgeversauteursrecht) en arbeidsovereenkomst. Het hof wijst de eis af op alle drie de gronden: e-mailbestand is geen zaak; geschriftenbescherming is beperkt tot geschriften bestemd voor open-

baarmaking; uitleg arbeidsovereenkomst beperkt tot 'originele' documenten.

arrest in kort geding
in de zaak van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[appellante] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante,
advocaat: mr. M. Pannevis,
tegen
[geïntimeerde],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het kort geding vonnis van 13 juli 2010 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem tussen appellante (hierna ook te noemen: [appellante]) als eiseres en geïntimeerde (hierna ook te noemen: [geïntimeerde]) als gedaagde heeft gewezen; van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 [appellante] heeft bij exploit van 5 augustus 2010 [geïntimeerde] aangezegd van dat vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van [geïntimeerde] voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft [appellante] vijf grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht en heeft zij bewijs aangeboden. Zij heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest de vorderingen van [appellante] alsnog geheel zal toewijzen met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties, alsmede met veroordeling van [geïntimeerde] tot terugbetaling aan [appellante] van al hetgeen door [appellante] op grond van het vonnis van 13 juli 2010 aan [geïntimeerde] is betaald, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door [appellante] tot aan de dag de voldoening.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden en heeft hij een aantal producties in het geding gebracht. Hij heeft geconcludeerd dat het vonnis van de voorzieningenrechter onverkort in stand dient te blijven en hij verzoekt het hof bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest [appellante] te veroordelen in de kosten van het hoger beroep.

2.3 Ter zitting van 18 maart 2011 hebben partijen de zaak doen bepleiten, [appellante] door mr. M. Pannevis, advocaat te Amsterdam en [geïntimeerde] door mr. J.J.W. van Mens, advocaat te Eindhoven, mr. Pannevis heeft daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

2.4 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

¹ mr. P. Kleve is universitair docent bij het Centrum voor Informatietechnologie en Recht van de Erasmus School of Law.