

Aan : Vaste Commissie voor Economische Zaken en Klimaat (Tweede Kamer)
Van : Prof. Mr T. Cohen Jehoram
Betreft : Databankrechten op het handelsregister; wetsvoorstel Wijziging van de
Handelsregisterwet 2007
Datum : 5 april 2019

NOTITIE

1 INLEIDING

1.1 Doel van deze notitie

1.1.1 In deze notitie wordt –ten behoeve van het rondetafelgesprek van de Vaste Commissie EZK op 11 april 2019- kort uiteengezet wat databankrechten zijn, wat de vereisten zijn voor verkrijgen ervan, of overheden databankrechten kunnen houden, dat het handelsregister kwalificeert als een beschermde databank en de Kamer van Koophandel databankrechten houdt. Ook wordt ingegaan op de relatie tot de wetgeving op het gebied van hergebruik van overheidsinformatie en welke doelen het databankrechtelijk voorbehoud in het wetsvoorstel kan dienen.

1.2 Inhoud van deze notitie

1	INLEIDING	1
2	WAT ZIJN DATABANKRECHTEN EN HOE KRIJG JE DIE	1
3	DATABANKRECHTELIJKE BESCHERMING VAN HET HANDELSREGISTER	3
4	DATABANKRECHTEN VAN OVERHEDEN EN DE WET HERGEBRUIK OVERHEIDSINFORMATIE.....	5
5	NUT EN NOODZAAK VAN EEN DATABANKRECHTELIJK VOORBEHOUD	6

2 WAT ZIJN DATABANKRECHTEN EN HOE KRIJG JE DIE

2.1.1 Een databank in de zin van het databankenrecht¹ is "een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins

¹ Art. 1 lid 2 Databankenrichtlijn 96/9/EG.

toegankelijk zijn". Dat het handelsregister binnen deze definitie valt staat nergens ter discussie.

- 2.1.2 Voor het verkrijgen van een databankenrecht is meer nodig, en wel een substantiële investering in de verkrijging, controle en/of presentatie van de inhoud van de databank. Wat precies de drempel is voor een substantiële investering, valt niet met mathematische zekerheid te zeggen; het kan zowel een kwalitatief als een kwantitatief substantiële investering zijn. Wanneer alleen naar een kwantitatieve investering wordt gekeken, hebben sommige Europese rechters de lat bij enkele tienduizenden euro's gelegd, andere bij enkele honderdduizenden². Het recht ontstaat automatisch met het doen van zo'n substantiële investering in een databank.
- 2.1.3 De houder van de databankrechten is de 'producent' ervan. Dat is degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering³.
- 2.1.4 Deze producent heeft het uitsluitend recht toestemming te verlenen voor **a)** het opvragen of hergebruiken van het geheel, of een in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantieel deel, van de inhoud van de databank. Dat kan dus veel data betreffen, maar ook weinig data, als die zeer waardevol zijn. Daarbij is 'opvragen' het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank, of een deel ervan, op een andere drager (bijvoorbeeld: het kopiëren van data). 'Hergebruiken' is in databankrechtelijke zin het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank, of een deel daarvan (bijvoorbeeld door online toegang te geven tot data). Het is belangrijk in het oog te houden dat 'hergebruik' in databankrechtelijke zin iets anders is dan 'hergebruik' in de zin van de wet Hergebruik Overheidsinformatie (waarover hieronder meer).
- 2.1.5 Ook kan de producent van een databankrecht zich **b)** verzetten tegen het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwantitatief of kwalitatief opzicht *niet*-substantiële delen van de inhoud van de databank, voor zover dit de normale exploitatie van de databank schade toebrengt, of schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank. Dit biedt bijvoorbeeld bescherming tegen het 'uitmelken' van databanken, en tegen het met kleine beetjes tegelijk opbouwen van een schaduwdatabank.
- 2.1.6 De beschermingstermijn voor van databankrechten is 15 jaar. Wanneer er weer een nieuwe substantiële investeringen in de databank wordt gedaan (met name door opeenvolgende toevoegingen, weglatingen, veranderingen, updates,

² Voor een studie daarnaar zie: JIIP, Technopolis, o.a. Bently, Derclaye, Study in support of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Brussel 2018, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5e9c7a51-597c-11e8-ab41-01aa75ed71a1>. De algemene conclusie hiervan is dat de lat voor bescherming behoorlijk laag ligt: M.M.M. van Eechoud, Bekeert Brussel zich tot artikel 8 Databankenwet?, AMI 2018/4, p. 130.

³ Art 1(1)(b) Dw.

controles, etc), dan ontstaat weer een nieuw databankrecht (dat weer 15 jaar loopt). De gedachte is dat de rechten in databanken niet vervallen zolang daar substantieel in geïnvesteerd wordt.

3 DATABANKRECHTELIJKE BESCHERMING VAN HET HANDELSREGISTER

- 3.1.1 Het handelsregister bestaat uit een enorme hoeveelheid systematisch en methodisch geordende datasets (vele miljoenen), die met elkaar een databank vormen. Die databank is met grote inspanningen en investeringen in de verkrijging van data, de controle ervan en de presentatie ervan, verkregen. Te denken valt alleen al aan de miljoenen mutaties die jaarlijks verzameld, verwerkt en gepresenteerd moeten worden.
- 3.1.2 Nu duidelijk is dat met het verzamelen en controleren van gegevens, up to date houden van het handelsregister en de ontsluiting daarvan, vele tientallen miljoenen euro's per jaar gemoeid zijn⁴, is zonder enige twijfel sprake van een substantiële investering in de databank die het handelsregister vormt⁵. Dat geldt niet alleen voor de 'oorspronkelijke' databank waarin de Kamer van Koophandel geïnvesteerd heeft, en de elektronische databank die de Kamer van Koophandel later heeft opgezet en toegankelijk heeft gemaakt, maar bij elke nieuwe substantiële investering die nog steeds in deze databank gedaan wordt.
- 3.1.3 Tot en met 2012 zijn de met de investeringen gemoeide kosten (destijds meer dan 100 miljoen euro per jaar) steeds vrijwel volledig door de Kamer van Koophandel gedragen. Sinds 2013 wordt een deel van die kosten (iets minder dan de helft) door een rijksbijdrage gedekt, terwijl de investeringskosten van de Kamer van Koophandel nog steeds in de orde van grootte van tientallen miljoenen euro's ligt.
- 3.1.4 Gezien de hoogte van de jaarlijks gemaakte kosten voor de vele wijzigingen, nieuwe registraties, controles, verwijderingen en terbeschikkingstellingen, is evident dat de lat van de substantiële investering hier hoe dan ook (alleen al kwantitatief) gehaald wordt. En zijn in Nederland lastig databanken aan te wijzen waarin méér geïnvesteerd wordt. Dat betekent dat er databankrechten zijn ontstaan, terwijl de Kamer van Koophandel als producent te kwalificeren is. De Kamer van Koophandel houdt aldus databankrechten⁶.

⁴ Zie bijv. Wijziging handelsregisterwet 2007, Nota nav het nader verslag, 21 december 2018, blz. 7, Jaarverslag KvK 2017 blz. 37.

⁵ Slechts voor de goede orde zij opgemerkt dat de gedane investeringen nagenoeg geheel zien op verzameling, controle en presentatie van de handelsregisterdata; *creatie* van data is beperkt tot het toekennen van een KvK-nummer.

⁶ En die bescherming gaat zelfs terug tot en met het handelsregister zoals dat 15 jaar geleden luidde.

- 3.1.5 Nu is in Nederlandse, nationale rechtspraak⁷ wel eens aangenomen dat publiekrechtelijke instellingen geen databankrechten kunnen houden, omdat zij met gemeenschapsgeld databanken opbouwen, en het aldus niet zou gaan om een risicodragende investering. Los nog van de eigen investeringen die de Kamer van Koophandel gedaan heeft, is deze Nederlandse rechtspraak achterhaald door andersluidende rechtspraak van het Hof van Justitie.
- 3.1.6 In de zaak Arpis/Hovec⁸ is door het Europese Hof van Justitie (dat het laatste woord heeft over de uitleg van het –op Europees niveau geharmoniseerde- databankenrecht) uitgemaakt dat databankrechten ook kunnen bestaan op verzamelingen van officiële documenten/informatie, ook als dat overheidsdocumenten zijn.
- 3.1.7 In 2012⁹ oordeelde het Hof van Justitie in de zaak Compass Datenbank/Oostenrijk¹⁰ impliciet -maar niet minder duidelijk- dat ook overheidsinstanties databankenrechten kunnen houden en deze ook kunnen uitoefenen. Het ging daar om een geval waarin (anders dan in het geval van het handelsregister, waarin ook uit andere bronnen geïnvesteerd wordt) de substantiële investering volledig uit publieke middelen was gefinancierd. Zie daar in het bijzonder de overwegingen 46, 47 en 51 van het arrest, waaruit blijkt dat de door een overheidsinstantie met publieke middelen opgebouwde databank ook databankrechtelijke bescherming toekomt, en dat deze overheidsinstantie die databankrecht kan en mag uitoefenen¹¹.
- 3.1.8 In dit verband is ook sprekend de 24^e overweging bij de oorspronkelijke Richtlijn hergebruik overheidsinformatie, ook wel PSI-richtlijn genoemd¹². Deze maakt ten eerste duidelijk dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan o.a. de Databankenrichtlijn, en voorts dat openbare lichamen hun daaruit voortvloeiende intellectuele eigendomsrechten niet moeten inzetten om het doel van de PSI-richtlijn te doorkruisen. De rechten *bestaan* dus wel, maar het inroepen daarvan wordt door de PSI-richtlijn beperkt. Een andere consequentie is dat die

⁷ Bijv. in 2008 de Rechtbank Amsterdam: ECLI:NL:RBAMS:2008:BG1554, 06-02-2008, bevestigd door de Raad van State in 2009: ECLI:NL:RVS:2009:BI2651, 29-04-2009.

⁸ECLI:EU:C:2009:132, C-545/07
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77503&pageIndex=0&doclang=nl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14418887>

⁹ Dus *na* de Nederlandse rechtspraak waaraan hierboven gerefereerd werd.

¹⁰ECLI:EU:C:2012:449 C-138/11
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124999&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14419490>

¹¹ Een en ander wordt ook zonder voorbehoud gesteld door Prof. Van Eechoud (UvA), in haar artikel "Bekeert Brussel zich tot artikel 8 Databankenwet?", AMI 2018/4 pp. 128-129. En zie bijvoorbeeld ook: <https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/hof-van-justitie-ook-overheden-komt-beroep-op-databankenrecht-toe/>

¹² Richtlijn 2003/098/EG. Eenzelfde benadering is te vinden in de 34^e overweging van de richtlijn 2013/37/EU waarbij de oorspronkelijke richtlijn is aangepast. Dit uitgangspunt wordt ook niet verlaten in het voorstel tot herziening van de PSI richtlijn; zie hieronder.

bependingen op het databankenrecht dus ook weer niet zo ver mogen gaan dat er *de facto* niets overblijft van het databankenrecht.

- 3.1.9 Dat de opvattingen terzake niet gewijzigd zijn, blijkt ook uit de Toelichting (hoofdstuk 1, 9^e alinea) bij het voorstel tot wijziging ("herschikking") van de Richtlijn hergebruik overheidsinformatie, van 28 april 2018¹³, waar ook zonder voorbehoud wordt uitgegaan van databankrechtelijk bescherming van door overheden gefinancierde databanken: "*Het voorstel beoogt klaarheid te scheppen in de relatie tussen de richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie en het recht sui generis waarin artikel 7 van de databankrichtlijn voorziet. Het voorstel doet geen afbreuk aan de bescherming die door artikel 7 wordt geboden aan overheidsinstanties als fabrikanten van databanken, noch aan de juridische situatie op grond van de huidige richtlijn, waardoor openbare instanties het beschermingsrecht sui generis niet mogen aanwenden om het hergebruik van gegevens in databanken te verbieden of te beperken.*" Ook het meest recente compromis tekstvoorstel voor herziening van de richtlijn¹⁴ maakt duidelijk dat databankrechten van de publieke sector ongemoeid blijven en uitoefening ervan, buiten gevallen van hergebruik, gewoon mogelijk blijft: "*The Directive does not affect the existence or ownership of intellectual property rights of public sector bodies, nor does it limit the exercise of these rights in any way beyond the boundaries set by this Directive*".

4 DATABANKRECHTEN VAN OVERHEDEN EN DE WET HERGEBRUIK OVERHEIDSINFORMATIE

- 4.1.1 Zoals de hiervoor aangehaalde tekst al duidelijk maakt, wordt uitgegaan van het bestaan van databankrechten in databanken waarin de overheid substantieel geïnvesteerd heeft. De algemene gedachte achter het richtlijnvoorstel is dat (desondanks) voorkomen moet worden dat de databankrechten ingezet worden om te voorkomen dat de overheidsinformatie in de databank wordt 'hergebruikt' in de zin van de PSI-richtlijn. Zulk hergebruik blijft, ook met een databankrechtelijk voorbehoud, mogelijk.
- 4.1.2 Hier is het van belang de definitie van 'hergebruik' in deze richtlijn te bezien, niet in de laatste plaats omdat deze afwijkt van de definitie van 'hergebruiken' in de Databankenrichtlijn en –wet. Hergebruik is in de PSI-richtlijn (voor zover relevant) gedefinieerd als: "*het gebruik door natuurlijke personen of rechtspersonen van documenten die in het bezit zijn van openbare lichamen voor andere commerciële of niet-commerciële doeleinden dan het oorspronkelijk doel binnen de publieke taak waarvoor de documenten zijn geproduceerd*" (onderstreping toegevoegd). De definitie in art 1(b) van de

¹³2018/0111: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0234&from=NL>

¹⁴ Tekst van 1 februari 2019, overweging 48 (file 2019/0111 CoD, document 5635/19).

Wet hergebruik overheidsinformatie ("Who") sluit daar (natuurlijk) op aan. De kern van het begrip is te vinden in de woorden "*voor andere commerciële of niet-commerciële doeleinden dan het oorspronkelijk doel binnen de publieke taak*". Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht, enerzijds, dat de bedoeling van de beschikbaarstelling aan bedrijven is, het ontwikkelen van andere, nieuwe producten en diensten dan reeds aangeboden worden (innovatie). Anderzijds maakt dit duidelijk dat de bedoeling hiervan niet is dat bedrijven de informatie gaan gebruiken om een dienst te gaan leveren die al binnen de publieke taak wordt geleverd. Dat is ook logisch: die taak is niet voor niets aan de overheid toevertrouwd, in plaats van geprivatiseerd, en het is ook niet de bedoeling dat bedrijven dezelfde dienst commercieel gaan exploiteren en gaan concurreren met een overheidsdienst (al helemaal niet waar de overheidsdienst uit publieke middelen gefinancierd wordt).

- 4.1.3 De Who en PSI-richtlijn zijn dan ook bedoeld om het 'hergebruik' (zoals daar gedefinieerd) mogelijk te maken, maar zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het *bestaan* van dergelijke rechten, en het invoeren ervan in *andere* gevallen dan bij 'hergebruik'.

5 NUT EN NOODZAAK VAN EEN DATABANKRECHTELIJK VOORBEHOUD

- 5.1.1 Art. 8 lid 2 van de Dw bepaalt dat het databankrecht niet van toepassing is op databanken waarvan de openbare macht de producent is¹⁵, tenzij het recht bij wet, besluit of verordening, hetzij blijkens mededeling op de databank zelf, of bij ter beschikking stelling aan het publiek, het databankrecht uitdrukkelijk is voorbehouden. Dit maakt het wenselijk dat, wanneer dergelijke rechten worden voorbehouden, dit in de Handelsregisterwet uitdrukkelijk op te nemen¹⁶. Dat is wat het voorliggende wetsvoorstel in art 51a doet. Een vergelijkbaar voorbehoud voor het Kadaster is te vinden in art 7v van de Kadasterwet. Het zou voor de KvK ook voldoende zijn bij openbaarmaking van haar handelsregister het databankrecht voor te behouden (zoals nu ook al gebeurt, zodat een wetswijziging niet strikt noodzakelijk is), maar opname in de wettelijke regeling (zoals voorgesteld) verdient wel de voorkeur, omdat dit voor iedereen onmiddellijk duidelijkheid verschaft.

- 5.1.2 De enige vraag die dan nog resteert is of een databankrechtelijk voorbehoud nuttig is. Dat is een grotendeels politieke vraag, zodat ik mij van beantwoording zal onthouden, behoudens voor zover het juridische aspecten betreft.

¹⁵ Wat op zichzelf al impliceert dat de openbare macht wel degelijk 'producent' kan zijn.

¹⁶ Overigens is het zeer de vraag of deze nationale bepaling (en beperking op het databankenrecht) wel geoorloofd is; de Databankenrichtlijn noemt een dergelijke beperking niet als mogelijkheid, zodat de Nederlandse wet in strijd lijkt met de Europese wetgeving op dit gebied. Dat zou betekenen dat ook zonder een expliciet voorbehoud, de databankrechten nog toekomen aan de Kamer van Koophandel. Maar het is voor de rechtszekerheid uiteraard beter hier expliciet over te zijn.

- 5.1.3 Vanuit juridisch perspectief kan ten eerste worden geconstateerd dat er geen wettelijke voorschriften zijn die in dit geval in de weg staan aan een voorbehoud van databankrechten (zie hierboven). Ook zijn er geen aanwijzingen te vinden in de discussies op Europees niveau, rond de 'herschikking' van de PSI-richtlijn, dat dit op afzienbare tijd zal veranderen. Op basis van de meest recente teksten zou je zeggen: in tegendeel. Als er *iets* duidelijk wordt uit de Europese wetgeving op dit punt, dan is het dat de PSI-wetgeving in ieder geval *niet* bedoeld is om commerciële partijen in de gelegenheid te stellen inkomsten te verwerven met het aanbieden van een dienst die in wezen dezelfde is als de dienst die door het publieke orgaan wordt aangeboden. Niet alleen is het publieke orgaan met reden aangewezen deze (voor de maatschappij relevante) taak uit te voeren en met waarborgen te omkleden (die taak is niet geprivatiseerd), die taak wordt ook (in het geval van het handelsregister: deels) uit publieke middelen gefinancierd, zodat het systeemstrijdig zou zijn bedrijven winst te laten maken op basis van een investering die uit publieke middelen is voldaan.
- 5.1.4 Ten tweede kan geconstateerd worden dat het houden van een databankrecht ingezet kan worden om oneigenlijk gebruik van de databank te voorkomen of te stoppen. Dat kan bestaan in het –hierboven genoemde- *free riden* op publieke investeringen ten koste van het normale gebruik van de overheidsdienst (die dan nog meer gesubsidieerd zal moeten worden). Ook kan gedacht worden aan het voorkomen van het aanbieden van minderwaardige diensten (bijvoorbeeld omdat daaraan niet dezelfde rechtszekerheid te ontleen is), alsof het dezelfde diensten zouden zijn, van eenzelfde kwaliteit en met dezelfde waarborgen, als die van het publieke orgaan. Daarnaast kunnen misbruik van de data uit de databank (bijvoorbeeld grootschalige privacy schendingen) op deze manier gestopt en voorkomen worden. Iets exotischer –maar niet ondenkbare- situaties van misbruik kunnen bestaan in het exploiteren van door middel van scrapen of hacken verkregen data uit het handelsregister, of het door commerciële partijen doen van substantiële investeringen in een databank die (deels) overeenkomt met de handelsregisterdatabank, wat hen databankrechten zou opleveren die dan tegen de Kamer van Koophandel (wanneer zij geen rechten heeft) zouden kunnen worden ingeroepen. Misbruik kan in dit tijdsgewricht –waarin economische data vanuit verschillende perspectieven een waarde vertegenwoordigen- vele verschillende vormen aannemen; het voorgaande behelst slechts voorbeelden.
- 5.1.5 Verlies van de databankrechten zou het bestrijden van de hiervoor genoemde effecten deels onmogelijk, deels veel moeilijker maken.
- 5.1.6 Slechts voor de goede orde wordt hier nog opgemerkt dat het bestaan van databankrechten niet van invloed is op de hoogte van de vergoedingen die de Kamer van Koophandel in rekening kan brengen voor raadpleging van het register, of voor hergebruik van handelsregisterinformatie. Daar zijn wettelijke

grenzen aan gesteld in de Handelsregisterwet (art 50), het Financieel besluit handelsregister 2014, de Financiële Regeling Handelsregister 2014 en de Who (art 9).

- 5.1.7 Ook moet het *bestaan* van een databankrecht niet verward worden met de *uitoefening* van die rechten. Huidige en komende wetgeving leggen bepaalde openbaarheids- en verstrekingsverplichtingen op aan de Kamer van Koophandel waar het handelsregisterdata betreft. Dat betekent een beperking van de mogelijkheden om de databankrechten uit te oefenen; de toegankelijkheid (soms zelfs: gratis toegankelijkheid) zal gewoon geboden moeten worden. Daar staat het *bestaan* van databankrechten niet aan in de weg. Die databankrechten kunnen alleen in *andere* gevallen ingeroepen worden, zoals in de hierboven beschreven misbruikgevallen.
