

Hoge Raad, 22 maart 2002, NVM v El Cheapo

DATABANKENRECHT

Databank

- **Afzonderlijke onderdelen als databank**

De omstandigheid dat onderdelen die niet tot een databank als zodanig behoren, maar die voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijk zijn, zoals de thesaurus en de indexeringsystemen, mede onder de bescherming ingevolge de Richtlijn kunnen vallen, brengt niet mee dat afzonderlijke onderdelen van de databank zelf niet ook als databanken kunnen worden beschouwd.

- **Spin-off andere activiteit niet relevant voor vraag of sprake is van substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet**

Hierbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een 'spin-off' van de hoofdactiviteit of een andere activiteit van de producent. Aldus overwegende heeft het Hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door voor de toepassing van art. 1, onder a, Databankenwet klaarblijkelijk beslissend te achten of sprake is van een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Noch de tekst noch de strekking van deze bepaling noopt ertoe de uitgaven buiten beschouwing te laten, die zijn gedaan voor bijvoorbeeld

het verzamelen en ordenen van de gegevens, los van de vraag of en wanneer deze op het internet worden geplaatst. Ook het door het Hof aan een utlating van de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Databankenwet ontleende 'spin-off'-argument mist in dit verband betekenis, aangezien noch de Richtlijn noch de tekst van art. 1, onder a, Databankenwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen. De opvatting van het Hof zou bovendien tot aanzienlijke afbakingsmoeilijkheden leiden. Ook indien juist zou zijn dat de in de database opgenomen gegevens reeds dienden voor de hoofdactiviteiten van de makelaars, staat dit niet eraan in de weg dat de database, wanneer deze via het internet voor het publiek beschikbaar komt, evenzeer op grond van de Richtlijn en de Databankenwet voor bescherming in aanmerking kan komen.

AUTEURSRECHT

Geen auteursrechtelijk beschermde werken?

niet begrijpelijk op grond waarvan het Hof tot de slotsom is gekomen dat noch de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's noch de vormgeving van de website aan die maatstaf voldoen

De onderdelen 4.1 - 4.4 bestrijden met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof in rov. 7 van zijn arrest dat aan de pagina's met de beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende andere informatie geen (volledige) auteursrechtelijke bescherming - waarmee het Hof kennelijk bedoelt: geen auteursrechtelijke bescherming anders dan als geschrift - toekomt, daar deze pagina's geen eigen origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen. Aldus overwegende is het Hof uitgegaan van de juiste maatstaf. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is evenwel in het licht van hetgeen NVM daaromtrent heeft gesteld niet begrijpelijk op grond waarvan het Hof tot de slotsom is gekomen dat noch de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's noch de vormgeving van de website aan die maatstaf voldoen. Ook in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft is het Hof derhalve tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht (vgl. HR 4 juni 1993, nr. 15096, NJ 1993, 659).

Bewijs makerschap NVM

In het bijzonder gelet op art. 4 en 8 Auteurswet 1912 is evenwel zonder nadere motivering niet begrijpelijk de vaststelling van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is

Het Hof heeft bij zijn hiervoor in 3.5 weergegeven oordeel nog "daargelaten dat niet aannemelijk is geworden dat NVM of MDC de maker van die beschrijvingen is". NVM heeft zich in dit geding beroepen op haar auteursrechten op onder meer de beschrijvingen van de te

koop aangeboden woningen. In het bijzonder gelet op art. 4 en 8 Auteurswet 1912 is evenwel zonder nadere motivering niet begrijpelijk op grond waarvan de vaststelling van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is, tot zijn slotsom leidt dat van inbreuk op de auteursrechten van NVM geen sprake kan zijn.

AUTEURSRECHT/GESCHRIFTEN-BESCHERMING

Ontlening door eenvoudige herhaling

- Wel verdient opmerking dat van een auteursrechtelijk verboden overneming ook sprake kan zijn in geval van overneming met wijzigingen van minder ingrijpende aard, en derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat (vgl. [HR 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116](#)).

- Daaraan doet de wijze van verkrijgen van onderzoeksresultaat niet af

Het tweede zoekresultaat dat wordt verkregen door een specifieke woning aan te klikken bestaat uit de beschrijving van de woning die uit de NVM-database - kennelijk is het Hof hierbij uitgegaan van het geval dat een woning uit het NVM-bestand is aangeklikt (vgl. hetgeen hiervoor in 3.1 onder (vi) is overwogen) - wordt opgehaald en aan de gebruiker wordt doorgegeven. In deze vaststelling van het Hof ligt besloten dat het aan de gebruiker doorgegeven resultaat volledig identiek is aan de beschrijving die in de NVM-database is opgenomen. In een dergelijk geval is sprake van ontlening door eenvoudige herhaling. Hieraan doet, anders dan het Hof heeft overwogen, de wijze van verkrijgen van dit tweede zoekresultaat niet af. De onderdelen 5.3 en 5.4 die hierover klagen, zijn derhalve gegrond.

ONRECHTMATIGE DAAD

Geen onjuiste rechtsopvatting

door op grond van een en ander te oordelen dat niet genoegzaam aannemelijk is geworden dat sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden een onrechtmatig karakter heeft, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Mede gelet op de omstandigheid dat het hier gaat om een beoordeling van de vraag of De Telegraaf onrechtmatig heeft gehandeld, los van de vraag of zij met dit handelen inbreuk heeft gemaakt op een of meer van de hiervoor besproken rechten van NVM, heeft het Hof door op grond van dit een en ander te oordelen dat niet genoegzaam aannemelijk is geworden dat sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden een onrechtmatig karakter heeft, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk en, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, niet onvoldoende gemotiveerd.

Vindplaatsen: LJN: [AD9138](#); NJ 2003, 143, m.nt. Spoor

Hoge Raad, 22 maart 2002

(P. Neleman, A.E.M. van der Putt-Lauwers, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman en E.J. Numann)

Arrest

in de zaak van:

1. NEDERLANDSE VERENIGING VAN MAKELAARS IN ONROERENDE GOEDEREN EN VASTGOED-DESKUNDIGEN NVM,

2. NVM MAKELAARS DIENSTENCENTRUM B.V.,

beide gevestigd te Nieuwegein,

EISERESSEN tot cassatie,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

1. N.V. HOLDING MAATSCHAPPIJ DE TELEGRAAF,

2. B.V. DAGBLAD DE TELEGRAAF,

beide gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTERS in cassatie,

advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. L.M. Schreuders-Ebbekink.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie - verder, zowel ieder afzonderlijk als gezamenlijk, te noemen: NVM - hebben bij exploit van 21 juli 2000 verweersters in cassatie - verder gezamenlijk te noemen: De Telegraaf - in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad De Telegraaf te gelasten met onmiddellijke ingang iedere inbreuk, rechtstreeks, dan wel door middel van een op enigerlei wijze met (een) met hen verbonden (rechts)persoon op de merk- auteurs-/persoonlijkheids- en databankrechten van NVM en genoemd overig onrechtmatig handelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, in het bijzonder het opvragen, verveelvoudigen, aanbieden of (anderszins) openbaar maken of hergebruiken van (onderdelen van) de website www.nvm.nl op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 25.000,-, te betalen voor elke dag (een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend) dat (een der) gedaagde(n) - geheel of gedeeltelijk - met de nakoming hiervan in gebreke blijven.

De Telegraaf heeft de vordering bestreden.

De President heeft bij vonnis van 12 september 2000 De Telegraaf gelast uiterlijk binnen vier weken na betekening van dit vonnis iedere inbreuk, rechtstreeks, dan wel door middel van een op enigerlei wijze met (een van) hen verbonden (rechts)persoon op de databankrechten van NVM te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, in het bijzonder het opvragen en/of hergebruiken van het geheel of een substantieel deel van de ten processe bedoelde databank, voor zover daarmee volgens dit vonnis inbreuk wordt gemaakt, zulks op straffe van een dwangsom ten gunste van NVM van € 25.000,- per dag of een gedeelte daarvan, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft De Telegraaf hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. NVM heeft voorwaardelijk en onvoorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 21 december 2000 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en te dien aanzien opnieuw rechtdoende het gevorderde afgewezen.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft NVM beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Telegraaf heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De advocaat van NVM heeft bij brief van 23 januari 2002, en de advocaat van De Telegraaf heeft bij brief van 25 januari 2002 op deze conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) NVM onderhoudt op het internet een site op het adres www.nvm.nl. Deze site biedt de bezoeker diverse mogelijkheden, waaronder het aanklikken van de link "zoek een koopwoning". Als de gebruiker voor deze mogelijkheid kiest, verschijnt een pagina die, door het intypen van diverse zoekcriteria, de mogelijkheid opent kennis te nemen van een per gebied bepaalde selectie uit het door NVM aangelegde bestand van te koop aangeboden woningen. Binnen het gekozen gebied kan gezocht worden naar gelang de gewenste soort woning en de in aanmerking komende prijsklasse.

(ii) Als de gebruiker heeft gekozen voor gebied, woningtype en prijsklasse, en een zoekopdracht heeft gegeven, verschijnt een lijst van maximaal tien woningen met aanduiding van adres, soort woning, prijs en de mededeling of een foto beschikbaar is. Als het aanbod bestaat uit meer dan tien woningen, kan worden doorgeklikt naar de volgende tien woningen van de lijst.

(iii) De aldus getoonde lijst is per vermelde woning voorzien van een hyperlink, bij aanklikken waarvan een vervolgpagina verschijnt waarop een uitgebreide nadere omschrijving van de desbetreffende woning is opgenomen, al dan niet vergezeld van een foto. Tevens wordt op deze pagina de naam van de verkopende makelaar vermeld, welke naam is voorzien van een hyperlink die leidt naar de website van die makelaar.

(iv) De Telegraaf exploiteert een zoekmachine op het internet, die zich bevindt op het adres www.elcheapo.nl. De homepage van deze site vermeldt dat de bezoeker is aangeland bij een "razendsnelle koopjesjager". Op de homepage van El Cheapo wordt de bezoeker in de gelegenheid gesteld een keuze te maken uit verschillende, met een hyperlink verbonden categorieën waaronder "auto", "muziek", "reizen" en "wonen". Wordt de hyperlink "wonen" aangeklikt, dan verschijnt een pagina getiteld "zoek uw favoriete woning". Aldaar kunnen zoekcriteria worden ingevuld, zoals plaats, straat, type en prijscategorie, waarna via een button gemerkt "zoek" een zoekopdracht kan worden gegeven.

(v) Na het geven van een dergelijke zoekopdracht gaat de server van El Cheapo diverse woningbestanden, waaronder het woningbestand van NVM, aan de hand van de opgegeven criteria doorzoeken. De gegevens van de woningen die aan de opgegeven criteria voldoen, worden vervolgens gekopieerd naar de server van El Cheapo. Deze gegevens worden gecombineerd tot een lijst, die wordt weergegeven op het beeldscherm van de bezoeker. Deze lijst bestaat uit een aantal regels. Op iedere regel worden achtereenvolgens weergegeven het bestand waaruit de woning afkomstig is (bijvoorbeeld: NVM of NWI), de plaats, het adres, de soort woning, de prijs en of al dan niet een foto voorhanden is. De lijst wordt weergegeven in een geheel door El Cheapo in haar "huisstijl" uitgevoerde vormgeving en kan maximaal 100 resultaten bevatten.

(vi) Zowel de aanduiding van het bestand als de prijs in een regel van de lijst van El Cheapo is voorzien van een hyperlink. Bij aanklikken daarvan verschijnt, ingeval het gaat om een woning afkomstig uit het NVM-bestand, de pagina met de uitgebreide omschrijving van de woning, dat wil zeggen de laatste pagina (hiervoor onder (iii) omschreven) die verschijnt bij een zoeksessie op de site van NVM.

(vii) Deze pagina verschijnt in een - verkleind doch eenvoudig te vergroten - frame van NVM en vertoont derhalve hetzelfde uiterlijk als de pagina die na een zoeksessie op de site van NVM zou zijn verkregen. Aanvankelijk was het niet mogelijk via de door een zoekopdracht bij El Cheapo opgeroepen pagina naar de homepage van NVM te gaan en/of van andere getoonde hyperlinks, zoals die welke verwijst naar de verkopende makelaar, gebruik te maken, doch die beperkingen zijn inmiddels opgeheven.

(viii) De door de server van El Cheapo, onder meer uit het bestand van NVM, gekopieerde gegevens blijven daar nog beschikbaar zolang de bezoeker daarvan gebruik maakt en nog een aantal minuten daarna.

3.2 NVM heeft in het onderhavige kort geding gevorderd, samengevat weergegeven, De Telegraaf te gelasten iedere inbreuk op de merkrechten, auteurs-/persoonlijkheidsrechten en databankrechten van NVM, in het bijzonder het opvragen, verveelvoudigen, aanbieden of (anderszins) openbaar maken of hergebruiken van (onderdelen van) de website www.nvm.nl. te staken en gestaakt te houden. De President heeft de vordering van NVM, voor zover deze was gegrond op haar databankrecht, toegewezen en De Telegraaf gelast iedere inbreuk op de databankrechten van NVM te staken en gestaakt te houden, in het bijzonder door het opvragen en/of hergebruiken van het geheel of een substantieel deel van de ten processe bedoelde databank. Het Hof heeft de vordering afgewezen. Hiertegen richt zich het middel.

3.3.1 Met het oog op de beoordeling van de eerste appelgrief van De Telegraaf, die was gericht tegen het oordeel van de President dat voorshands voldoende is komen vast te staan dat sprake is van een substantiële investering als bedoeld in art. 1 lid 1, onder a, Databankenwet, heeft het Hof in de eerste plaats onderzocht of de database - aldus duidt het Hof de online verzame-

ling van gegevens van NVM betreffende woningen en makelaars aan - kan worden aangemerkt als een databank in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet. De desbetreffende omschrijving luidt: "a.databank: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch zijn geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering".

In dit verband heeft het Hof:

(a) de stelling van NVM verworpen dat de database in feite bestaat uit een verzameling kleinere databanken van de verschillende steden en dorpen en dat slechts de afzonderlijke databanken zijn te raadplegen;

(b) geoordeeld dat de database van NVM valt aan te merken als een verzameling gegevens die systematisch geordend zijn en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn;

(c) een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet onvoldoende aannemelijk geacht, en de eerste grief gegrond bevonden.

3.3.2 Naar aanleiding van de onderdelen 2.1 en 2.2, die het hiervoor onder (a) weergegeven oordeel bestrijden, overweegt de Hoge Raad dat voor de beoordeling van de vraag of delen van een databank zelf ook als afzonderlijke databanken kunnen worden aangemerkt, in de eerste plaats dient te worden vastgesteld of deze afzonderlijke delen vallen onder de hiervoor weergegeven omschrijving van art. 1 lid 1, onder a, Databankenwet. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat de NVM-database onder meer de mogelijkheid opent om "door op de homepage van NVM de functietoets 'Zoek een koopwoning' aan te klikken en vervolgens op de volgende pagina enige criteria aan te geven (...) te zoeken in het totale woningbestand van NVM c.s. in Nederland (...)". Dit is evenwel niet een begrijpelijke weerlegging van het door NVM aan haar stelling ten grondslag gelegde betoog dat het voor een zoekopdracht steeds noodzakelijk is een plaats op te geven, zodat met een afzonderlijke zoekopdracht niet in het totale bestand in Nederland, maar telkens slechts in het op de opgegeven plaats betrekking hebbende bestand kan worden gezocht.

Overweging 20 van de Richtlijn 96/9 EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Pb EG L77, (hierna: de Richtlijn) biedt, anders dan het Hof heeft overwogen, geen steun voor zijn oordeel. De omstandigheid dat onderdelen die niet tot een databank als zodanig behoren, maar die voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijk zijn, zoals de thesaurus en de indexeringsystemen, mede onder de bescherming ingevolge de Richtlijn kunnen vallen, brengt niet mee dat afzonderlijke onderdelen van de databank zelf niet ook als databanken kunnen worden beschouwd.

De onderdelen treffen derhalve doel.

3.4.1 De onderdelen 2.3 en 3 richten zich tegen het hiervoor in 3.3.1 onder (c) samengevatte oordeel van het Hof. Het Hof heeft dit oordeel hierop gegrond dat onvoldoende aannemelijk is dat de in productie 27 van NVM vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet, en dat voor het overige geen processtukken in het geding zijn gebracht op grond waarvan een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet voldoende aannemelijk is te achten. Hierbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een 'spin-off' van de hoofdactiviteit of een andere activiteit van de producent.

Aldus overwegende heeft het Hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door voor de toepassing van art. 1, onder a, Databankenwet klaarblijkelijk beslissend te achten of sprake is van een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Noch de tekst noch de strekking van deze bepaling noopt ertoe de uitgaven buiten beschouwing te laten, die zijn gedaan voor bijvoorbeeld het verzamelen en ordenen van de gegevens, los van de vraag of en wanneer deze op het internet worden geplaatst. Ook het door het Hof aan een uitspraak van de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Databankenwet ontleende 'spin-off'-argument mist in dit verband betekenis, aangezien noch de Richtlijn noch de tekst van art. 1, onder a, Databankenwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen. De opvatting van het Hof zou bovendien tot aanzienlijke afbakeningsmoeilijkheden leiden. Ook indien juist zou zijn dat de in de database opgenomen gegevens reeds dienden voor de hoofdactiviteiten van de makelaars, staat dit niet eraan in de weg dat de database, wanneer deze via het internet voor het publiek beschikbaar komt, evenzeer op grond van de Richtlijn en de Databankenwet voor bescherming in aanmerking kan komen.

De onderdelen zijn gegrond.

3.4.2 In rov. 5 van zijn arrest heeft het Hof in verband met zijn beoordeling van appelgrief 1 van De Telegraaf het oordeel van de President onderzocht dat reeds van een substantiële investering sprake is nu de aanschaf van "NVM-boxen" van € 15.000,- per stuk ten behoeve van 2130 makelaarskantoren neerkomt op een totale investering van ruim € 31 miljoen. Onderdeel 3.1 bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof dat de investeringen gedaan in de "NVM-boxen" buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het Hof heeft dit oordeel klaarblijkelijk doen steunen op de erkenning van NVM bij pleidooi dat de "NVM-boxen" waren aangeschaft ten behoeve van het interne netwerk, waarmee het Hof doelt op het netwerk dat met het oog op informatie-uitwisseling tussen makelaars al bestond voor de plaatsing van de databank op de website van NVM. Uit hetgeen hiervoor in 3.4.1 met

betrekking tot de onderdelen 2.3 en 3 is overwogen, volgt dat het onderdeel, voor zover het een hierop gerichte klacht bevat, gegrond is. Voor het overige behoeft het onderdeel geen behandeling.

3.5 De onderdelen 4.1 - 4.4 bestrijden met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof in rov. 7 van zijn arrest dat aan de pagina's met de beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende andere informatie geen (volledige) auteursrechtelijke bescherming - waarmee het Hof kennelijk bedoelt: geen auteursrechtelijke bescherming anders dan als geschrift - toekomt, daar deze pagina's geen eigen origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen. Aldus overwegende is het Hof uitgegaan van de juiste maatstaf. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is evenwel in het licht van hetgeen NVM daaromtrent heeft gesteld niet begrijpelijk op grond waarvan het Hof tot de slotsom is gekomen dat noch de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's noch de vormgeving van de website aan die maatstaf voldoen. Ook in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft is het Hof derhalve tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht (vgl. HR 4 juni 1993, nr. 15096, NJ 1993, 659). De onderdelen treffen derhalve doel.

3.6 Het Hof heeft bij zijn hiervoor in 3.5 weergegeven oordeel nog "daargelaten dat niet aannemelijk is geworden dat NVM of MDC de maker van die beschrijvingen is". NVM heeft zich in dit geding beroepen op haar auteursrechten op onder meer de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen. In het bijzonder gelet op art. 4 en 8 Auteurswet 1912 is evenwel zonder nadere motivering niet begrijpelijk op grond waarvan de vaststelling van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is, tot zijn slotsom leidt dat van inbreuk op de auteursrechten van NVM geen sprake kan zijn.

Onderdeel 4.5, dat hierover klaagt, is derhalve gegrond. 3.7.1 Onderdeel 5, dat wordt uitgewerkt in de onderdelen 5.1 - 5.5, richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 8 en 9 van 's Hofs arrest, waar het Hof heeft onderzocht of De Telegraaf inbreuk maakt op de aan NVM toekomende geschriftenbescherming. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat het aannemelijk heeft geacht dat "hier geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling". Aldus heeft het Hof de juiste maatstaf gehanteerd. Onderdeel 5.1 is derhalve tevergeefs voorgesteld. Wel verdient opmerking dat van een auteursrechtelijk verboden overneming ook sprake kan zijn in geval van overneming met wijzigingen van minder ingrijpende aard, en derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat (vgl. [HR 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116](#)).

3.7.2 Met betrekking tot het zoekresultaat dat door het aanklikken van de functie 'wonen' op de website van El Cheapo en het vervolgens op de volgende pagina opgeven van een aantal criteria en het aanklikken van de functie 'zoek' wordt verkregen (de lijst die woningen uit de NVM-database en uit andere verzamelingen bevat),

heeft het Hof overwogen dat dit blijkens de processtukken zodanig verschilt van de betrokken pagina van NVM dat van ontlening door eenvoudige herhaling niet kan worden gesproken. Dit oordeel dat berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken, is niet onbegrijpelijk en behoefde, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, geen nadere motivering. Onderdeel 5.2 faalt derhalve.

3.7.3 Het tweede zoekresultaat dat wordt verkregen door een specifieke woning aan te klikken bestaat uit de beschrijving van de woning die uit de NVM-database - kennelijk is het Hof hierbij uitgegaan van het geval dat een woning uit het NVM-bestand is aangeklikt (vgl. hetgeen hiervoor in 3.1 onder (vi) is overwogen) - wordt opgehaald en aan de gebruiker wordt doorgegeven. In deze vaststelling van het Hof ligt besloten dat het aan de gebruiker doorgegeven resultaat volledig identiek is aan de beschrijving die in de NVM-database is opgenomen. In een dergelijk geval is sprake van ontlening door eenvoudige herhaling. Hieraan doet, anders dan het Hof heeft overwogen, de wijze van verkrijgen van dit tweede zoekresultaat niet af. De onderdelen 5.3 en 5.4 die hierover klagen, zijn derhalve gegrond.

3.7.4 Onderdeel 5.5, dat zich richt tegen een overweging ten overvloede die het bestreden oordeel niet draagt, behoeft geen behandeling.

3.8 In rov. 10 van zijn arrest heeft het Hof de vordering van NVM onderzocht, voor zover deze vordering is gegrond op onrechtmatig handelen van De Telegraaf, dat volgens NVM hierin bestaat (a) dat De Telegraaf profiteert van de inspanningen van NVM met betrekking tot haar website en database en aldus parasiteert en wel zodanig dat NVM daardoor schade lijdt, alsmede (b) dat De Telegraaf door technologische maatregelen van NVM te omzeilen in strijd handelt met art. 32a Auteurswet 1912 en dat het gebruik van middelen om die beschermingsmaatregelen te omzeilen reeds op zichzelf een onrechtmatige daad oplevert.

Het Hof heeft, voor het geval zou moeten worden aangenomen dat De Telegraaf van dergelijke middelen gebruik maakt, van belang geacht dat hyperlinks in beginsel - behoudens uitzonderingsgevallen - zijn toegestaan, dat El Cheapo is te beschouwen als een gespecialiseerde zoekmachine, dat NVM de informatie van haar database zonder betaling ter beschikking van iedere individuele internetgebruiker stelt, dat winstderiving ten gevolge van de gewraakte handelingen van De Telegraaf/El Cheapo thans niet aannemelijk is gemaakt, en dat onvoldoende inzicht bestaat of NVM in de nabije toekomst winst zal derven. Het Hof heeft mede in aanmerking genomen dat, gelet op de wijze van aanbidding, niet aannemelijk is dat het publiek door El Cheapo wordt misleid omtrent de herkomst van de aangeboden informatie of dat verwarring zal ontstaan, terwijl evenmin aannemelijk is dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de goede naam van NVM.

Mede gelet op de omstandigheid dat het hier gaat om een beoordeling van de vraag of De Telegraaf onrechtmatig heeft gehandeld, los van de vraag of zij met dit

handelen inbreuk heeft gemaakt op een of meer van de hiervoor besproken rechten van NVM, heeft het Hof door op grond van dit een en ander te oordelen dat niet genoegzaam aannemelijk is geworden dat sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden een onrechtmatig karakter heeft, niet blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk en, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, niet onvoldoende gemotiveerd.

Onderdeel 6, zoals uitgewerkt in de onderdelen 6.1 - 6.7, stuit hierop in zijn geheel af.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 21 december 2000;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt De Telegraaf in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NVM begroot op € 360,80 aan verschotten en € 1.590,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren A.E.M. van der Putt-Lauwers, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman en E.J. Numann, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 22 maart 2002.

Conclusie Advocaat-Generaal Spier

Rolnr. C01/070

Zitting 11 januari 2002

Conclusie mr J. Spier inzake

1. Vereniging NVM

2. NVM Makelaars Diensten Centrum B.V.

(hierna gezamenlijk NVM)

tegen

1. N.V. Holdingmaatschappij De Telegraaf

2. B.V. Dagblad De Telegraaf

(hierna gezamenlijk: De Telegraaf)

1. Inleiding

1.1 Centraal in deze zaak staat de Databankenrichtlijn(1) en de implementatie daarvan in Nederland in de Databankenwet (Dw.) en de Auteurswet (Aw.)(2).

1.2 De Europese Commissie heeft aan de databanken-industrie een belangrijke rol toegedacht bij de ontwikkeling van een informatiemarkt in de Europese Unie. Daarbij heeft de Commissie onderkend dat de noodzakelijke investeringen slechts zullen plaatsvinden als er een regeling is voor een stabiele en eenvormige bescherming van de rechten van fabrikanten van databanken. De Richtlijn heeft dan ook primair tot doel de rechtsbescherming van de producent van databanken in de EU te harmoniseren.

1.3 Aanvankelijk had de Commissie daarbij uitsluitend het oog op elektronisch toegankelijke databanken. De reikwijdte van de Richtlijn is later evenwel uitgebreid tot niet-elektronische databanken. Daarbij wordt in de richtlijn onder een databank verstaan "een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elemen-

ten, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk" (art. 1 lid 2 Richtlijn)(3).

1.4 De Richtlijn beoogt in de eerste plaats te komen tot een harmonisatie van de auteursrechtelijke bescherming van databanken. Zij doet dit door de invoering van een uniforme bescherming van de structuur van de databank (hoofdstuk II, art. 3 t/m 6). Criterium voor deze bescherming is of de keuze of rangschikking van de samenstellende delen een eigen intellectuele schepping van de maker vormen. Andere criteria mogen bij deze auteursrechtelijke bescherming niet worden aangelegd (art. 3). Rechten die op de inhoud van de samenstellende delen rusten (auteursrecht, naburige rechten, licenties) blijven overigens onverlet (art. 3 lid 2)(4).

1.5 Veel databanken ontlenuen hun waarde niet zozeer aan hun structuur maar aan (de volledigheid van) hun inhoud. Waar bovendien de inhoud van databanken doorgaans slechts feitelijke gegevens of anderszins niet (meer) door het auteursrecht beschermde informatie bevatten, biedt het auteursrecht daarmee onvoldoende bescherming tegen het leeghalen en het gebruiken van een databank door een concurrerende databank. In overweging 39 spreekt de Richtlijn in dit verband over bescherming tegen "onrechtmatige toe?igening van de resultaten van de financi?le en professionele investeringen om de inhoud te verkrijgen en te verzamelen".

1.6 Teneinde deze lacune in de rechtsbescherming op te vullen is in de Richtlijn daarom een apart (sui generis) recht gecreerd voor de fabrikant van de databank, waarmee deze de investering in de verkrijging, controle of presentatie van zijn databank kan beschermen (Hoofdstuk III, art. 7 t/m 11). Daarbij verstaat de Richtlijn onder de fabrikant degene die initiatief heeft genomen tot en het risico draagt van die investering (overweging 41).

1.7 Dit nieuwe databankrecht biedt de producent een minstens 15 jaar durende bescherming in de vorm van het recht om het opvragen en/of hergebruiken van (een substantieel deel) van de inhoud van zijn databank te verbieden (art. 7 lid 1 Richtlijn). Vereist is dan wel dat het gaat om een databank waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht aanzienlijke investering getuigt (idem).(5) Het databankrecht beschermt aldus de investering van de producent en vormt daarmee een daadwerkelijke prestatiebescherming.

1.8 De twee door de Richtlijn ge?ntroduceerde regimes zijn cumulatief en kunnen naast elkaar van toepassing zijn.

1.9 Bij de implementatie van de Richtlijn heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen het nieuwe sui generis databankrecht onder te brengen in een aparte wet: de Databankenwet (Dw.). Deze keuze is mede ingegeven door de omstandigheid dat de Richtlijn op dit punt veel nieuwe en in andere wetten moeilijk inpasbare terminologie bevat, zodat vertaling achterwege kan blijven en zoveel mogelijk kan worden aangesloten bij de tekst van de Richtlijn. Bovendien wordt aldus voorkomen dat de wetgever vage normen en begrippen

vooraf interpreteert. Dit dient bij voorkeur te worden overgelaten aan de nationale rechter en het HvJ EG(6).

1.10 In art. 1 Dw. is de voor het sui generis recht vereiste (wat in die wet wordt aangeduid als) substantiële investering onderdeel gemaakt van de definitie van het begrip databank. In overeenstemming met het systeem van de richtlijn is de Dw. daarmee slechts van toepassing op "een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering" (art. 1 lid 1 onder a Dw.). Alleen de producent (in de Richtlijn: fabrikant) van een databank die aan deze vereisten voldoet, komt voor de door de Dw. geboden (sui generis) bescherming in aanmerking.

1.11 Het sui generis-recht is in art. 2 lid 1 Dw. opgenomen in de vorm van een uitsluitend recht om toestemming te verlenen tot het opvragen en/of hergebruiken in de zin van de Dw. van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank(7). Omdat het denkbaar is dat een derde niet in één keer de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud opvraagt, maar de databank wel door het herhaald opvragen van niet-substantiële delen "leegzuigt", is in art. 2 lid 1 onder b (zulks in overeenstemming met art. 7 lid 5 van de Richtlijn) bepaald dat dit uitsluitend recht zich ook uitstrekt tot het herhaald opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen van de databank, echter alleen voor zover dit in strijd is met de normale exploitatie van de databank of voor zover dit de producent ongerechtvaardigde schade toebrengt.

1.12 De auteursrechtelijke bescherming van de Richtlijn is, voor zover hier van belang en naar de bedoeling van de wetgever, gecomplementeerd door aanpassing van art. 10 van de Auteurswet 1912 (Aw.). Aan dit artikel zijn twee nieuwe leden (lid 3 en 4) toegevoegd, waarin het volgende is bepaald:

"-3. Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk, worden, onverminderd andere rechten op de in de verzameling opgenomen werken, gegevens of of andere elementen, als zelfstandige werken beschermd.

-4. Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen als bedoeld in het derde lid, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering behoren niet tot de in het eerste lid, onder 1 (genoemde geschriften."

1.13 Met lid 3 hebben richtlijnconform omschreven databanken thans in de Aw. uitdrukkelijk erkenning gevonden als potentieel object van auteursrecht. Daarbij legt de bepaling in opdracht van de Richtlijn vast dat voor bescherming in aanmerking komende databanken niet alleen uit verzamelingen van auteursrechtelijke werken kunnen bestaan, maar ook uit

"verzamelingen van (andere) gegevens of andere zelfstandige elementen". Het door art. 3 lid 1 van de Richtlijn voor auteursrechtelijke bescherming vereiste uniforme criterium dat het moet gaan om een databank die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt, is door de wetgever bewust niet in de wet opgenomen(8).

1.14 Lid 4 is opgenomen in verband met de beperkte bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, zoals nader vormgegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Reeds voordat er sprake was van de Databankenrichtlijn werd al aangenomen dat databanken deze (pseudo-auteursrechtelijke) bescherming tegen ontlening konden genieten. Art. 10 lid 4 Aw. maakt duidelijk dat databanken die enerzijds niet de hiervoor bedoelde drempel voor auteursrechtelijke bescherming halen (er is geen sprake van een databank die door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt) maar anderzijds, dankzij een substantiële investering, wel kunnen profiteren van het sui generis-regime, niet langer voor geschriftenbescherming in aanmerking komen(9).

1.15 Zoals uit het voorafgaande valt af te leiden, brengt de (implementatie van de) Richtlijn mee dat op een databank - al dan niet cumulatief - verschillende regimes van toepassing kunnen zijn: auteursrecht op de structuur van een databank, auteursrecht op de inhoud van de samenstellende delen van een databank, het sui generis-databankenrecht op een databank die getuigt van een substantiële investering en geschriftenbescherming op een niet-oorspronkelijke databank die niet aan de substantiële investeringseis voldoet. Een aantal van deze regimes is in het onderhavige kort geding in stelling gebracht.

2. Feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden. Deze zijn vastgesteld door de President van de Rechtbank in zijn vonnis van 12 september 2000 in rov. 1. Ook het Hof is daarvan in het bestreden arrest uit gegaan in rov. 1.

2.2 NVM onderhoudt op het internet een website op het adres www.nvm.nl(10). Deze site biedt de bezoeker verschillende mogelijkheden, waaronder het aanklikken van de link "zoek een koopwoning". Er verschijnt dan een pagina die het mogelijk maakt in een specifiek aan te geven gebied (provincie, plaats) kennis te nemen van de via NVM-makelaars te koop aangeboden woningen. Door het intypen van nadere zoekcriteria kan binnen dit gebied worden gezocht naargelang de gewenste soort woning en prijsklasse(11).

2.3 Als de gebruiker het gewenste gebied, woontype of prijsklasse heeft opgegeven, verschijnt op het beeldscherm een pagina met een lijst van maximaal tien woningen met aanduiding van straat, soort woning en prijs, alsmede de mededeling of een foto beschikbaar is. Indien het aanbod uit meer dan tien woningen bestaat, kan worden doorgelinkt naar de volgende maximaal tien woningen(12). De aldus getoonde lijst is per woning voorzien van een hyperlink, waarmee kan worden doorgelinkt naar een vervolgpagina met daarop

een nadere omschrijving van de desbetreffende woning, al dan niet vergezeld van een foto (detailpagina). Tevens vermeldt deze vervolgpagina de naam van de "verkopende makelaar". De naam van deze makelaar is voorzien van een hyperlink naar diens website(13).

2.4 De Telegraaf exploiteert op het internet een zoekmachine op het adres www.elcheapo.nl. Op de homepage van deze site wordt El Cheapo aangeduid als een "razendsnelle koopjesjager" op het gebied van onder meer auto's, muziek, reizen en wonen.

2.5 De gebruiker van El Cheapo kan één van deze categorieën aanklikken. Wordt de categorie "wonen" aangeklikt, dan verschijnt een pagina met de titel "zoek uw favoriete woning". Vanaf deze pagina kan worden gezocht naar te koop staande woningen op basis van de zoekcriteria plaats, straat, woningtype en prijscategorie(14).

2.6 Indien een zoekopdracht wordt gegeven, doorzoekt de server van El Cheapo aan de hand van de opgegeven criteria diverse bestanden met te koop aangeboden woningen, waaronder het bestand van NVM. De gegevens van de woningen die aan de opgegeven criteria voldoen, worden vervolgens gekopieerd naar de server van El Cheapo, waar zij worden gecombineerd tot één lijst. Deze lijst wordt weergegeven op het beeldscherm van de bezoeker(15).

2.7 In bedoelde gecombineerde lijst staat van iedere gevonden woning de volgende informatie op een rij: het bestand waaruit de woning afkomstig is (bijvoorbeeld NWI of NVM), de plaats, het adres, de soort woning, de prijs en of een foto beschikbaar is. Deze lijst, die wordt weergegeven in een geheel in de "huisstijl" van El Cheapo uitgevoerde vormgeving, kan maximaal 100 resultaten bevatten.

2.8 Zowel de aanduiding van de prijs als van het bestand in een regel van de lijst van El Cheapo is voorzien van een hyperlink. Bij het aanklikken daarvan verschijnt, ingeval het gaat om een woning uit het NVM-bestand, de hiervoor in 2.3 genoemde pagina met detailinformatie die verschijnt als een zoeksessie op de NVM-site in gang is gezet. Deze pagina verschijnt in een (verkleind, doch eenvoudig uit te vergroten) frame van NVM en vertoont hetzelfde uiterlijk als de pagina die via een zoeksessie vanuit de homepage van de NVM zou zijn verkregen(16).

2.9 Aanvankelijk was het niet mogelijk om via de door een zoekopdracht bij El Cheapo opgeroepen pagina naar de homepage van NVM te gaan en/of van andere getoonde hyperlinks gebruik te maken, zoals die, welke verwijst naar de verkopende makelaren. Voorafgaand aan het pleidooi in eerste aanleg zijn deze beperkingen opgeheven.

2.10 De door de server van El Cheapo - onder meer uit het bestand van NVM - gekopieerde gegevens blijven daar beschikbaar zolang de gebruiker daarvan gebruik maakt en nog een aantal minuten daarna.

3. Procesverloop

3.1 NVM heeft De Telegraaf op 21 juli 2000 in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Den Haag. Kort gezegd heeft zij gevorderd bij vonnis - uitvoerbaar bij voorraad - De Telegraaf te gelasten

het opvragen, verveelvoudigen, aanbieden of (anderszins) openbaar maken of hergebruiken van (onderdelen van) de website www.nvm.nl te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom.

3.2 Ter onderbouwing van deze vordering heeft NVM - ik veeg thans de uiterst summiere dagvaarding en de zeer uitvoerige pleitnotities in prima van mr Van Manen op één hoop - allereerst uiteengezet hoe (de server van) haar website werkt. Zij heeft er op gewezen dat een van haar belangen is het "voor alle leden" op aantrekkelijke wijze exploiteren van haar website (pleitnotities onder 16). Daaruit en uit andere - thans niet relevante - "directory services" worden, als de onder 17 en 18 ontvouwde plannen worden gerealiseerd, vermoedelijk "omvangrijke inkomsten" gegenereerd (onder 19).

3.3 Vervolgens heeft zij geschetst hoe El Cheapo - volgens haar - technisch te werk gaat. In dat verband heeft zij kort gezegd gesteld dat El Cheapo van nagenoeg iedere plaats in Nederland de volledige lijst met gegevens omtrent adres, type woning, prijs en beschikbaarheid van een foto uit het NVM-bestand opvraagt, kopieert en via haar website aan haar gebruikers verschaft. Dit geldt ook voor de achterliggende pagina's met detailinformatie: het lijkt hier te gaan om een pagina van de NVM-site die via een hyperlink wordt bereikt, maar in werkelijkheid is het El Cheapo die deze pagina opvraagt, op basis van de inhoud een nieuwe pagina genereert en deze nieuwe pagina aan de gebruiker doorgeeft. Bij het opvragen van detailinformatie komt de gebruiker derhalve niet op de NVM-site terecht. Aangezien NVM haar site zodanig heeft ingericht dat deze niet via een site als die van El Cheapo kan worden bezocht, heeft De Telegraaf kennelijk programmatuur ontwikkeld om deze beveiliging te omzeilen (pleitnotities onder 25-45).

3.4.1 Ten aanzien van de juridische grondslagen van haar vordering heeft NVM vervolgens in de eerste plaats een beroep gedaan op de Databankenwet. In dat verband heeft NVM aangevoerd dat haar bestand is aan te merken als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw., nu deze verzameling van gegevens getuigt van een substantiële investering (onder 48/64).

3.4.2 In verband met die investering heeft zij gesteld dat het gaat om een bewerkelijk en arbeidsintensief bestand van ca. 45.000 woningen. De databank heeft haar inmiddels tenmiste 100 miljoen gulden gekost. Alleen al met de aanschaf van de zogenaamde "NVM-boxen" (hardware) is ca. 32 miljoen gulden gemoeid geweest, aldus NVM. Zij heeft daaraan nog toegevoegd dat haar databank in feite bestaat uit een grote hoeveelheid slechts afzonderlijk te raadplegen databanken per plaats. Voor ieder van deze databanken geldt dat daarin substantieel is geïnvesteerd (pleitnotities nrs. 55-64). Zij voegt daaraan toe dat lood om oud ijzer is of in iedere databank substantieel is geïnvesteerd omdat de databanken die zo'n investering niet vergen onder de geschriftenbescherming vallen (onder 64).

3.5 Als producent van deze databank kan NVM zich op grond van art. 2 lid 1 onder a en b Dw. het (sui generis)recht verzetten tegen het zonder haar toestemming op-

vragen en hergebruiken van een substantieel van de inhoud van deze databank, dan wel het herhaald en systematisch opvragen van niet-substantiële delen van de inhoud op een wijze die de normale exploitatie in gevaar brengt of die NVM schade ((veel) meer dan (3 miljoen per jaar) toebrengt. De wijze waarop El Cheapo te werk gaat, valt als zodanig te kwalificeren (pleitnotities onder 70-108).

3.6.1 Subsidiar - voor het geval geen sprake mocht zijn van een databank in de zin van art. 1 Dw. - heeft NVM een beroep gedaan op de Auteurswet (onder 111-119).

3.6.2 In dit kader heeft NVM in de eerste plaats aangevoerd dat haar gegevensverzameling in dat geval de geschriftenbescherming van de Auteurswet toekomt, zodat zij zich kan verzetten tegen het simpelweg kopiëren van dit bestand (pleitnotities onder 111-119).

3.6.3 Daarnaast heeft zij betoogd dat (in elk geval) auteursrecht rust op de detailbeschrijvingen van de op de NVM-site aangeboden woningen en op de opmaak van de diverse pagina's op de NVM-site. Deze beschrijvingen en opmaak hebben een eigen karakter en dragen een persoonlijk karakter van de maker. Nu de server van El Cheapo geen hyperlinks legt naar de diverse delen van de NVM-site maar deze delen kopieert en opslaat en de kopie' n aan haar gebruikers ter beschikking stelt, is op dit punt sprake van verveelvoudigen en openbaarmaken van auteursrechtelijk beschermde werken, aldus de NVM (pleitnotities onder 120-129).

3.7 Meer subsidiar heeft NVM tenslotte nog aangevoerd dat De Telegraaf (tevens) onrechtmatig jegens haar handelt.

3.7.2 Daartoe heeft zij gesteld dat De Telegraaf op onrechtmatige wijze van haar databank profiteert. De Telegraaf parasiteert op de inspanningen van NVM, waarbij nog komt dat de gebruiker van El Cheapo ten onrechte in de veronderstelling wordt gebracht dat hij rechtstreeks het volledige NVM-bestand raadpleegt. Bovendien wordt gebruik gemaakt van programmatuur waarmee beveiligingsmaatregelen van NVM worden omzeild. Op grond van art. 32a Aw. is het verboden dergelijke apparatuur aan te bieden (pleitnotities onder 134-154).

3.8 De Telegraaf heeft de vordering van NVM gemotiveerd bestreden.

3.9 Wat betreft de wijze waarop El Cheapo technisch te werk gaat, heeft De Telegraaf gesteld dat El Cheapo een zoekmachine is waarmee in de categorie "wonen" diverse sites, waaronder de NVM-site, kunnen worden geraadpleegd, hetgeen relatief weinig zou gebeuren (17.000 pagina's zouden per maand via haar worden geraadpleegd tegenover 25.000.000 via NVM). Daarbij werkt El Cheapo (uitsluitend) met hyper(deep)links naar de onderliggende pagina's uit het NVM-bestand, hetgeen algemeen is aanvaard en ook essentieel is voor het functioneren van het internet. Er is volgens De Telegraaf uitdrukkelijk geen sprake van dat de server van El Cheapo pagina's van NVM kopieert of aanpast: vanuit de door El Cheapo samengestelde resultatenlijst krijgt de gebruiker de desbetreffende NVM-pagina in beeld en alle doorklikfuncties kunnen worden gebruikt. Uitsluitend de na een zoekopdracht getoonde resultaat-

pagina bevindt zich op de server van El Cheapo. Deze lijst blijft daar echter nooit langer langer dan de duur van de zoeksessie bewaard (onder 10-19).

3.10 Ten aanzien van het beroep van NVM op de Databankenwet heeft De Telegraaf bestreden dat sprake is van een databank waarin substantieel is geïnvesteerd. Daartoe heeft zij betoogd dat de door NVM gestelde investering primair gericht geweest op het tot stand brengen van een (besloten) geautomatiseerd systeem, waarmee NVM-makelaars iedere dag gegevens kunnen uitwisselen over woningen die de vorige dag te koop zijn aangeboden. Het op internet te raadplegen bestand is aldus slechts een bijproduct van het besloten instrument waarmee NVM beoogt de dienstverlening van de makelaars te verbeteren (pleitnotities onder 30-38).

3.11 Daarnaast heeft De Telegraaf nog weersproken dat sprake is van het opvragen en hergebruiken door El Cheapo van een substantieel deel van de NVM-databank. Normaal gebruik van El Cheapo leidt steeds tot een zoekresultaat dat slechts een klein deel van het NVM-bestand omvat (pleitnotities onder 39-44). De willekeurige zoekopdrachten die steeds andere gebruikers aan El Cheapo geven, leiden ook niet tot het systematisch "uitmelken" van het NVM-bestand. Los daarvan valt volgens De Telegraaf ook niet in te zien hoe dit de normale exploitatie van de NVM-site in gevaar zou kunnen brengen of hoe dit NVM onaanvaardbare schade zou kunnen toebrengen. NVM biedt op dit moment geen reclamemogelijkheden op haar website terwijl El Cheapo voorts niet meer doet dan het via hyperlinks verwijzen naar pagina's van deze website. Dit bezorgt NVM juist meer "traffic". De gebruikers worden ook niet misleid, aldus De Telegraaf (pleitnotities onder 45-50).

3.12 Tegen het beroep van NVM op de Auteurswet heeft De Telegraaf onder meer aangevoerd dat het leggen van hyperlinks geen openbaarmaken en verveelvoudigen in de zin van deze wet oplevert. Bovendien vormen de resultatenlijst en de met hyperlinks op te roepen pagina's van de NVM-site geen werken in de zin van art. 1 Aw. Ten aanzien van de geschriftenbescherming van de Auteurswet heeft De Telegraaf nog opgemerkt dat deze bescherming alleen ziet op volledige overname (pleitnotities onder 20-26).

3.13 Wat betreft de door NVM gestelde onrechtmatige daad heeft De Telegraaf tot slot nog betoogd dat het enkele profiteren van andermans prestatie niet onrechtmatig is. Bijkomende omstandigheden die dit anders maken, doen zich i.c. niet voor: volgens De Telegraaf is geen sprake van misleiding of het op schadelijke wijze onvolledig opbouwen van pagina's bij het leggen van hyper (deep)-links. Het leggen van hyperlinks, hetgeen op het internet algemeen is aanvaard, is overigens eenvoudig te voorkomen. Dat NVM niet van deze mogelijkheid gebruik maakt, dient verder voor haar rekening te blijven, aldus nog steeds De Telegraaf, die daaraan nog heeft toegevoegd dat NVM ook geen schade lij door het gebruik van El Cheapo (onder 51-54).

3.14 Bij vonnis van 12 september 2000 heeft de President de vordering van NVM in essentie toegewezen.

Samengevat weergegeven heeft hij daartoe het volgende overwogen:

(a) Naar zijn voorlopig oordeel valt het gegevensbestand van NVM aan te merken als databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a DW. Niet in geschil is dat het bij dit bestand gaat om een systematisch geordende verzameling van gegevens, die met elektronische middelen toegankelijk is. Ook is voldaan aan het door dit artikel gestelde vereiste van een substantiële investering. Daargelaten dat het onderhouden van dit bestand dagelijks veel inspanning vergt, heeft NVM immers onweersproken gesteld dat alleen al in de aanschaf van de "NVM-boxen" ruim 31 miljoen gulden is geïnvesteerd. Reeds daarmee is voorshands voldoende komen vast te staan dat sprake is van een substantiële investering (rov. 5-8);

(b) Naar het voorlopig oordeel van de President valt hetgeen El Cheapo naar aanleiding van een zoekopdracht onderneemt aan te merken als het opvragen en hergebruiken van (een deel van) de inhoud van de NVM-databank als bedoeld in art. 1 lid 1 onder c en d DW. Vast staat dat El Cheapo de daarvoor in aanmerking komende gegevens kopieert, opslaat en gedurende enige tijd bewaart en deze gegevens vervolgens in de vorm van een door haar samengestelde lijst via een online-transmissie ter beschikking stelt van de desbetreffende gebruiker (rov. 10-11). De omvang van de door El Cheapo opgevraagde en hergebruikte gegevens is bovendien te beschouwen als een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de NVM-databank (rov. 12-13).

(c) El Cheapo houdt zich derhalve bezig met het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van een databank in de zin van de Databankenwet. Nu NVM daarvoor geen toestemming heeft gegeven, kan zij zich daartegen verzetten (rov. 14).

3.15 Het beroep op de Auteurswet behoeft daarmee geen bespreking meer (rov. 15). Aan de door NVM gestelde onrechtmatige daad heeft de President geen enkele overweging gewijd.

3.16.1 De Telegraaf is van het vonnis van de President in beroep gekomen. In een inleiding tot haar grieven stelt zij voorop dat NVM ten behoeve van haar leden een "besloten informatie-uitwisselingssysteem" heeft ontwikkeld. Dit systeem is, aldus De Telegraaf, alleen door NVM-leden te raadplegen. Eerst enige dagen nadat de mutatie op dit systeem heeft plaatsgevonden, wordt de informatie op "de NVM.nl-site" geplaatst. Door deze laatste plaatsing wordt de informatie "wereldwijd onbeperkt toegankelijk". Dit brengt, omdat daartoe een "impliciete toestemming" is gegeven, mee dat ook "raadpleging met behulp van browsers en zoekmachines in alle soorten en maten zoals deze op het internet gebruikelijk zijn" toelaatbaar is, aldus nog steeds De Telegraaf (app?ldagvaarding onder 3/5).

3.16.2 De gebruiker van El Cheapo kan met behulp van een hyperlink naar de NVM-site doorklikken (appel-dagvaarding onder 5). Voorts heeft zij bij pleidooi nog een (voor in dit soort zaken nog in de steentijd levende personen zoals ik nogal abstracte) uiteenzetting gegeven waarop, zo nodig, bij bespreking van de klachten

wordt ingegaan. Ik meen het betoog in de pleitnotities van mr De Zwaan onder 16-21, 27 onder c en 66 aldus te kunnen weergeven dat De Telegraaf bestrijdt dat El Cheapo het gehele bestand van NVM kopieert of in haar eigen bestand opneemt. (17) Dit wordt onder 64 nader aangedrongen. Daar wordt betoogd dat de ratio van de databankenbescherming is "bescherming tegen overheveling van deze verzameling dat wil zeggen tegen het doelbewust uitmelken van kleine deeltjes van de gegevensverzameling zodat uiteindelijk de verzameling naar elders is verplaatst." Volgens De Telegraaf mag men niet de "resultaten van individuele bezoekers" optellen (onder 65).

3.17 De Telegraaf heeft onder meer grieven geformuleerd tegen het oordeel van de President inzake de substantiële investering. Zo daarvan al sprake is, dan geldt dat slechts voor de "interne databank", aldus grief 1. Van opvragen en hergebruiken door De Telegraaf in de zin van art. 1 lid 1 onder c en d DW. is geen sprake. (grief 2). De grieven 4-6 komen er, naar de kern genomen, op neer dat geen sprake is van het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud van de NVM-database. Grief 7 dringt aan dat, voorzover nodig, NVM moet worden geacht toestemming te hebben gegeven voor het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de databank.

3.18 Hetgeen De Telegraaf ter toelichting op haar grieven heeft aangevoerd, vormt in hoofdzaak een herhaling van haar in prima ingenomen standpunten. Voor zover in cassatie nog van belang heeft zij nogmaals betoogd dat de door NVM gestelde investeringen waren gericht op het tot stand brengen van een (besloten) informatiebron ten behoeve van de makelaars en dat de thans via internet te raadplegen databank niet meer dan een spin-off daarvan is (pleitnotities mr De Zwaan onder 41-43). Daarnaast heeft De Telegraaf bestreden dat NVM de door haar gestelde bedragen in haar bestand heeft geïnvesteerd, waarbij zij er wederom op heeft gewezen dat de "NVM-boxen" door de makelaars zelf zijn betaald. Daar komt nog bij dat MDC, welke organisatie zich volgens NVM over het up to date houden c.a. van de databank zou ontfermen, geen medewerkers heeft (idem onder 34-40). Voorts heeft zij herhaald dat het gebruik van El Cheapo NVM geen schade berokkent (onder 28).

3.19 NVM heeft het hoger beroep bestreden en zowel onvoorwaardelijk als voorwaardelijk incidenteel geappelleerd. Dit incidentele app?l speelt in cassatie geen rol meer.

3.20 Ook hetgeen NVM in hoger beroep naar voren heeft gebracht, bestaat in hoofdzaak uit een herhaling van zetten.

3.21.1 NVM betwist de impliciete toestemming (mva onder 4, 25 en 89/91).

3.21.2 Zij heeft nogmaals onderstreept dat haar databank wel degelijk het product is van substantiële investeringen en dat deze investeringen ook gericht zijn geweest op de hier aan de orde zijnde internetfunctie; de interne uitwisseling van informatie is niet belangrijker dan de internetfunctie (mva onder 9; pleitnotities nrs. 39-53). Zij heeft er in dit verband op gewezen dat

de leden "samen de NVM" vormen. Zij staat er in app?l "ook namens haar leden" (onder 41).

3.21.3 Volgens NVM vraagt De Telegraaf de gegevens uit haar databank zelf op, worden ze gekopieerd naar en (vermoedelijk tijdelijk) opgeslagen in het geheugen van de server van De Telegraaf en worden ze hergebruikt door ze op een lijst te zetten en deze lijst vervolgens aan de bezoeker te openbaren. Zulks telkens op verzoek van gebruikers van El Cheapo (mva onder 15, zoals nader uitgewerkt bij pleidooi onder 12-23). Bij pleidooi wordt verderop betoogd dat "El Cheapo "een volledige kopie van de website van NVM op haar server (moet) plaatsen" om de nieuwe beveiliging van NVM te omzeilen (onder 33). Bij een en ander worden de beveiligingsmaatregelen van NVM omzeild (mva onder 16 en pleitaantekeningen onder 24 en 86).

3.21.4 NVM heeft nog eens herhaald dat sprake is van een verzameling kleinere databanken per plaats, die slechts afzonderlijk kunnen worden geraadpleegd (pleitnotities onder 54-59). Ten aanzien van de schade die zij lijdt, heeft NVM nog een keer aangevoerd dat zij door het parasiteren door EL Cheapo "traffic" mist, hetgeen ten koste gaat van de (zeer hoge) exploitatiewaarde van haar website (pleitnota in hoger beroep, onder 110-115).

3.22 Het Hof heeft bij arrest van 21 december 2000 het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van NVM afgewezen.

3.23.1 Het Hof onderzoekt eerst of de NVM-databank kan worden aangemerkt als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw. In dat verband verwerpt het Hof - op nader in het arrest aangegeven gronden - het betoog van NVM dat haar databank in feite bestaat uit een groot aantal, slechts afzonderlijk te raadplegen, databanken (rov. 4).

3.23.2 Vervolgens oordeelt het Hof dat NVM onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat haar databank voldoet aan de eis van een substantiële investering. Met name ook prod. 27 bevat naar 's Hofs oordeel slechts een niet onderbouwde opstelling van cijfers. Daaruit wordt onvoldoende aannemelijk dat de daarin vermelde bedragen zijn aangewend "voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet". Daarbij heeft het Hof "het standpunt van de minister van Justitie in aanmerking genomen, waaruit valt af te leiden dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofd- of andere activiteit van de producent". Dit leidt het Hof tot de slotsom dat grief 1 slaagt en dat in dit kort geding ervan moet worden uitgegaan dat geen sprake is van een databank in de zin van de Databankenwet. De grieven 2, 4, 5, 6 en 7 behoeven daarmee geen bespreking (rov. 5).

3.24 Vervolgens gaat het Hof na of de NVM-databank als zodanig auteursrechtelijke bescherming toekomt. Dit is volgens het Hof niet het geval. De daarin voorkomende pagina's (als nader in het arrest beschreven) zijn, volgens het Hof, niet aan te merken als werken van letterkunde, wetenschap of kunst in de zin van art. 10 lid 1 Aw. Het Hof voegt daaraan nog toe dat niet

aannemelijk is geworden dat NVM de maker is van de pagina's met beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende informatie. "Dit", aldus het Hof, geldt ook voor de vormgeving van die pagina's (rov. 6-7).

3.25 De databank van NVM valt volgens het Hof wel aan te merken als een gegevensverzameling in de zin van art. 10 lid 3 Aw., zodat daaraan de geschriftenbescherming van deze wet toekomt. Naar het oordeel van het Hof maakt De Telegraaf echter geen inbreuk op deze geschriftenbescherming, nu gezien de werkwijze van El Cheapo niet kan worden gesproken van ontlening door eenvoudige herhaling. Ten overvloede tekent het Hof nog aan dat "de geschriftenbescherming zich niet zonder meer goed leent voor de toepassing op verzamelingen on-line die niet als databank zijn aan te merken" (rov. 8-9).

3.26.1 Tot slot behandelt het Hof nog de door de President niet besproken stelling van NVM dat De Telegraaf met El Cheapo op onrechtmatige wijze profiteert van haar inspanningen.

3.26.2 Het Hof kaart eerst het in verband met het "door technologische maatregelen omzeilen"(18) gedane beroep van NVM op art. 32a Aw. (een (straf)bepaling) af. Dit art. 32a heeft slechts betrekking heeft op het verhandelen van middelen die het ongeautoriseerd ontwijken van technische beschermingsmaatregelen mogelijk maken.

3.26.3 "(O)ok al zou De Telegraaf van dergelijke middelen gebruik maken" is naar 's Hofs oordeel van onrechtmatig handelen geen sprake. Het acht in dat verband een aantal in het arrest genoemde factoren van belang (rov. 10).

3.27 Het Hof rondt af met het oordeel dat voor bewijslevering in dit kort geding geen plaats is, terwijl geen termen aanwezig zijn voor het bevelen van een deskundigenbericht (rov. 13).

3.28 NVM heeft tegen het arrest van het Hof tijdig cassatieberoep ingesteld. De Telegraaf heeft het beroep weersproken.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

4.1 Door NVM is één middel van cassatie voorgesteld, dat is opgebouwd uit zes onderdelen. Onderdeel 1 bevat geen klacht. De onderdelen 2 en 3 betreffen het databankenrecht. De onderdelen 4 en 5 zien op het oordeel van het Hof ten aanzien van het auteursrecht en de geschriftenbescherming. Onderdeel 6 betreft ten slotte het beweerdelijk onrechtmatig handelen van De Telegraaf.

4.2 Bij de bespreking van het middel stel ik het volgende voor op. In deze procedure doen de nadelen die kleven aan een kort geding zich sterk gevoelen. In prima heeft NVM De Telegraaf overvallen met een nauwelijks aanknopingspunten biedende dagvaarding. Het gehele debat heeft zich eerst bij pleidooi ontsponnen. In app?l waren de rollen omgekeerd. De grieven van De Telegraaf boden weinig houvast en wederom lag het zwaartepunt op de pleidooien.

4.3 Talloze voor de zaak wezenlijke feitelijke kwesties - bijvoorbeeld de precieze werkwijze van El Cheapo - zijn aldus onvoldoende uitgekristalliseerd. Het moge

zijn dat het Hof te weinig acht heeft geslagen op een aantal feitelijke stellingen, m.i. kan NVM daar geen garen bij spinnen. Waar partijen van mening verschillen en niet ten minste (zeer) aannemelijk is dat het feitelijke gelijk bij één hunner ligt, is het m.i. in het algemeen een te grote stap om zich desondanks te bekeren tot de door de eisende partij aangedragen stellingen. Dat heeft zij zelf over zich afgeroepen door het entameren van een kort geding en door te procederen als onder 4.2 vermeld.

4.4 Omdat een kort geding zich (in beginsel) niet leent voor bewijslevering zal ook een verwijzingsrechter met dit probleem kampen. Bij motiveringsklachten mist NVM daarom m.i. in beginsel belang.

4.5 Ik merk hierbij nog op dat beide partijen er van uit lijken te gaan dat het in deze procedure gaat om een reeks principiële en voor de praktijk uiterst relevante vragen. M.i. vergt het te veel van de rechter deze in abstracto te gaan beantwoorden. Het ligt, integendeel, voor de hand dat eerst het relevante feitencomplex behoorlijk wordt uitgezocht en dat slechts de dan resterende vragen door de rechter worden beantwoord. Dat klemt eens te meer nu principiële beslissingen allicht verstrekende en - in elk geval voor mij - niet zonder meer overzienbare gevolgen kunnen hebben.(19)

Onderdelen 2 en 3: databankenrecht

4.6 Onderdeel 2 richt zich met een algemeen geformuleerde rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 4. Deze klachten worden uitgewerkt in de subonderdelen 2.1 en 2.2.

4.7 Zoals hiervoor werd aangegeven, heeft het Hof in rov. 4 het betoog van NVM dat haar databank in feite bestaat uit een grote hoeveelheid kleinere, slechts afzonderlijk te raadplegen databanken van steden en dorpen verworpen. Daartoe heeft het het volgende overwogen (de cijfers zijn door mij toegevoegd):

"1. (...) naar tussen partijen vaststaat, opent de NVM database onder meer de mogelijkheid om door op de homepage van NVM de functietoets "zoek een koopwoning" aan te klikken en vervolgens op de volgende pagina enige criteria aan te geven ter selectering van de gewenste woning, te zoeken in het totale woningbestand van NVM c.s. in Nederland, dat, naar niet is weersproken, ongeveer 45.000 bestandsobjecten (koopwoningen) telt.

Hierop stuit de stelling af dat de NVM database slechts uit kleinere databanken bestaat.

2. Dat naast of in plaats van de bescherming van een databank als zodanig ook bescherming toekomt aan de afzonderlijke delen van die databank, valt moeilijk te verenigen met de strekking van de Richtlijn 96/9 EG (...).

3. Uit de considerans (overweging 20) van de richtlijn, waarin is overwogen dat de bescherming ingevolge de richtlijn ook kan gelden voor de voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijke onderdelen, zoals de thesaurus en de indexeringsystemen, valt af te leiden dat bescherming in beginsel slechts gel voor de databank als zodanig, waarvan

steeds een wezenlijk kenmerk is dat deze bestaat uit een samenstel van geordende onderdelen."

4.8 Het oordeel van het Hof omtrent het betoog van NVM rust aldus op twee gronden, die dit oordeel ieder zelfstandig kunnen dragen. Subonderdeel 2.1 bestrijdt, naar ik begrijp, hetgeen onder 1 en 2 wordt overwogen. Subonderdeel 2.2 is klaarblijkelijk gericht tegen de afwijzingsgrond(en) vermeld onder 2 en 3.

4.9 De in de subonderdeel 2.1 vervatte rechtsklacht betoogt naar de kern genomen dat het Hof heeft miskend dat steeds wanneer afzonderlijke delen van een databank voldoen aan de definitie van art. 1 lid 1 onder a Dw., ook aan die delen bescherming toekomt; die klacht bespreek ik bij subonderdeel 2.2. De motiveringsklacht van subonderdeel 2.1 houdt in dat 's Hof's oordeel in de tweede alinea van rov. 4 onbegrijpelijk is in het licht van (de volgens NVM onweersproken) stelling dat uitsluitend kan worden gezocht per stad of dorp.

4.10 Ik stel voorop dat m.i. in het oog springt dat een bestand waarin (volgens NVM) tienduizenden gegevens zitten slechts toegankelijk en daarmee bruikbaar is wanneer degene die het wenst te raadplegen niet gehouden is om het gehele bestand door te zoeken. Dat hem de mogelijkheid wordt geboden te zoeken naar specifieke plaatsen/regio's, prijzen en dergelijke meer maakt het databestand zinvol. Dat zulks ertoe zou leiden, zoals NVM blijkbaar propageert, dat feitelijk of rechtens sprake is van verschillende bestanden ligt niet direct voor de hand.

4.11 Bovendien is mij niet geheel duidelijk wat NVM precies wil betogen. Is, in haar visie, het (allicht beperkte) bestand in de prijsklasse boven (1.000.000 in Delfzijl of Tegelen ook een afzonderlijk bestand?

4.12 Hoe dit zij, het onderdeel stuit af op de niet in app?l bestreden feitenvaststelling door de President (overgenomen door het Hof) dat ook per provincie kan worden gezocht (zie hiervoor onder 2.2). Daarom kan - naar rechtens moet worden aangenomen - geen sprake zijn van afzonderlijke bestanden die het slechts mogelijk maken per stad of dorp te zoeken.

4.13 Hier komt nog bij hetgeen De Telegraaf in haar s.t. onder 3.4 heeft aangevoerd, zulks in het licht van hetgeen hierboven onder 4.2 - 4.4 werd opgemerkt.

4.14 Bij deze stand van zaken mist de klacht van subonderdeel 2.2 belang. Ten overvloede ga ik er kort op in.

4.15 Omtrent de vraag wat het begrip databank nu precies inhoudt, geven de Richtlijn en de Dw. weinig duidelijkheid. Het-zelfde geldt voor de vraag onder welke omstandigheden van één databank, of een combinatie van verschillende databanken kan of moet worden gesproken(20).

4.16 Het schijnt mij toe dat deze vraag ten minste mede een feitelijke component heeft. NVM doet het - mogelijk terecht - voorkomen dat sprake is van een aantal afzonderlijke (gekoppelde?) databanken. Wat zij daarmee nauwkeurig bedoelt, is in de procedure niet uit de verf gekomen. Dat is m.i. mede een technische kwestie waaromtrent het Hof niets heeft vastgesteld. Dat valt het Hof niet euvel te duiden omdat de stellingen van

partijen in dit opzicht onvoldoende houvast boden en daarenboven sprake is van een kort geding. De vraag of onderdelen van een databank een zelfstandige databank kunnen vormen is daarom niet van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de vraag of zulks in casu het geval is. Die vraag was op grond van de bijgebrachte stellingen m.i. niet te beantwoorden. Daarom kan beantwoording van de rechtsvraag blijven rusten.

4.17 Toch wil ik er kort iets over zeggen.

4.18 Uitgangspunt dient m.i. te zijn dat de definitie van het begrip databank van functionele aard is. Dit brengt mee dat een verzameling die in de ene context geen databank is, in een andere context wel als zodanig kan worden gekwalificeerd(21).

4.19 Volgens H. Struik kan een deelverzameling van een databank ook op zichzelf als een databank worden gekwalificeerd indien deze deelverzameling een duidelijk eigen, zelfstandig karakter heeft. Vereist is derhalve dat de deelverzameling een eigen systematische of methodische ordening heeft, naast de ordening die de totale databank kenmerkt(22). Deze maatstaf lijkt mij juist. Bij elke (elektronische) databank bestaat in theorie de mogelijkheid deze in stukjes te knippen. Voor zover de deelverzamelingen die aldus ontstaan echter slechts onderdelen vormen van de primaire ordening die de gehele databank aanbrengt, zou dit ertoe leiden dat de eis van art. 2 lid 1 onder a Dw. dat sprake moet zijn van het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud goeddeels zijn zin zou verliezen.

4.20 In de tweede alinea van rov. 4 heeft het Hof m.i. geoordeeld dat de deelverzamelingen van te koop staande woningen per plaats geen zelfstandig karakter hebben aangezien deze deelverzamelingen slechts onderdelen vormen van de primaire ordening op plaatsnamen die in de totale databank is aangebracht. Deze ordening is ook logisch, aangezien iemand die op zoek is naar een woning in Amsterdam niet geïnteresseerd zal zijn in te koop staande woningen in Maastricht. De deelverzamelingen kennen ten opzichte van de totale NVM-databank bovendien ook overigens geen andere of verdere criteria: ook de (nadere) selectie op bijvoorbeeld prijsklasse en type woning is reeds in de totale databank aangebracht.

4.21 Aldus heeft het Hof kennelijk en terecht de hiervoor genoemde maatstaf aangelegd, zodat zijn oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

4.22 Subonderdeel 2.3 richt zich tegen rov. 5 van het bestreden arrest. Hierin heeft het Hof het volgende overwogen:

"Tussen partijen bestaat verschil van mening over de vraag of er sprake is van een substantiële investering als bedoeld in art. 1, lid 1, sub a van de Databankenwet. Grief 1 bestrijdt in dit verband het oordeel van de president, inhoudende dat reeds van zodanige (substantiële) investering sprake is nu de aanschaf van "NVM-boxen" van f 15.000,- per stuk ten behoeve van 2130 makelaarskantoren neerkomt op een totale investering van ruim f 31 miljoen.

Bij pleidooi is namens NVM onweersproken verklaard dat, reeds voordat op het internet een NVM website

was geopend, de bij NVM aangesloten makelaars informatie leverden voor en toegang hadden tot het totale NVM-woningbestand via een (...) intern netwerk. Bij pleidooi is verder namens NVM erkend dat de "NVM-boxen" (...) waren aangeschaft door de individuele makelaars ten behoeve van dat interne netwerk. Daarvoor zijn, aldus NVM (...), aanzienlijke investeringen gemaakt, waartoe zij heeft verwezen naar productie 27. De Telegraaf heeft weersproken dat substantiële investeringen zijn gedaan in geld of tijd.

De door NVM (...) overgelegde productie 27 bevat echter slechts een niet onderbouwde opstelling van cijfers, waarbij bovendien v??r het grootste gedeelte van het met de gestelde hardware-investeringen gemoeide bedrag is vermeld "NVM-leden". Onvoldoende aannemelijk is dat de in die productie vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Voor het overige zijn geen processtukken in het geding gebracht, op grond waarvan een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet aannemelijk is te achten.

Daarbij heeft het hof het standpunt van de minister van Justitie in aanmerking genomen, waaruit valt af te leiden dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofd- of een andere activiteit van de producent (Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Databankenwet, Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 5).

(...) Het bovenstaande brengt mee dat grief 1 slaagt en dat in dit kort geding ervan uit moet worden gegaan dat de NVM-database niet kan worden aangemerkt als een databank in de zin van de Databankenwet".

4.23 Subonderdeel 2.3 bestrijdt dit oordeel met een algemene rechtsklacht en een algemene motiveringsklacht die in onderdeel 3 en subonderdeel 3.1 nader worden uitgewerkt.

4.24 Het komt mij voor dat deze klachten reeds bij gebrek aan belang niet tot cassatie kunnen leiden om twee zelfstandige redenen.

4.25 Na de stellingen van partijen omtrent het hier aan de orde zijnde punt te hebben weergegeven, heeft het Hof voorop gesteld dat NVM haar stelling dat zij aanzienlijke investeringen heeft gedaan in haar (interne) databank, slechts heeft gestaafd met een niet onderbouwde opstelling van cijfers (productie 27), waarbij het Hof nog opmerkt dat bij een belangrijk deel van die cijfers ook nog eens staat vermeld dat deze bedragen door de individuele makelaars zijn betaald.

4.26 In dit oordeel ligt m.i. besloten dat NVM in de eerste plaats de door haar gestelde (maar door De Telegraaf betwiste) omvang van haar investeringen niet aannemelijk heeft kunnen maken. Weliswaar betreft het Hof dat oordeel op de interne databank, maar niet valt in te zien waarom iets anders zou gelden voor het internet. Ook te dien aanzien bevat productie 27 "slechts een niet onderbouwde opstelling van cijfers".(23) Het Hof doelt dan ook onmiskenbaar mede op het internet.

4.27 Daar komt nog bij dat de w?l gepleegde investering, naar in cassatie niet wordt bestreden, voor het grootste deel door de leden is verricht. Hetgeen resteert, zo ligt daarin - evenmin bestreden - besloten, is onvoldoende substantieel.

4.28 Deze beide oordelen kunnen 's Hof's oordeel zelfstandig dragen. Volledigheidshalve nog het volgende.

4.29 Onderdeel 3 klaagt erover dat het Hof in rov. 5 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de vraag of de NVM-databank getuigt van een substantiële investering alleen acht te slaan op de investeringen die specifiek zijn gedaan voor het inrichten, controleren en/of presenteren van deze databank op het internet.

4.30 In rov. 5 stelt het Hof de eis dat substantieel moet zijn ge?nvesteerd in het inrichten, controleren en/of presenteren van de databank op het internet. Het baseert zich hiervoor (kennelijk mede) op uitlatingen van de Minister tijdens de parlementaire behandeling van de Dw. Daaruit leidt het Hof af dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofdactiviteit van de producent.

4.31 Bij de door het Hof bedoelde uitlatingen van de Minister gaat het om het volgende. Tijdens de parlementaire behandeling hebben de leden van de PvdA-fractie de vraag gesteld of de vereiste substantiële investering primair gericht moet zijn geweest op de verkrijging, de controle of de presentatie van de bewuste verzameling. Ter toelichting zijn daarbij drie voorbeelden aan de orde gesteld(24):

1. Is een lijstje met namen en adressen van (tien) restaurants met een Michelin-ster in Nederland een beschermde databank? Het toekennen van sterren vergt ongetwijfeld een substantiële investering, maar deze lijkt primair gericht op het toekennen van sterren en niet op het verkrijgen van zo'n lijstje.

2. Het ontdekken van een nieuw zonnestelsel vergt een substantiële investering in een telescoop of een ruimte-reis. Het resulteert onder meer in het verkrijgen van een verzameling nieuwe sterren met bijbehorende namen. Is een dergelijke verzameling sterren een beschermde databank.

3. Het samenstellen van het programma van een televisiezender vergt vermoedelijk een substantiële investering. Kan daarmee worden gezegd dat een verzameling programmeergegevens op zichzelf getuigt van een substantiële investering of is zij in feite niet meer dan een spin-off van het programmeren van de zender, waarop de investering primair is gericht?

4.32 In antwoord hierop heeft de Minister vooropgesteld dat de substantiële investering volgens de definitie zowel op de verkrijging, de controle als op de presentatie van de inhoud van de databank betrekking kan hebben. Ten aanzien van de genoemde voorbeelden merkt hij vervolgens op dat het lijstje restaurants en het lijstje nieuwe sterren geen databanken zijn, omdat de investeringen die hieraan ten grondslag liggen niet gericht zijn geweest op het tot stand brengen van de databank. Ook de programmeergegevens zullen geen databank zijn, indien zij, zoals de leden van de PvdA-

fractie stellen, niet meer zijn dan een spin-off van het programmeren van de zender. De Minister heeft daaraan nog uitdrukkelijk toegevoegd dat het hier een vraag betreft waarover de rechter steeds aan de hand van de concrete feiten zal moeten beslissen(25).

4.33 Vrij algemeen wordt aangenomen dat de Minister hiermee het standpunt heeft ingenomen dat onder de Dw. een databank alleen beschermd zal zijn, indien de daarin gedane substantiële investering primair gericht is geweest op het tot stand brengen van de databank. Gegevensverzamelingen die slechts een toevallig bijproduct - een spin-off - van een andere (hoofd)activiteit vormen, zijn daarmee niet beschermd(26).

4.34 Deze zgn. "spin-off redenering" heeft in Nederland tot veel discussie geleid. Tegenstanders wijzen erop dat de uitlatingen van de Minister niet steunen op enigerlei bepaling in de Richtlijn(27) en dat Nederland hiermee ook alleen staat binnen de EU(28). Op deze laatste stelling is m.i. het nodige af te dingen.(29) Bij het betoog van de Minister valt te bedenken dat daaraan sowieso geen doorslaggevende betekenis toekomt omdat het hier gaat om communautair Europees recht.(30) Dat laat onverlet dat het op zijn inhoudelijke merites moet worden beoordeeld.

4.35 Als nadeel van 's Hof's benadering wordt gekenschetst dat het later op internet plaatsen van hetgeen waarin de investeringen zijn gepleegd deze investeringen geheel onbeschermd zou maken.(31) De richtlijn zou niet meer of anders vereisen dan dat de investering is gaan zitten in verkrijging, controle of presentatie van de inhoud.(32) Daarop voortbordurend zou men kunnen betogen dat een bijproduct nimmer kan bestaan zonder een "primaire investering" zodat deze investering ook in het kader van het bijproduct niet mag worden veronachtzaamd.(33) Als zwaarwegend argument noemt H. Cohen Jehoram dat de hier bestreden opvatting ertoe leidt dat niet substantiële investeringen door de daaraan ten deel vallende geschriftenbescherming per saldo beter worden beschermd dan w?l substantiële.(34)

4.36 De door het Hof aangehangen opvatting heeft ook voordelen. Voorkomen wordt dat door optelling van investeringen welhaast iedere verzameling wordt beschermd.(35)

4.37 Men kan kool en geit in belangrijke mate sparen door geen al te hoge eisen te stellen aan investeringen met het oog op het niet primaire gebruik, bijvoorbeeld door een investering in controle en het presenteren van gegevens op internet spoedig substantieel te achten.(36)

4.38 Hoewel ik geneigd ben te menen dat de door het Hof aangehangen opvatting in haar algemeenheid niet in overeenstemming is met de richtlijn, kan m.i. al met al niet worden gezegd dat boven redelijke twijfel verheven is dat het spinn-off argument geen hout snijdt.(37) Niet ten onrechte wordt daarom door verschillende auteurs betoogd dat het verlossende woord uit Luxemburg moet komen.(38) De stelling dat sprake zou zijn van acte claire (want van een "typisch Nederlandse misvatting"(39)) faalt reeds omdat zij volstrekt onvoldoende is toegelicht. Zo'n bewering kan slechts

indruk maken wanneer zij berust op in het Nederlands, Engels, Frans of Duits gesteld gedegen onderzoek naar het recht van alle EU-lidstaten. Daarvan is geen spoor te bekennen.(40)

4.39 De onderhavige zaak leent zich m.i. evenwel niet voor het stellen van een prejudiciële vraag. Niet alleen staan te weinig feiten vast, beantwoording van deze vraag is, als gezegd, in casu niet nodig. Daarom ware het overbelaste Hof van Justitie EG daarmee in deze zaak niet lastig te vallen, gesteld al dat zulks in het licht van het in de eerste volzin van dit nummer gestelde mogelijk zou zijn.(41)

4.40 Er is nog een andere reden waarom het stellen van een prejudiciële vraag in casu m.i. niet nodig is. In het onderhavige geval doet een situatie waarop de Minister klaarblijkelijk het oog had zich niet voor. Anders dan het Hof lijkt te menen, kan geen onderscheid worden gemaakt tussen het woningbestand, zoals dat door de makelaars via een intern netwerk kan worden geraadpleegd en het woningbestand, zoals dat op het internet voor het publiek toegankelijk is. Waar het Hof immers zelf overweegt dat NVM in 1995 heeft besloten het reeds bestaande woningbestand op het internet te plaatsen, gaat het onmiskenbaar (althans in hoofdzaak) om dezelfde databank, waaraan een andere presentatie- of exploitatievorm is gegeven.

4.41 Subonderdeel 3.1 klaagt erover dat het Hof ten onrechte de investering in de NVM-boxen buiten beschouwing heeft gelaten op de grond dat deze zijn betaald door de individuele NVM-leden.

4.42 Deze klacht behoeft geen bespreking omdat niet wordt onthuld waar in het omvangrijke dossier NVM een dergelijke stelling zou hebben betrokken. Zij (de klacht) voldoet daarmee niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Zo'n gebrek kan niet in de s.t. worden hersteld, reeds niet omdat art. 407 Rv. op het middel en niet op de s.t. ziet.

4.43 In de s.t. onder 33 wordt nog een additionale klacht vertolkt. Nu deze in het middel niet is te lezen, ga ik daaraan voorbij.

Onderdelen 4 en 5: auteursrecht en geschriftenbescherming

4.44 NVM heeft in deze zaak geen beroep gedaan op de auteursrechtelijke bescherming van de structuur van een databank als bedoeld in de Richtlijn. Wel heeft zij zich erop beroepen dat ("gewoon") auteursrecht rust op de (teksten en opmaak) van de (detail)pagina's van haar website. In de rov. 6 en 7 heeft het Hof dit laatste beroep verworpen(42).

4.45 Onderdeel 4 richt zich met vijf klachten tegen het Hof heeft overwogen in rov. 7. Deze rov. luidt als volgt:

"In het onderhavige geval opent de homepage van de website van NVM de mogelijkheid door het aanklikken van de functietoets "Zoek een koopwoning" verbinding te leggen naar de pagina "NVM Wonen"/"Zoek een koopwoning"; vervolgens kan door op laatstbedoelde pagina een zoekopdracht te geven verbinding worden gelegd met de daarvoor in aanmerking komende woningen uit het woningenbestand van NVM waarbij de beschrijving van een woning, al dan niet met een foto,

aan de gebruiker op het scherm van zijn computer (PC) wordt getoond en waarbij met behulp van een "cookie" kan worden "gebladerd" naar een volgende of vorige woning, een plattegrond en de makelaar.

Naar het oordeel van het Hof zijn de pagina's met de beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende andere informatie niet aan te merken als werken van letterkunde, wetenschap of kunst, waaraan (volledige) auteursrechtelijke bescherming toekomt, daar deze pagina's geen eigen, origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen, nog daargelaten dat niet aannemelijk is geworden dat NVM (...) de maker van die beschrijvingen is. Dit geldt ook voor de vormgeving van die pagina's. De omstandigheid dat de homepage van NVM het copyright-teken laat zien brengt evenmin mee dat de website en de database als werken als bovenbedoeld moeten worden beschouwd."

4.46 Ik begrijp deze rov. aldus dat het Hof op twee zelfstandig dragende gronden tot het oordeel komt dat geen sprake kan zijn van inbreuk op auteursrechten van NVM:

- 1) de pagina's met beschrijvingen van woningen en de daarmee samenhangende informatie (waaronder, klaarblijkelijk, de homepage) zijn - ook wat de opmaak betreft - onvoldoende oorspronkelijk om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen;
- 2) niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van die pagina's is zodat het auteursrecht sowieso niet aan haar toekomt.

4.47 De subonderdelen 4.1-4.4 richten zich met motiveringsklachten tegen het hiervoor onder 4.46 sub 1 weergegeven oordeel. Subonderdeel 4.1 doet daartoe beroep op productie 20 in prima; subonderdeel 4.2 op productie "1b en verder"; subonderdeel 4.3 zoekt zijn heil in de producties 3-6 waaruit onmiskenbaar zou blijken dat de ontwerper "duidelijke keuzes in vormgeving heeft gemaakt". Subonderdeel 4.4 ten slotte dringt aan dat de combinatie van teksten en lay-out van 45.000 objecten in elk geval auteursrechtelijke bescherming genieten.

4.48 Bij de beoordeling van deze klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Auteursrecht kan bestaan op werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Als zodanig wordt door de Aw. beschouwd ieder voortbrengsel op een van deze drie gebieden, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking is gebracht. Vereist is echter wel dat het werk een zekere mate van oorspronkelijkheid bezit(43). Criterium hiervoor is volgens de Hoge Raad dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt(44).

4.49 In het Van Dale-arrest(45) heeft Uw Raad deze maatstaf aldus uitgewerkt dat niet zonder meer voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt "een verzameling (van 230.000, JS) woorden". Immers is dan slechts sprake van niet meer dan een feitelijke hoeveelheid gegevens. Evenwel zou door een bepaalde selectie wél sprake kunnen zijn van een persoonlijke keuze van de maker.

4.50 De door subonderdeel 4.4, naar ik begrijp, betrokken stelling dat het aantal van 45.000 auteursrechtelijke bescherming in het leven roept, loopt op dit arrest stuk.(46)

4.51 In de literatuur wordt wel aangenomen dat uit de onder 4.48 genoemde maatstaf volgt dat de Hoge Raad een relatief streng oorspronkelijkheidsvereiste voorstaat(47). Ik vraag mij af of die opvatting geheel juist is. Zij slaat m.i. te weinig acht op de uitwerking zoals met name in het Van Dale-arrest gegeven. Voor de onderhavige zaak is een en ander intussen m.i. niet beslissend.

4.52 De maatstaf is, als gezegd, dat het werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft dat het stempel van de maker draagt. Dit eigen karakter kan in een groot aantal uiteenlopende elementen zijn gelegen. Bij teksten valt daarbij te denken aan bijvoorbeeld de opbouw en het taalgebruik; bij foto's aan het onderwerp, de opnamehoek en de lichtval.

4.53 In de praktijk kan vooral worden getwijfeld aan het eigen oorspronkelijk karakter van een werk als het gaat om voortbrengselen waarbij de maker weinig ruimte heeft gehad voor een eigen inbreng of waarbij hij heeft voortgeborduurd op een bestaande stijl, zoals met name het geval zal zijn bij werken van toegepaste kunst en kleine werken als korte berichten. Dit houdt mede verband met het onderscheid dat dient te worden gemaakt tussen de objectieve en subjectieve trekken van het werk. Onder de objectieve trekken is daarbij te verstaan al het reeds bestaande materiaal dat in het werk is verwerkt, zoals feiten, gegevens, gebruikelijke uitdrukkingen of bestaande stijlkenmerken. Daarnaast is ook datgene objectief wat weliswaar van de maker afkomstig is, maar wat een objectieve geldigheid bezit. Hierbij valt onder meer te denken aan de elementen van de vormgeving van een werk die worden bepaald door de techniek of die voortvloeien uit functionele eisen. Dergelijke elementen blijven auteursrechtelijk vrij en kunnen derhalve niet in de beoordeling worden betrokken(48).

4.54 In het licht van het voorgaande heeft het Hof, dat bij zijn beoordeling van de juiste maatstaf is uitgegaan, kennelijk geoordeeld dat genoemde beschrijvingen nauwelijks ruimte laten voor persoonlijke keuzes, nu deze vrijwel geheel bestaan uit de vermelding van objectieve gegevens (ligging, grootte, indeling en staat van onderhoud).

4.55 Hoewel dit oordeel, zeker in kort geding, is gebaseerd op een in beginsel aan het Hof als feitenrechter voorbehouden beoordeling van de overgelegde producties(49), vraag ik mij af of het de toets der kritiek kan doorstaan. De door Uw Raad gehanteerde maatstaf komt er, in de bewoordingen van Spoor/Verkade, op neer dat auteursrechtelijke bescherming regel is.(50) Bij de beantwoording van de vraag of zulks in een concrete casus het geval is, wordt als vuistregel gepropageerd of denkbaar is dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken.(51) Laat men deze toets op de producties los, dan kon het Hof in mijn ogen niet volstaan met zijn uiterst summiere,

geenszins voor de hand liggende, redengeving. De subonderdelen 4.1 - 4.3 acht ik daarom gegrond.

4.56 Subonderdeel 4.5 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de detailpagina's is.

4.57 Ik stel voorop dat NVM nergens met zoveel woorden betoogt dat en waarom zij als maker moet worden aangemerkt. Dat NVM of MDC meent de maker te zijn, ligt m.i. wel besloten in het lichaam en het petitum van de inleidende dagvaarding. De Telegraaf heeft het makerschap van NVM ook nergens betwist. Zij heeft in haar verweer slechts aangevoerd dat geen sprake is van een werk dat voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Aldus beschouwd kan worden betoogd dat het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door zelfstandig te onderzoeken of NVM wel als maker kan worden aangemerkt. Hierover wordt evenwel niet geklaagd.

4.58 Indien een werk voldoende oorspronkelijk is om object van auteursrecht te zijn, komt dit auteursrecht toe aan de maker van het werk. Onder maker (auteur) dient in dat verband te worden verstaan de schepper van het werk, niet degene die het feitelijk heeft vervaardigd. De werkelijke maker in de hierbedoelde zin is evenwel niet steeds ook de auteursrechthebbende: er kan sprake zijn van erfopvolging, van overdracht van het auteursrecht (art. 2 Aw.) of van makerschap ex lege als bedoeld in de artikelen 7 en 8 Aw. Laatstgenoemd artikel is hier aan de orde.

4.59 Ingevolge art. 8 Aw. wordt een rechtspersoon als de maker van een werk aangemerkt indien de rechtspersoon dit werk als van haar afkomstig openbaar heeft gemaakt zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker ervan te vermelden, tenzij bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig was. Daarbij valt wat betreft de eis dat niet "enig natuurlijk persoon" als maker is vermeld op te merken dat in de literatuur wordt aangenomen dat art. 8 ook toepassing mist indien een (andere) rechtspersoon als maker wordt vermeld. Het zal steeds van de omstandigheden van het geval afhangen of de vermelding van een (rechts)persoon op een vermelding "als maker" van het werk duidt(52).

4.60 Daarnaast bepaalt art. 4 Aw. - voor zover hier van belang - dat, behoudens bewijs van het tegendeel, degene die op of in het werk als de maker is aangeduid, of bij gebreke daarvan, degene die bij de openbaarmaking van het werk door degene die het openbaar maakt al als de maker daarvan bekend is gemaakt, voor de maker wordt gehouden. Het gaat hier derhalve om een bewijsvermoeden(53).

4.61 Dit bewijsvermoeden van art. 4 Aw. verhoudt zich aldus tot art. 8 Aw. dat in het geval de rechtspersoon een werk als van haarzelf afkomstig openbaar maakt, zonder vermelding van een ander als maker, het tegenbewijs van art. 4 is uitgesloten. Degene die de rechtspersoon het makerschap betwist, staat uitsluitend het tegenbewijs van art. 8 ten dienste(54). In het geval dat in een door een rechtspersoon onder eigen naam openbaar gemaakt werk wel een ander als maker is

vermeld, geldt het bewijsvermoeden van art. 4 ten gunste van laatstgenoemde. De rechtspersoon kan dit vermoeden dan weerleggen door te bewijzen dat een derde de maker is of dat zij zelf de maker is op grond van art. 7 Aw.(55)

4.62 In subonderdeel 4.5 wordt in de eerste plaats een beroep gedaan op art. 8 Aw.. Naar de kern genomen wordt erover geklaagd dat het Hof heeft miskend dat NVM de verschillende pagina's van haar website als van haar afkomstig openbaar heeft gemaakt, zonder dat daarbij enig natuurlijk persoon als maker is vermeld. Daarom, zo wil het subonderdeel, heeft zij op grond van art. 8 Aw. als auteursrechthebbende te gelden. Voor zover het Hof dit niet mocht hebben miskend, acht het subonderdeel 's Hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd.

4.63 Uit de nrs. 26-30 van de pleitnota van NVM in hoger beroep en uit de daarbij door NVM overgelegde productie 26(a-b)(56) blijkt dat op het beeldscherm bovenaan de verschillende pagina's van de website steeds staat vermeld: "NVM Website-By InterEdge". Mogelijk heeft het Hof daaruit afgeleid dat het hier gaat om de vermelding van InterEdge als maker van de (verschillende pagina's van de) NVM-website. In het licht van hetgeen hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van de eis dat niet "enig natuurlijk persoon" als maker wordt vermeld, zou zo'n oordeel geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

4.64 Ook al omdat De Telegraaf een verweer als zojuist bedoeld niet heeft gevoerd, gaat het mij te ver om de onder 4.63 ontvouwde redenering "in te lezen" in 's Hofs arrest. Dat brengt mee dat de klacht slaagt.

4.65 Daarnaast behelst subonderdeel 4.5 nog een beroep op art. 4 Aw.. Deze klacht - die m.i. niet voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. - moet mogelijk aldus worden verstaan dat het Hof heeft miskend dat NVM op de website als maker van de beschrijvingen van woningen op de detailpagina's en als maker van de lay-out van die pagina's is aangeduid. In elk geval is 's Hofs andersluidende oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

4.66 Voorzover art. 4 Aw. hier al een rol speelt (zie onder 4.61) het volgende. Bij de beoordeling van deze klacht moet worden voorop gesteld dat voor de toepasselijkheid van art. 4 nodig is dat de naamsvermelding - die ook kan bestaan in de afbeelding van een vignet of logo - zodanig is, dat deze op makerschap duidt. Vermelding van de naam van een onderneming of het (c)-teken brengt dan ook niet zo maar toepasselijkheid van art. 4 met zich mee(57).

4.67 Tegen deze achtergrond bezien, is de klacht gedoemd te falen.

4.68 Wat de beschrijvingen van de woningen betreft, kan aan de vermelding van de naam en het logo van NVM reeds daarom geen waarde worden toegekend, omdat NVM zelf heeft uiteengezet dat (en hoe) deze beschrijvingen worden gemaakt door de individuele makelaars (vgl. pleitnotities in eerste aanleg, onder 3-5; pleitnotities in hoger beroep, onder 57-59), terwijl gesteld noch gebleken is dat de individuele makelaars hun rechten aan NVM hebben overgedragen.

4.69.1 Wat betreft de opmaak van de pagina's valt te wijzen op de hiervoor genoemde vermelding "NVM website by InterEdge". Om de reeds genoemde reden zou ik niet willen aannemen dat het Hof hierop het oog heeft gehad. Een (andere) motivering geeft het Hof niet zodat zijn oordeel ook in zoverre met vrucht wordt bestreden.

4.69.2 Uit het voorafgaande volgt dat m.i. beide poten waarop 's Hofs auteursrechtelijke oordeel stoelt ondeugdelijk zijn.

Geschriftenbescherming: onderdeel 5

4.70 Onderdeel 5 kant zich tegen rov. 8 en 9. Daarin heeft het Hof - samengevat - geoordeeld dat De Telegraaf geen inbreuk maakt op de geschriftenbescherming van NVM. Immers gaat het, in 's Hofs visie, niet om "ontlening door een eenvoudige herhaling".

4.71 Uit rov. 7 laatste alinea kan m.i. geen andere conclusie worden getrokken dan dat het Hof bij geschriftenbescherming het oog heeft op art. 10 lid 3 Aw.

4.72 Zowel uit de klacht als uit de s.t. valt op te maken dat NVM het Hof een onjuist en ontoereikend gemotiveerd oordeel inzake art. 10 lid 1 Aw. verwijt. Die klacht gaat langs 's Hofs gedachtegang heen. Het onderdeel stuit hierop in zijn geheel af.

4.73 Dat is niet anders wanneer de klacht verondersteltenderwijs aldus wordt verstaan dat het bij de invulling van art. 10 lid 3 Aw. mede aankomt op art. 10 lid 1 Aw. Art. 10 lid 3 beoogt de richtlijn te incorporeren.(58) Zonder nadere toelichting - die in het onderdeel en in de s.t. ontbreekt - valt niet in te zien waarom een eis die mogelijk onder het pre-richtlijn Nederlandse recht gold, ook zou gelden voor een regeling van communautair Europees recht.(59) Zou de klacht moeten worden begrepen als hier bedoeld, dan voldoet zij niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

4.74 Ten overvloede nog een enkele opmerking over art. 10 lid 1 Aw.

4.75 Bij de hierbedoelde geschriftenbescherming gaat het kort gezegd om het volgende.

4.76 Ingevolge art. 10 lid 1 onder 1(Aw komt ook auteursrechtelijke bescherming toe aan "alle andere geschriften", zodat ook geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter worden beschermd. Uitgaande van de bedoeling van de wetgever - handhaving van de onder de vroegere wetgeving bestaande bescherming van geschriften tegen nadruk - heeft de Hoge Raad de reikwijdte van deze (pseudo)auteursrechtelijke bescherming van onpersoonlijke geschriften beperkt en daarvoor een apart stelsel ontwikkeld(60). Voor zover hier van belang komt dit stelsel op het volgende neer(61):

- Het begrip geschrift veronderstelt de opschriftstelling van bepaalde gegevens. Uitsluitend deze opschriftstelling is beschermd (derhalve niet de verzamelde gegevens als zodanig) en dan nog alleen tegen het overnemen van de inhoud van het geschrift.

- Bescherming tegen overname veronderstelt (directe of indirecte) ontlening aan het geschrift. Van inbreuk is evenwel geen sprake indien, ook al is sprake van ontle-

ning, de nieuwe opschriftstelling niet als een eenvoudige herhaling van de eerdere opschriftstelling is te beschouwen.

- De woorden eenvoudige herhaling dienen overigens niet al te letterlijk te worden genomen: ook een vertaling - zelfs wanneer deze niet woordelijk of letterlijk is - of een bewerking van minder ingrijpende aard kan een auteursrechtelijk verboden overneming van de inhoud van het geschrift opleveren.

4.77 Databanken waarvan de structuur niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt (omdat niet kan worden gezegd dat de keuze of de rangschikking van de stof een eigen oorspronkelijke schepping van de maker vormt) en die ook niet voldoen aan de eis van een substantiële investering (en derhalve niet zijn aan te merken als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw.) komen nog wel in aanmerking voor de geschriftenbescherming(62).

4.78 Voor het geval haar woningbestand niet kan worden gekwalificeerd als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw heeft NVM (subsidiar) een beroep gedaan op de hierbedoelde geschriftenbescherming. Het Hof heeft dat beroep verworpen.

4.79 De tegen dit oordeel in stelling gebrachte klacht faalt. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor onder 4.76 werd vermeld, is de geschriftenbescherming volgens de Hoge Raad beperkt tot een eenvoudige herhaling van de inhoud van het geschrift, indien en voor zover daarbij sprake is van ontlening. Ontlening is derhalve wel een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde om tot inbreuk te kunnen concluderen: nodig is ook dat het overnemen van de inhoud van het geschrift plaatsvindt door eenvoudige herhaling. Door te overwegen dat geen sprake is van "ontlening door eenvoudige herhaling" heeft het Hof dan ook een juiste maatstaf aangelegd(63).

4.80 Subonderdeel 5.2 is gericht tegen het oordeel dat bij het eerste zoekresultaat niet kan worden gesproken van "ontlening door eenvoudige herhaling". De klacht luidt dat het Hof - ervan uitgaande dat voor inbreuk op het geschriftenrecht eenvoudige herhaling is vereist - een onjuiste invulling aan dit begrip heeft gegeven, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Daarbij wordt een beroep gedaan op de door NVM overgelegde producties 2-6.

4.81 Zoals hiervoor reeds werd aangegeven, mag de eis dat sprake moet zijn van eenvoudige herhaling niet te eng worden opgevat. Volgens de Hoge Raad kan immers ook sprake zijn van inbreuk op het geschriftenrecht bij bewerkingen van minder ingrijpende aard, derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels woordelijk of letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat(64).

4.82 Waar het Hof heeft geoordeeld dat het eerste zoekresultaat (de lijst) zodanig verschilt van de betrokken pagina van NVM dat niet van ontlening door eenvoudige herhaling kan worden gesproken, kan niet worden gezegd dat het Hof het voorgaande heeft miskend. De rechtsklacht van subonderdeel 5.2 faalt derhalve.

4.83 Hoewel NVM kan worden toegegeven dat de uitkomst waartoe het Hof komt niet dwingend is, kan niet

worden gezegd dat 's Hofs oordeel - dat berust op een waardering van feitelijke aard en daarom in cassatie slechts in zeer beperkte mate kan worden getoetst - onbegrijpelijk is.(65) Daarbij valt nog te bedenken dat de aard van een kort geding procedure meebrengt dat geen strenge motiveringseisen worden gesteld.

4.84 Subonderdeel 5.3 en 5.4 trekken ten strijde tegen 's Hofs oordeel dat als volgt kan worden samengevat:

* het resultaat van plak- en knipwerk valt niet onder de geschriftenbescherming van art. 10 lid 1 Aw.; in casu is sprake van zodanig plak- en lijmwerk.

4.85 De hiertegen in stelling gebrachte klachten slagen, als de onder 4.72 opgeworpen hindernis zou worden genomen.

4.86 Met NVM meen ik dat slechts van belang is of sprake is van het overnemen van het geschrift. Hoe dat geschiedt, is niet beslissend. Ik ga hierbij niet in op de niet nader uitgewerkte stelling van De Telegraaf over art. 7 Gw en art. 10 EVRM (s.t. onder 3.60). Ook al niet omdat de hier relevante bepaling van de Auteurswet is gebaseerd op de Berner Conventie waardoor de EVRM dimensie m.i. mede wordt gekleurd.

4.87 Bovendien is onduidelijk waarop het Hof de stelling baseert dat De Telegraaf zulks onweersproken zou hebben gesteld. In haar s.t. zijn begrijpelijkerwijs ook geen vindplaatsen van die stelling te lezen.

4.88 Voorzover subonderdeel 5.4 veronderstelt dat het Hof op basis van eigen onderzoek tot het oordeel is gekomen dat het plak- en lijmwerk geen eenvoudige herhaling is, berust het op een verkeerde lezing. Het Hof baseert dat oordeel immers slechts op een stelling van De Telegraaf.

4.89 De slotalinea van rov. 9 heeft geen wezenlijke betekenis. Zij is niet dragend voor 's Hofs oordeel en is evenmin een zelfstandig dragend obiter dictum. Dit laatste valt uit de formulering af te leiden: "niet zonder meer goed leent". De daartegen gerichte klacht mist daarom belang, zelfs als de onder 4.72 genoemde grond waarop het onderdeel m.i. vastloopt niet op zou gaan.

onderdeel 6: het pretens onrechtmatig handelen

4.90 NVM komt ten slotte met nog zeven klachten op tegen rov. 10. Hierin heeft het Hof het volgende overwogen:

"10.NVM c.s. stellen zich op het standpunt dat De Telegraaf profiteert van haar inspanningen met betrekking tot het instandhouden van haar website/database en (aldus) parasiteert en wel zodanig dat zij (...) daardoor schade lijden/lijdt.

NVM menen verder, dat De Telegraaf door technologische maatregelen van NVM te omzeilen in strijd handelt met artikel 32a van de Auteurswet 1912.

Deze (straf)bepaling heeft echter betrekking op het verhandelen van middelen die het ongeautoriseerd verwijderen of ontwijken van technische beschermingsmaatregelen tegen kopiëren mogelijk maken en niet op het gebruiken van die middelen.

Voor zover NVM c.s. betogen dat het gebruik van dergelijke middelen op zichzelf reeds een onrechtmatige daad oplevert, merkt het hof op dat, nu door De Telegraaf wordt weersproken dat zij van dergelijke

middelen gebruik maakt, nader onderzoek nodig is waarvoor in het kader van dit kort geding geen plaats is.

Maar, ook al zou De Telegraaf van dergelijke middelen gebruik maken, dan is het volgende van belang:

- Partijen zijn het erover eens dat het leggen van een "hyperlink" op het internet in de zin van het leggen van een verbinding van een server met de homepage van een andere server in beginsel - behoudens uitzonderingsgevallen - is toegestaan.

- EL Cheapo stelt de internetgebruikers in staat om zonder betaling informatie te verkrijgen van onderliggende pagina's van andere servers. Zij is te beschouwen als een gespecialiseerde zoekmachine.

- NVM c.s. stellen de informatie van haar database zonder betaling vrij ter beschikking van iedere individuele internetgebruiker.

- Winstderving of schade ten gevolge van de gewraakte handelingen van De Telegraaf/El Cheapo is thans niet aannemelijk gemaakt.

- Onvoldoende inzicht bestaat of NVM of MDC door de verwezenlijking van de (beoogde) samenwerking met Wegener met betrekking tot het commercieel exploiteren van haar website en database door reclame of anderszins in de nabije toekomst winst zullen/zal derven.

Naar het voorlopig oordeel van het hof is niet genoegzaam aannemelijk geworden dat, mede gelet op het vorenstaande, er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM c.s. en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden door De Telegraaf hetzij v?r hetzij na 3 oktober 2000 een onrechtmatig karakter heeft gekregen.

Daarbij is mede in aanmerking genomen, dat gelet op de wijze van aanbieding, niet aannemelijk is dat het publiek door El Cheapo wordt misleid omtrent de herkomst van de aangeboden informatie of dat verwarring zal ontstaan, terwijl evenmin aannemelijk is dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de goede naam van NVM c.s."

4.91 Het Hof heeft de op onrechtmatige daad gestoelde vordering van NVM klaarblijkelijk aldus begrepen dat deze in hoofdzaak is ingegeven door de schade die NVM stelt te lijden. Anders gezegd: dat deze schade een onmisbare schakel is in de redenering van NVM. Dit valt af te leiden uit rov. 10 eerste alinea. Het Hof pareert het betoog van NVM onder veel meer door er op te wijzen dat schade of winstderving niet aannemelijk is geworden.

4.92 Het middel bestrijdt 's Hofs interpretatie van de vordering niet. Dat valt te begrijpen tegen de achtergrond van de uiterst summiere inleidende dagvaarding, met name onder 5.

4.93 Bij deze stand van zaken komt het m.i. slechts aan op de vraag of 's Hofs oordeel omtrent het onaannemelijk zijn geworden van schade stand kan houden. Subonderdeel 6.6 bestrijdt dat.

4.94 Volgens deze klacht zou vaststaan - klaarblijkelijk omdat NVM dit heeft gesteld - dat zij meer dan (3.000.000 per jaar aan advertentiekosten misloopt omdat De Telegraaf ""traffic" wegsnoept". Daarnaast zou

NVM "zeer waardevolle marketinginformatie" mislopen om de in het subonderdeel uitgesponnen redenen.

4.95 Juist is dat NVM in prima - op de in de klacht weergegeven plaatsen - uiteen heeft gezet dat van zodanige schade sprake zou kunnen zijn. Zij heeft eveneens betoogd dat daarvan in werkelijkheid nog geen sprake was (pleitnotities mr Van Manen onder 100).

4.96 Het Hof heeft zijn oordeel klaarblijkelijk en geenszins onbegrijpelijk op de in de laatste volzin van 4.95 weergegeven stellingname van NVM gebaseerd. Het college heeft, naar expliciet wordt overwogen, onvoldoende aannemelijk geacht dat de situatie in de toekomst zal veranderen (rov. 10 blz. 7, laatste liggend streepje), hetgeen door het middel niet wordt bestreden.

4.97 De klacht loopt hierop stuk voorzover zij betrekking heeft op 's Hofs oordeel over het niet aannemelijk zijn geworden van schade.

4.98 Voorzover het subonderdeel klaagt over het te lichtvoetig voorbijgaan aan het betoog van NVM inzake het gemis aan marketinginformatie voldoet het niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Immers is onduidelijk waarop NVM precies doelt en is zulks in de door haar genoemde passages hooguit zozeer en passant ter sprake gebracht(66) dat het Hof er niet specifiek op in behoefde te gaan. Ik laat daarbij nog rusten of het - gezien de privacy van de gebruikers van de NVM-site - wel zonder meer zou zijn toegestaan om - zoals NVM, naar ik begrijp, heeft willen betogen - hun zoektochten nauwkeurig te volgen en in kaart te brengen. Anders gezegd: gaat het wel om een rechtmatig belang?

4.99 Het bovenstaande brengt m.i. mee dat de resterende zes klachten geen afzonderlijke bespreking behoeven. Voor het geval Uw Raad de zo?ven ontvouwde gedachtegang niet zou onderschrijven, ga ik nog kort op die klachten in.

4.100 Subonderdeel 6.1 verwijft het Hof een aantal misvattingen inzake art. 32a Aw.

4.101 De klacht dat het Hof zou hebben miskend dat art. 32a Aw. niet alleen een strafbepaling is, mist feitelijke grondslag. Dit blijkt uit het door het Hof tussen haakjes plaatsen van "straf".

4.102 Alvorens de resterende klachten te bespreken, merk ik op dat art. 32a aanhef Aw. verwijft naar art. 10 lid 1 onder 12 Aw. Daar is sprake van computerprogramma's. NVM meent kennelijk - en m.i. terecht - dat daarvan in casu sprake is in de zin dier bepaling.(67)

4.103 Het niet eenvoudig geredigeerde art. 32a Aw. ziet op het aanbieden c.a. van middelen die bestemd zijn technische beschermingsmaatregelen te ontwijken. Het gaat dus niet om het zelf ontwijken van de voorzieningen maar om het aanbieden c.a. van daartoe bestemde middelen. Waar het Hof spreekt van "verhandelen" heeft het daarop het oog. Dat oordeel is juist. Daarom acht ik de resterende klachten van het subonderdeel ongegrond.

4.104 Volgens subonderdeel 6.2 staat vast (althans is door het Hof in het midden gelaten) dat De Telegraaf de door NVM aangebrachte veiligheidsvoorzieningen heeft omzeild. Nu De Telegraaf de door haar aldus ver-

kregen gegevens op internet aanbiedt, zou zij hebben gehandeld in strijd met art. 32a Aw.

4.105 Juist is dat NVM in eerste aanleg en in app?l heeft betoogd dat De Telegraaf haar veiligheidsvoorzieningen tracht te ontgaan. Zij heeft dit betoog evenwel niet geplaatst in de sleutel van art. 32a Aw. Het Hof behoefde daarom niet expliciet op die bepaling in te gaan. Het onderdeel behelst - anders dan subonderdeel 6.7 - geen op art. 48 Rv. toegespitste klacht.

4.106 Daar komt nog bij dat De Telegraaf het betoog van NVM heeft bestreden. Het Hof heeft overwogen dat een kort geding zich niet leent voor het uitzoeken van de vraag wiens stellingen op dit punt juist zijn. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste opvatting.(68) Ook daarop stuit de klacht af. Ook subonderdeel 6.3 vindt hierin zijn Waterloo.

4.107 Subonderdeel 6.4 ziet er aan voorbij dat 's Hofs daarin bestreden oordeel uitgaat van de veronderstelling dat w?l is komen vast te staan dat De Telegraaf - kort gezegd - heeft gehandeld in strijd met art. 32a Aw. Nu de daartegen gerichte klachten (6.2 en 6.3) m.i. falen, kom ik aan de klacht van subonderdeel 6.5 niet meer toe.

4.108 Subonderdeel 6.5 strandt op dezelfde klip.

4.109 Subonderdeel 6.7 loopt reeds hierop stuk dat het Hof slechts wordt verweten een theoretische vraag niet te hebben beantwoord. Dat behoort evenwel niet tot de taak van de rechter. NVM voert niet aan dat en zet al helemaal niet, aan de hand van vindplaatsen in de stukken, uiteen waarom het Hof die vraag in voor NVM bevestigende zin had moeten beantwoorden.

4.110 Bovendien heeft het Hof m.i. voldoende duidelijk aangegeven dat het de door de klacht genoemde stellingen van de hand wijst. Ik moge verwijzen naar de bespreking van subonderdeel 6.2.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Pb. EG 1996, L77/20.

2 Wet van 8 juli 1999 houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG, Stb. 1999, 303. Deze wet is op 21 juli 1999 in werking getreden.

3 Zie over de achtergronden en de totstandkoming van de Richtlijn: Verkade/Visser, Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankwet, 1999, blz. 1-7; H.M.H. Speyart, De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland (I), Informatierecht/AMI 1996, blz. 151-152. Zie over de definitie van het begrip databank in de Richtlijn: A.A. Quaedvlieg, Onafhankelijk, geordend en toegankelijk, Informatierecht/AMI 2000, blz. 177-186 en S.A. Klos, Databankieren in een lawyer's paradise, IER 2000, blz. 1-8.

4 Uitgebreid hierover: Speyart, t.a.p., blz. 155 e.v..

5 Art. 1 lid 1 onder a Dw. spreekt van een "substantiële investering".

6 Zie hierover MvT op de Dw., TK 1997-1998, 26108 nr. 3, blz. 4-6.

7 Zie voor de overwegingen van de wetgever hieromtrent de Mvt TK zitting 1997-1998, 26108 nr. 3, blz. 5 en de Nota TK 1998-1999, 26108 nr. 6 blz. 1-2.

8 Zie hierover: Mvt bij wetsvoorstel 26 108, TK 1997-1998, nr.3, blz. 20-21 en Nota n.a.v. het verslag, TK 1998-1999, blz. 16. Zie voorts: Verkade/Visser, a.w. blz. 25-26 en het

Verslag van de commissie auteursrecht van de VvA, blz. 21-24.

9 Mvt bij wetsvoorstel 26 108, TK 1997-1998, nr. 3 blz. 22; Verkade/Visser, a.w., blz. 24, en 26-29; Spoor/Verkade, Auteursrecht (1993) nr 50/55; IEC (Krikke), blz. 11/136.

10 Inmiddels www.funda.nl; zie repliek onder 2.

11 Vgl. de producties 2a1 en 2a2 van NVM in eerste aanleg.

12 Vgl. de producties 2b-2b7 tijdens NVM in eerste aanleg.

13 Vgl. productie 2c van NVM in eerste aanleg.

14 Vgl. productie 3b van NVM in eerste aanleg.

15 Vgl. productie 3c van NVM in eerste aanleg.

16 Vgl. producties 4g en 4d van NVM in eerste aanleg.

17 Hetgeen onder 31 na de eerste vette punt staat, suggereert dat van eigen opname wel degelijk sprake is. Ware dat anders dan valt de relevantie daarvan (voor mij) niet te doorgronden.

18 Het Hof geeft niet aan wat nauwkeurig zou worden omzeild.

19 Mijn gebrek aan computertechnische vaardigheden blijkt reeds hieruit dat het ondanks verwoede pogingen niet is gelukt de witte ruimte op te vullen.

20 Vgl. Verkade/Visser, a.w., blz. 7, 9-10. Zie over het begrip databank S.A. Klos, t.a.p., blz. 1-8; H.M.H. Speyart, t.a.p., blz. 152-155, Quaedvlieg, t.a.p., blz. 155 e.v.; M. Leistner, Der neue Rechtsschutz des Datenbankanherstellers, GRUR Int. 1999, blz. 819-824.

21 Quaedvlieg, t.a.p., blz. 186.

22 H. Struik, noot onder het onderhavige arrest, Computerrecht 2001, blz. 93.

23 In gelijke zin de s.t. van mrs Meijer en Schreuders-Ebbekink onder 3.33.

24 Verslag van de vaste commissie voor Justitie bij wetsvoorstel 26 108, TK 1998-1999, nr. 5, blz. 4-5.

25 Nota n.a.v. het verslag, TK 1998-1999, 26 108, nr. 6, blz. 5.

26 Vgl. IEC (Krikke), blz. 14/69; S.A. Klos, t.a.p., blz. 7; M.J. Frequin, Extra vangnet voor de producent van een databank, Computerrecht 1999, blz. 12; H. Struik, t.a.p., blz.93; Verslag van de commissie auteursrecht van de VvA, blz. 11; A. Beunen, Kanttekening bij KPN/XSO, Informatierecht/AMI 2000, blz.59; H. Cohen Jehoram in zijn noot onder Rechtbank Almelo 6 december 2000 (KPN/Denda), Informatierecht/AMI 2001, blz. 70. In die zin ook Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, Mediaforum 2000-10 rov. 4.8.

27 Vgl. H. Cohen Jehoram in zijn noot onder Rechtbank Almelo 6 december 2000, Informatierecht/AMI 2001, blz. 70. Dezelfde schrijver lijkt overigens op een

- andere plaats de spin-off-redenering weer wel te onderschrijven: NJB 1999, blz. 478-479.
- 28 S.A. Klos, t.a.p., blz. 7; IEC (Krikke), blz. 14/69. Vgl. P. Bernt Hugenholtz, *The New Database Right: Early Case Law from Europe*, IVIR met name de conclusie.
- 29 Zie Matthias Leistner, GRUR Int. 1999 blz. 826.
- 30 In dit verband zij aangestipt dat enigszins onduidelijk is wat de Nederlandse positie ten aanzien van de richtlijn was: Verkade/Visser, a.w. blz. 6.
- 31 H. Struik, *Computerrecht 2001/2* blz. 92 en (kennelijk) Mireille van Eechoud onder het arrest a quo, *Mediaforum 2001-2* blz. 90 en onder het vonnis a quo *Mediaforum 2000-11/12* blz. 398. Ook het vonnis van Pres. Rb. 's-Gravenhage (het huidige lid van Uw Raad mr Numann) van 29 juni 1999, IER 2000 blz. 72 e.v. rov. 7 wijst in die richting, al wordt het oordeel m.i. mede gedragen door voortgaande investeringen.
- 32 Struik, t.a.p. blz. 93. In vergelijkbare zin Hof Arnhem 15 april 1997, *Informatierecht/AMI 1997* blz. 214 e.v. rov. 4.3.9. Het arrest is mede gewezen door Prof. Verkade. Een weinig duidelijke variant op deze redenering is te vinden in de bespreking van het vonnis a quo door T.F.W. Overdijk, *Informatierecht/AMI 2000* blz. 194.
- 33 Aldus Rb. Almelo 6 december 2000, AMI 2001-3 rov. 113, zoals enigszins door mij geparafraseerd met instemmende noot van H. Cohen Jehoram.
- 34 Onder het arrest a quo, AMI 2001, 7.
- 35 Mireille van Eechoud, *Mediaforum 2000-11/12* blz. 398.
- 36 In die zin, naar ik begrijp, S.A. Klos, IER 2000 blz. 7.
- 37 Indien juist zou voor de stelling van mr Cohen Jehoram in de s.t. onder 31 wel iets te zeggen zijn. Maar of hij gelijk heeft kan ik niet beoordelen, alleen al niet omdat ik niet alle talen van de EU beheers en dus - gesteld al dat daarvoor tijd beschikbaar zou zijn - buiten staat ben een en ander te verifiëren. Ook partijen en de Nederlandse doctrine beperken zich, op zich niet onbegrijpelijk, tot opmerkingen over een klein aantal landen.
- 38 H. Cohen Jehoram onder Rb. Almelo 6 december 2000, AMI 2001, 6 en onder het onderhavige arrest, AMI 2001, 7; Beunen, *Informatierecht/AMI 2000* nr 4 blz. 59; Verslag van de cie. Auteursrecht a.w. blz. 12.
- 39 S.t. mr Cohen Jehoram onder 35.
- 40 Wanneer het belang van deze vraag werkelijk zo groot is, als onder meer NVM wil doen geloven, kunnen de kosten, op zich en in verhouding tot de vele procedures die worden gevoerd, nauwelijks een beletsel vormen.
- 41 Zie uitvoerig A.W.H. Meij, preadvies NJV 1999 blz. 156 e.v.
- 42 Ik merk op dat deze rov. niet geheel duidelijk zijn. Uit rov. 6 lijkt te volgen dat het Hof gaat onderzoeken in hoeverre de structuur van de databank auteursrechtelijke bescherming toekomt. Het Hof spreekt immers van "de databank als zodanig" en citeert voorts art. 10 lid 3 en 4 Aw. In rov. 7 bespreekt het Hof echter wel degelijk het de door NVM ingeroepen auteursrecht op de beschrijvingen op en de lay-out van de detailpagina's.
- 43 Van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen* (1998) blz. 49-51; Spoor/Verkade, *Auteursrecht* (1993) blz. 49 en 56.
- 44 HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 (DWFV). De Hoge Raad heeft deze maatstaf voor het eerst genoemd in HR 29 november 1985, NJ 1987, 880. Zie ook HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602 DWFV rov. 3.5.3.
- 45 HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 DWFV rov. 3.4.
- 46 Vgl. ook de noot van Verkade onder 14.
- 47 IEC (Engelen), Au II-Art.10, blz. 10 en 12 met verwijzingen. Voorzichtiger (in 1993): Spoor/Verkade, a.w., blz. 62-63.
- 48 Spoor/Verkade, a.w., blz. 56-61; IEC (Engelen), Au II-Art. 10, blz. 32-40.
- 49 HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602 en met name ook de noot van Verkade onder 19 en 20 en enigszins kritisch - wat het meewegen van het kort geding-aspect betreft - onder 23. A-G Strikwerda voor HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 DJWV onder 13. In dat geval oordeelde Uw Raad anders.
- 50 A.w. blz. 57.
- 51 Spoor/Verkade, a.w. blz. 58; Van Lingen, a.w. blz. 50; IEC Au II art. 10 aant. 2.2.
- 52 Spoor/Verkade, a.w. blz. 42; Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988) blz. 56; Van Lingen, a.w., blz. 44.
- 53 Hierover: Spoor/Verkade, a.w., blz. 43-47; Van Lingen, a.w., blz. 27-29; Gerbrandy, a.w., blz. 33-37; IEC (Seignette), Au II-art. 4, blz. 1-6.
- 54 Gerbrandy, a.w., blz. 56.
- 55 IEC (Seignette), Au II-art. 4, blz. 1-5.
- 56 In de pleitnotities wordt kennelijk per abuis gesproken over productie 25.
- 57 Spoor/Verkade, a.w., blz. 44-47; Van Lingen, a.w., blz. 28-29; Gerbrandy, a.w. blz. 35-36; IEC (Seignette), Au II-Art.4, blz. 2-4. Zie over de copyright notice ((c)): Van Lingen, a.w., blz. 217-220 en Spoor/Verkade, a.w., blz. 537-540.
- 58 Verkade/Visser, a.w. blz. 25.
- 59 Zie Verkade/Visser, a.w. blz. 26. Vgl. de cryptische stelling van H.M.H. Speyart, *Informatierecht/AMI 1996* nr 9 blz. 178.
- 60 HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (DJV), HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (HB); HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (HB). Zie hierover uitgebreid: Spoor/Verkade, a.w. blz. 70-79; Gerbrandy, a.w., blz. 75-79; Th.C.J.A. Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, 1994, blz. 35-46; zie ook de conclusie van de A-G Langemeijer in de zaak C00/109, nrs. 2.1-2.6.
- 61 Vgl. de in de vorige noot genoemde arresten en Spoor/Verkade, blz. 76-79; Engelen, a.w., blz. 120-121; Gerbrandy, a.w., blz. 76-79; Van Lingen, a.w., blz. 55-57.
- 62 Mvt wetsvoorstel 26 108, TK zitting 1997-1998, nr. 3, blz. 22 en de nota n.a.v. het verslag, TK zitting 1998-1999, nr. 6, blz. 2-3.

63 Vgl. in dit verband Hof Arnhem 17 september 1979, NJ 1980, 603; Pres. Rechtbank Amsterdam 22 december 1983, BIE 1985, blz. 36.

64 HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 HB.

65 In vergelijkbare zin de annotatie van H. Struik, Computerrecht 2001/2 blz. 94.

66 Pleitnotities mr Van Maanen in prima onder 98.

67 IEC (Engelen) Au II art. 10 aant. 8.3.

68 Zie nader de s.t. van mrs Meijer en Schreuders-Ebbekink onder 3.71.
