DEDICATED SEARCH ENGINES EN HET DATABANKRECHT:
TIJD VOOR EEN PRAKTISCHE OPLOSSING

Inleiding

Een aantal uitspraken[1] omtrent *dedicated search engines* heeft reeds geleid tot veel discussie. Met name de Gaspedaal.nl - zaak[2], die specifiek het databankenrecht in relatie tot de *dedicated search engine* betreft, heeft duidelijk gemaakt hoe lastig het is om het databankenrecht toe te passen op nieuwe technologische ontwikkelingen. Eerder heeft Visser al enige praktische handreikingen gedaan om in het licht van de techniek, de praktijk en de betrokken IE-rechten en belangen een juist evenwicht tussen zoekmachines en de exploitatie van openbaar toegankelijke online databanken te bereiken.[3] Aan de hand van de Gaspedaal.nl -zaak pogen wij met dit artikel eveneens een bijdrage te leveren om de juiste balans te vinden tussen de belangen van de houders van databankrechten enerzijds en het publieke belang van informatievrijheid op het internet anderzijds.

Gaspedaal.nl-zaak

De feiten in de Gaspedaal.nl - zaak zijn als volgt. Wegener beheert via Autotrack.nl een databank van autoadvertenties. Innoweb biedt sinds begin 2007 via haar website Gaspedaal.nl een zogeheten *dedicated search engine* aan waarmee kan worden gezocht in diverse verzamelingen van autoadvertenties die op de websites van derden worden aangeboden, waaronder de door Wegener via AutoTrack aangeboden verzameling. Innoweb heeft met een aantal online aanbieders van autoadvertenties afspraken gemaakt hieromtrent. Met Wegener bestaat een dergelijke afspraak echter niet. Innoweb doorzoekt de advertentieverzameling van Wegener "*real time*". Dit houdt in dat de zoekmachine van Innoweb een zoekopdracht niet op een eigen kopie van de gegevensverzameling uitvoert, maar bij elke zoekopdracht opnieuw de oorspronkelijke gegevensverzameling doorzoekt. Het resultatenoverzicht bevat vervolgens steeds de bron voor ieder zoekresultaat waarbij ook een *thumbnail* en een *deeplink* naar de desbetreffende volledige advertentie is opgenomen. Wegener spreekt Innoweb onder meer aan op grond van haar databankrecht.

De rechtbank Den Haag wijst deze vordering toe. De rechtbank stelt daartoe in de eerste plaats vast dat Wegener een databank(recht) bezit. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de handelingen van Innoweb vallen onder opvragen en hergebruiken van deze databank.[4] Er is volgens de

---

[1] Vzr. Rb. Arnhem 16 maart 2006, LJN AV 5236 en Hof Arnhem 4 juli 2006 LJN AY0089 (*Zoekallehuizen.nl*), Vzr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, LJN BB1207 en Hof Amsterdam 13 december 2007, LJN BC0125, (*Jaap.nl*), HR 22 maart 2002 NJ 2003, 149 (*El Cheapo*), Vzr. Rb. Utrecht 21 november 2007, LJN BB8341 en Rb.Den Haag 11 februari 2009 (*Gaspedaal.nl*).
[2] Vzr. Rb. Utrecht 21 november 2007, LJN BB8341 en Rb.Den Haag 11 februari 2009 (*Gaspedaal.nl*).
[3] Prof. Mr. D.J.G. Visser " Doorzoekalledatabanken.nl. Enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content-databanken, auteursrecht en databankenrecht", *Dommering-bundel,* p.359-367, Cramwinckel, Amsterdam 2008
[4] Bij de vraag of de handelingen van Innoweb vallen onder opvragen en hergebruiken van een substantieel deel dan wel niet-substantiele delen van de databank heeft Prof. Mr. D.J.G. Visser zich andersluidend uitgelaten in zijn noot Vzr. Rechtbank Utrecht, 21 november 2007, *LJN*:BB8341 (*Gaspedaal.nl*).

rechtbank echter geen sprake van het opvragen en/of hergebruiken van een *substantieel deel* van de databank (artikel 2 lid 1 sub a Dw), omdat Innoweb de bij een zoekopdracht opgevraagde gegevens slechts tijdelijk ten behoeve van de uitvoering van de betreffende zoekopdracht vastlegt op haar server. Nadat de gebruiker een nieuwe zoekopdracht invoert, verdwijnen de eerdere zoekresultaten.

Wel is de rechtbank van oordeel dat Innoweb niet-substantiële delen van de databank van Wegener opvraagt en/of hergebruikt. Het opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen is op grond van artikel 2 lid 1 sub b Dw onrechtmatig "*voorzover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van die databank*". Uit rechtspraak van het HvJ EG[5] volgt dat aan deze (strengere) criteria is voldaan wanneer door de cumulatieve werking van deze handelingen alsnog gebruik kan worden gemaakt van een substantieel deel van de databank, hetgeen ernstige schade zou toebrengen aan de investering van de samensteller van de databank. De rechtbank oordeelt dat hiervan in de Gaspedaal.nl – zaak sprake is en verbiedt Innoweb om gegevens van AutoTrack aan te bieden via de website gaspedaal.nl.

Een praktische oplossing: de dwanglicentie?

De Gaspedaal.nl - uitspraak heeft de pennen inmiddels volop in beweging gekregen, waarbij ook één van de auteurs van deze bijdrage zich reeds in de discussie heeft gemengd.[6] De meningen over de reikwijdte van het verbodsrecht van de houder van een databankrecht lopen nogal uiteen. Het speelveld wordt begrensd door enerzijds de financiële belangen van de databankhouder en anderzijds het publiek belang van de informatiemaatschappij, waarin *sharing* en toegankelijkheid van informatie het grootste goed is. Het internet is in relatief korte tijd verworden tot een gigantische brei aan informatie. Het eenvoudig vinden en ontsluiten van specifieke informatie is voor de gebruiker van het internet van steeds groter belang. *Dedicated search engines* vervullen hierin een belangrijke rol. Om recht te doen aan de wensen van de internetgebruiker, indachtig de

---

[5] HvJ EG, 9 november 2004, British Horseracing Board v William Hill waarin werd uitgelegd dat:
"(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.
(95)Gelet op het voorgaande dient op de tiende prejudiciële vraag te worden geantwoord dat het verbod van artikel 7, lid 5, van de richtlijn betrekking heeft op het zonder toestemming opvragen en/of hergebruiken, dat ertoe strekt om door zijn cumulatieve effect zonder toestemming van de samensteller van een databank de gehele inhoud of een substantieel deel daarvan te reconstrueren en/of ter beschikking van het publiek te stellen, en dat aldus ernstige schade toebrengt aan de investering van die persoon."

[6] Dirk Visser, Noot bij Vzr. Rechtbank Utrecht, 21 november 2007, LJN: BB8341, Wegener IICT Media B.V., tegen Innoweb B.V., *Mediaforum* 2008-1, p. 46-48, Wim Maas, reactie op noot van prof. mr. D.J.G. Visser bij Vzr. Rechtbank Utrecht, 21 november 2007, LJN: BB8341, Wegener ICT Media B.V., tegen Innoweb B.V. B9 5595, Dirk Visser, "Doorzoekalledatabanken.nl. Enkele opmerkingen over zoekmachines, open-content-databanken, auteursrecht en databankenrecht" *Dommering-bundel*, p.359-367, Cramwinckel, Amsterdam 2008, Wim Maas, "Gaspedaal.nl: dedicated meta search engines onder vuur", noot bij Rechtbank 's-Gravenhage, 11 februari 2009, B9 7570.

woorden van één van de *founding fathers* van het *world wide web*[7], willen wij in deze bijdrage een voor IE-juristen bekende figuur tegen het licht houden: de dwanglicentie[8]. Hoewel ook de dwanglicentie-regeling haken en ogen kent, - waarover hierna meer - zien wij in de figuur van de dwanglicentie een praktische oplossing waarmee de juiste balans tussen de financiële belangen van de databankhouder en het belang van de informatievrijheid op internet kan worden gerealiseerd.

De mededingingsrechtelijke dwanglicentie

Het is heersende leer dat het mededingingsrecht de exclusiviteit van IE-rechten kan doorbreken. Het gaat dan in het bijzonder om misbruik van een machtspositie op grond van artikel 82 EG. Een intellectueel eigendomsrecht betekent overigens niet dat er automatisch sprake is van een machtspositie. Pas als voor een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product nauwelijks gelijkwaardige substituten bestaan, kan er sprake zijn van een mededingingsrechtelijke machtspositie. Van *misbruik* van die machtspositie kan vervolgens pas worden gesproken, indien de houder van het IE-recht weigert een licentie te verschaffen, en hierdoor de mededinging beperkt.[9] In zo'n geval van misbruik kan de dominante onderneming worden verplicht een licentie onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden (een dwanglicentie) te verstrekken aan degene die daarom verzoekt.

In de considerans van de Databankenrichtlijn is ondubbelzinnig overwogen dat "*teneinde de mededinging tussen de leveranciers van producten en diensten op de informatiemarkt te bevorderen, het recht sui generis niet zodanig mag worden uitgeoefend dat misbruik van machtspositie daardoor in de hand wordt gewerkt, met name niet waar het betreft de schepping en verspreiding van nieuwe producten en diensten met een toegevoegde intellectuele, documentaire, technische, economische of commerciële waarde*."[10] Met andere woorden, de richtlijn laat derhalve de toepassing van het nationale en communautaire mededingingsrecht onverlet.

Maar welke invloed kan het mededingingsrecht hebben op de exclusieve rechten van de producent van een databank? Wij menen dat die invloed vrij groot kan zijn. Op grond van het mededingingrecht kan de houder van *dedicated search engine* onder bepaalde omstandigheden een *FRAND-license* afdwingen. Een illustratief voorbeeld is te vinden in de *Magill*-zaak[11].

---

[7] "We zorgen ervoor dat het internet van iedereen blijft en niet ten prooi valt aan commerciële belangen" Berners-Lee, Tim; Fischetti, Mark (1999). *Weaving the Web*. HarperSanFrancisco. chapter 12. ISBN 9780062515872.

[8] De uiteindelijke Databankrichtlijn kent de figuur van de dwanglicentie niet, in tegenstelling tot de Rijksoctrooiwet, de Zaai- en Plantgoedwet en de Auteurswet.

[9] HvJEG 29 april 2004, zaak C-418/01 (*IMS Health/NDC Health*). Zie hierover A. Kamperman Sanders, "Intellectuele eigendom na HvJEG IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?", *AMI/Informatierecht* 2004/4, p. 124-132 en de noot van B.J. Drijber bij dit arrest, *AMI/Informatierecht* 2004/4, p. 137-140. Zie verder de noot van W.A. Hoyng bij GvEA 26 oktober 2001, zaak T-184/01 R, *Markt & Mededinging* 2002/3, p. 113-117 (*IMS Health/Commissie*), W.G. Wezenbeek-Geuke, "IMS Health; misbruik van machtspositie en intellectuele eigendomsrechten", *NTER* 2001/12, p. 333-343; F. Fine, "*NDC/IMS*: A logical application of essential facilities doctrine", *ECLR* 2002/9, p. 457-468.

[10] Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, considerans (47).

[11] HvJ EG 6 april 1991, zaak C-241/95, *NJ* 1995, 492 (*Magill*)

Voor degenen bij wie de feiten van de *Magill*-zaak inmiddels zijn weggezakt, zetten wij deze hier nog even op een rijtje. Het betrof een drietal omroepen, RTE, ITV en BBC die in Noord-Ierland en Ierland de enige bron van TV-programmagegevens waren. Zij beschikten daarmee over een feitelijk monopolie. Elk station gaf een tv-gids uit waarin uitsluitend de eigen programma's werden vermeld en maakte aanspraak op auteursrechtelijke bescherming van deze wekelijkse programmaoverzichten. Er bestond derhalve op de Noord-Ierse en Ierse markt geen enkele wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids. Magill probeerde een dergelijke alomvattende tv-gids te publiceren, maar kreeg daarvoor geen licentie van de desbetreffende omroepen. Het HvJ EG bepaalde dat de licentieweigering misbruik van machtspositie was, omdat er sprake was van een derde die een product op de markt wil brengen dat nieuw is en waar een reële vraag naar is, en in welke vraag niet wordt voorzien door de houder van het IE-recht.

Men zou kunnen betogen dat ook de *dedicated search engine* van Gaspedaal.nl een nieuw product is dat een derde op de markt wil brengen, waar een reële vraag naar is, terwijl in deze vraag door de houder van het IE-recht (de databankgerechtigde) niet wordt voorzien. Ook zou in lijn met de considerans van de Databankenrichtlijn kunnen worden verdedigd dat Gaspedaal.nl een toegevoegde waarde heeft voor de consument, zowel documentair, economisch als commercieel.

Wij constateren echter wel een belangrijk verschil met de Magill-zaak. De Ierse omroepen beschikten immers uit de aard der zaak over een *feitelijk* monopolie op de programmagegevens. Voor databankgerechtigden als Autotrack.nl is dit niet per se het geval. De informatie waarover zij beschikken zal vaak ook in andere databanken of op andere websites aanwezig zijn. De desbetreffende databankgerechtigden hebben daar geen controle over. De vraag rijst dan ook of occasion-sites (zoals Autotrack.nl) überhaupt een machtspositie hebben. Het beantwoorden van deze vraag willen wij graag overlaten aan een rechter. In ieder geval is duidelijk dat niet iedere databankgerechtigde een (mededingingsrechtelijk relevante) machtspositie heeft, en dat het verkrijgen van een dwanglicentie dan niet tot de mogelijkheden behoort. Naar onze mening is de *mededingingsrechtelijke* dwanglicentie daardoor niet zo geschikt voor het realiseren van de gewenste balans tussen de financiële belangen van de databankhouder en het publieke belang van de toegankelijk van informatie op het *world wide web*.

De databankrechtelijke dwanglicentie

Dat is niet alleen jammer, maar het verbaast ook enigszins. Het was immers van meet af aan de bedoeling van de Europese wetgever om de figuur van de dwanglicentie te introduceren in het databankenrecht. Artikel 8 van haar eerste Voorstel[12] voorzag ook in de mogelijkheid van een dwanglicentie.

> Article 8:
>
> <u>Acts Performed in relation to the content of a database – unfair extraction of the contents</u>

[12] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PB.C.* 23 juni 1992, afl. 156, 4.

1. Notwithstanding the right provided for in Article 2(5) to prevent the unauthorized extraction and re-utilization of the contents of a database, if the works or materials contained in a database which is made publicly available cannot be independently created, collected or obtained from any other source, the right to extract and re-utilize, in whole or substantial part, works or materials from that database for commercial purposes, shall be licensed on fair and non-discriminatory terms.

2. The right to extract and re-utilize the contents of a database shall also be licensed on fair and non-discriminatory terms if the database is made publicly available by a public body which is either established to assemble or disclose information pursuant to legislation, or is under a general duty to do so.

(…)

De bedoeling van deze regeling was volgens de Europese Commissie om de "flow of information" te waarborgen. Indien de beschermde databank de *enige* bron van bepaalde informatie is moet er voor commercieel gebruik een dwanglicentie onder "fair and non-discriminatory terms" kunnen worden verkregen.[13] Anders dan onder de Magill-leer was de databankrechtelijke dwanglicentie *niet* beperkt tot gevallen van misbruik van machtspositie. Ook was niet vereist dat degene die aanspraak maakt op een dwanglicentie een nieuw product op de markt lanceert met toegevoegde waarde.

Kortom, de vereisten om voor een databankrechtelijke dwanglicentie zoals verwoord in dit Voorstel in aanmerking te komen waren veel lager dan voor het verkrijgen van een mededingingsrechtelijke dwanglicentie. Toch werd de desbetreffende bepaling in de uiteindelijke Richtlijn geschrapt omdat het mededingingsrecht voldoende remedies zou bieden (zie het einde van overweging 47 uit de considerans). Wij vinden de schrapping van de dwanglicentie-bepaling buitengewoon ongelukkig. De figuur van de dwanglicentie zoals deze in het eerste voorstel voor de richtlijn was opgenomen, bood ontegenzeggelijk *meer* mogelijkheden om toegang tot beschermde databanken af te dwingen dan de mededingingsrechtelijke dwanglicentie uit Magill.

Naar onze mening heeft de Europese wetgever de nadelige consequenties van de schrapping van de dwanglicentie-bepaling niet bedoeld. Uit alles blijkt dat er vanuit is gegaan dat met toepassing van het mededingingsrecht wel de gewenste balans tussen de verschillende commerciële en publieke belangen zou kunnen worden gewaarborgd.

Conclusie

De vragen die in de Gaspedaal.nl-zaak voorliggen aan de rechter laten wij onbeantwoord. Het doel van dit artikel is immers louter een praktische oplossing te suggereren waarmee de juiste balans tussen de financiële belangen van databankhouders en het algemeen belang van de informatievrijheid op internet kan worden gevonden. Wij constateren namelijk dat het algemeen

[13] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PB.C.* 23 juni 1992, afl. 156, 4, pagina 25.

belang van *sharing* en het belang om in de brei aan informatie op het *world wide web* ordening aan te brengen in de rechtspraak ondergesneeuwd lijkt te raken. Generieke zoekmachines speelden reeds een cruciale rol op het internet. Wij verwachten echter dat juist *dedicated search engines* in de toekomst steeds belangrijker gaan worden om op het internet door de bomen het bos te vinden. Om het voorbestaan van deze specifieke zoekmachines te waarborgen is het van belang dat er remedies zijn die recht doen aan het algemeen belang van de informatievrijheid. De huidige interpretatie van de Databankenrichtlijn biedt te weinig ruimte voor het voortbestaan van *dedicated search engines*. Dat zou niet zo'n probleem zijn geweest, indien de Europese wetgever er niet voor had gekozen om de dwanglicentie-regeling te schrappen uit de definitieve richtlijn. Thans wordt het dus aan het mededingingsrecht overgelaten om die balans in voorkomende gevallen te herstellen. Wij menen echter dat de mededingingsrechtelijke dwanglicentie in slechts weinig gevallen uitkomst zal bieden aan *dedicated search engines*, daar niet in alle gevallen sprake zal zijn van een (misbruik van) machtspositie. Wij hopen dat de Commissie deze situatie zal onderkennen en in haar volgende verslag[14] met een passend voorstel komt om de doeltreffendheid van de Databankrichtlijn te verbeteren. Ons inziens zou hierbij gedacht kunnen worden aan het (alsnog) opnemen van een dwanglicentie-regeling die onder bepaalde omstandigheden toegang tot een beschermde databank mogelijk maakt zonder toestemming van de databankproducent.

Wim Maas
Charlotte de Boer

Deterink Advocaten en Notarissen

[14] De Commissie legt het Europees Parlement, de Raad en het Economisch en Sociaal Comité om de vier jaar een verslag voor over de toepassing en de gevolgen van de databankrichtlijn (artikel 11 Databankrichtlijn).