

12/03167

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 12 juli 2013

*Conclusie* inzake:

De vennootschap naar vreemd recht Ryanair Limited,  
eiseres (hierna: 'Ryanair'),

*tegen:*

PR Aviation BV,  
verweerster (hierna: 'PR Aviation').

### *1. Inleiding, feiten en procesverloop*

1.1. PR Aviation exploiteert een website waarop consumenten vluchtgegevens van 'low cost' luchtvaartmaatschappijen kunnen doorzoeken, prijzen kunnen vergelijken en een vlucht kunnen boeken, dat laatste tegen betaling van een provisie. PR Aviation extraheert de daarvoor benodigde gegevens naar aanleiding van een ingegeven zoekopdracht op geautomatiseerde wijze uit een aan Ryanairs website gekoppelde en ook voor consumenten toegankelijke gegevensverzameling. Volgens Ryanair pleegt PR Aviation daarmee inbreuk op haar rechten ten aanzien van die verzameling en handelt PR Aviation in strijd met de gebruikersvoorwaarden van Ryanairs website. PR Aviation bestrijdt dat.

1.2. In eerste aanleg is Ryanair goeddeels in het gelijk gesteld. De rechtbank oordeelde dat PR Aviation inbreuk maakte op Ryanairs auteursrechten. In tweede aanleg is PR Aviation in het gelijk gesteld omdat zij volgens het hof kwalificeerde als 'rechtmatige normale gebruiker' van de gegevensverzameling in de zin van art. 24a Auteurswet (Aw). In cassatie klaagt Ryanair primair dat die bepaling niet van toepassing is, subsidiair dat de bepaling onjuist is toegepast.

1.3. Het gerechtshof is blijkens rov. 3.1 van het arrest a quo uitgegaan van de feiten vermeld onder 2.1 t/m 2.8 van het vonnis van de rechtbank Utrecht van 28 juli 2010, en daaraan nog de feiten toegevoegd die te lezen zijn in rov. 3.2 t/m 3.4 van het ten deze bestreden arrest. Ik geef een en ander achtereenvolgens hieronder weer.

*Vonnis rechtbank:*

‘2.1. Ryanair is een in Ierland gevestigde luchtvaartmaatschappij, die sinds 1985 vluchten in Europa uitvoert. De operationele activiteiten van Ryanair zijn gebaseerd op een concept van lage kosten.

2.2. Sedert 2000 exploiteert Ryanair de website [www.ryanair.com](http://www.ryanair.com). Onderaan de beginpagina van de website is vermeld: “Use of this site is subject to the Ryanair.com Terms and Conditions.” Deze zinsnede bevat een link naar de “Terms of Use of the Ryanair Website”, hierna te noemen: de Gebruiksvoorwaarden.

2.3. [...] <sup>1</sup>

In deze versie van de Gebruiksvoorwaarden was een rechtskeuze voor Engels recht opgenomen.

2.4. Sinds 2004 exploiteert PR Aviation de websites [www.wegolo.com](http://www.wegolo.com) en [www.wegolo.nl](http://www.wegolo.nl). Op deze websites kunnen consumenten (via het zogenaamde Elsy Arres-systeem) vluchtgegevens zoeken en prijzen vergelijken van vluchten van zogenaamde ‘lage kosten luchtvaartmaatschappijen’, waaronder Ryanair. De consument kan er vervolgens voor kiezen om PR Aviation te laten bemiddelen bij het boeken van de vlucht bij een dergelijke luchtvaartmaatschappij. Het zoek- en boekstelsel werkt - kort samengevat - als volgt:

a. de consument geeft op de website van PR Aviation een zoekopdracht naar een bepaalde vlucht;

[Volgt afbeelding scherm]

b. het zoekstelsel van PR Aviation zoekt vervolgens in de computersystemen van 75 lage kosten luchtvaartmaatschappijen, waaronder Ryanair, naar vluchten die aan de zoekopdracht voldoen. De website van PR Aviation toont daarna aan de consument de door het stelsel gevonden vluchten.

[Volgen afbeeldingen scherm]

In dit overzicht wordt achtereenvolgens bij alle heen- en terugvluchten die aan de zoekcriteria voldoen het volgende vermeld:

- het geldende tarief
- de prijs (het geldende tarief met toeslagen)
- de vertrek- en aankomstplaatsen
- de vertrek- en aankomsttijden

c. de consument kan vervolgens een heen- (en indien van toepassing) een terugvlucht selecteren. Indien de consument dat doet, krijgt hij vervolgens een pagina als hierna is opgenomen in beeld.

[Volgen afbeeldingen scherm]

Op deze pagina worden de geselecteerde vlucht of vluchten weergegeven, met vermelding van de betreffende luchtvaartmaatschappij, het vluchtnummer en de duur van de vlucht. De consument kan de vlucht vervolgens met bemiddeling van PR Aviation boeken door op de pagina:

- zijn persoonsgegevens in te vullen,
- aan te geven of hij een annuleringsverzekering wil afsluiten,
- zijn betalingsgegevens in te vullen,
- zich akkoord te verklaren met de voorwaarden van de betreffende luchtvaartmaatschappij, de voorwaarden van PR Aviation en (indien van toepassing) de voorwaarden van de annuleringsverzekeraar.

Op deze pagina is het te betalen totaalbedrag opgenomen, inclusief een bedrag aan

<sup>1</sup> Vgl. hierna rov. 3.3 van het hof.

bemiddelingskosten van PR Aviation van EUR 7,00 per geboekte vlucht per passagier.

d. de consument ontvangt tenslotte e-mails van PR Aviation en van de betreffende luchtvaartmaatschappij waarin het boeken van de betreffende vlucht wordt bevestigd.

2.5. Op de websites van PR Aviation is een link opgenomen naar haar Algemene Voorwaarden. Deze voorwaarden (overgelegd als productie 42 door Ryanair) luiden - voor zover relevant - als volgt:

“(…)

Gebruik van PR Aviation websites

PR Aviation is geen reisorganisatie. De rol en functie van PR Aviation is gelimiteerd tot:

- het verschaffen van reisinformatie en -advies;
- het faciliteren van reserveringen en boekingen, welke direct worden gemaakt tussen de klant en de leverancier, waarbij PR Aviation uitsluitend als intermediair cq facilitator optreedt;
- het verstrekken van een bevestiging van deze reserveringen;
- het namens u overmaken van de betaling ten behoeve van de reservering aan de leverancier van het product cq de dienst; en
- het namens u bevestigen van de acceptatie van de (algemene) voorwaarden van de leverancier van het product cq de dienst.

(…)

Beperkingen m.b.t. persoonlijk en niet-commercieel gebruik

Deze website is voor uw persoonlijke en niet-commercieel gebruik. U mag de inhoud van deze website, inclusief alle HTML en andere programma code, niet aanpassen, kopiëren, distribueren, overdragen, weergeven, presenteren, reproduceren, publiceren, ten gelde maken, verplaatsen, of enige informatie, software, producten, of diensten ontleend uit deze website verkopen. (…)”

2.6. Bij brief van 11 januari 2008 (productie 25 van Ryanair) heeft Ryanair PR Aviation gesommeerd het gebruik van de website van Ryanair in strijd met de Gebruiksvoorwaarden te staken.

2.7. Bij brief van 27 maart 2009 (productie 48 van Ryanair) heeft Ryanair aan PR Aviation - voor zover relevant - het volgende medegedeeld:

“(…) We wish to inform you that Ryanair is in the process of amending our Terms of Use to allow third party websites access to www.ryanair.com for the purpose of accessing information on Ryanair flights strictly for use in comparing Ryanair’s prices with those of other airlines. Ryanair will licence access to its information strictly for price comparison purposes only and will continue to prohibit, as it always has, the use of Ryanair’s information for the reselling of Ryanair’s flights.(…)”

2.8. Vóór het nemen van de conclusie van repliek in deze procedure (op 1 april 2009) heeft Ryanair artikel 7 van haar Gebruiksvoorwaarden in die zin aangepast dat de rechtskeuze voor Engels recht wordt vervangen door een rechtskeuze voor Iers recht en dat de Ierse rechter als bevoegde rechter wordt aangewezen.’

*Arrest hof:*

‘3.2 Ryanair heeft het bestreden vonnis in augustus 2010 aan PR Aviation betekend. PR Aviation heeft daarna ieder gebruik van data van Ryanair gestaakt.

3.3 De Gebruiksvoorwaarden van Ryanair (zoals vermeld onder 2.3 van het bestreden vonnis) zijn inmiddels gewijzigd en luiden thans, voor zover van belang, als volgt:

“2. Exclusief distributiekanaal. Deze website en het Ryanair callcenter zijn de exclusieve distributiekanaalen van de diensten van Ryanair. Ryanair.com is de enige website die bevoegd is om vluchten van Ryanair te verkopen. Ryanair staat niet toe dat andere websites haar vluchten verkopen, hetzij op zichzelf of als onderdeel van een pakket. (...)”

3. Toegestaan gebruik. U mag deze website uitsluitend gebruiken voor de volgende particuliere en niet-commerciële doeleinden: (i) deze website bekijken; (ii) boekingen verrichten; (iii) boekingen controleren/wijzigen; (iv) informatie over aankomst/vertrek controleren; (v) online inchecken; (vi) naar andere websites gaan via koppelingen op deze website; (vii) andere voorzieningen gebruiken die op deze website zijn te vinden. Het gebruik van geautomatiseerde systemen of software om gegevens aan deze website of de website [www.bookryanair.com](http://www.bookryanair.com) te onttrekken voor commerciële doeleinden (“screen scraping”) is verboden, tenzij derden rechtstreeks met Ryanair een schriftelijke licentieovereenkomst hebben afgesloten, waarin de desbetreffende partij uitsluitend voor het doel van prijsvergelijking toegang wordt verleend tot de informatie van Ryanair over prijzen, vluchten en dienstregelingen.”

3.4 De website van Ryanair werkt thans zo dat bezoekers moeten aangeven dat zij de gebruiksvoorwaarden op de website van Ryanair accepteren (door het zetten van een vinkje in het daartoe bestemde hokje), alvorens een zoekopdracht te kunnen uitvoeren.<sup>2</sup>

1.4. Bij dagvaarding van 27 mei 2008 heeft Ryanair gevorderd PR Aviation te veroordelen zich te onthouden van iedere inbreuk op Ryanairs rechten met betrekking tot haar website, waaronder haar databankrechten, auteursrechten, en de uit de gebruiksvoorwaarden voortvloeiende rechten, op straffe van een dwangsom, alsmede tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en de proceskosten. PR Aviation heeft verweer gevoerd.

1.5. In haar vonnis van 28 juli 2010<sup>2</sup> wees de rechtbank Utrecht Ryanairs vordering gedeeltelijk toe, in de zin dat PR Aviation – kort gezegd – werd veroordeeld om zich te onthouden van iedere inbreuk op de auteursrechten van Ryanair op diens vluchtgegevens.

1.6. PR Aviation stelde hoger beroep in. In het principaal hoger beroep heeft Ryanair verweer gevoerd; PR Aviation deed datzelfde in het door Ryanair ingestelde incidenteel hoger beroep. Het gerechtshof te Amsterdam (zittingsplaats Arnhem) heeft in zijn arrest van 13 maart 2012<sup>3</sup> in het principaal hoger beroep het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Ryanair afgewezen. In het incidenteel hoger beroep heeft het hof de vorderingen van Ryanair afgewezen.

---

<sup>2</sup> LJN BN2268, IER 2011, nr. 4, p. 7 m.nt. F.W. Grosheide en S.J. Schaafsma, CR 2010, nr. 178, p. 330 m.nt. A.A. Kappert.

<sup>3</sup> LJN BW0096, AMI 2012, nr. 17, p. 172, m.nt. J. Krikke.

1.7. Ryanair heeft cassatieberoep ingesteld bij dagvaarding van 13 juni 2012. PR Aviation heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan en verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en op elkaars standpunten gereageerd.

## 2. Juridisch kader

2.1. Voor zover thans nog van belang, heeft Ryanair in de voorliggende zaak ter bescherming van haar gegevensverzameling op de volgende twee wettelijke regimes een beroep gedaan:

- (i) het sui-generis-databankenrecht (uit hoofde van de Databankenwet<sup>4</sup> (Dw), dat gebaseerd is op de Europese Databankenrichtlijn<sup>5</sup> (DbRI)), en
- (ii) de geschriftenbescherming (art. 10 lid 1 onder 1<sup>o</sup> Aw).

2.2. In eerste en tweede aanleg is Ryanairs beroep op het sui-generis-databankenrecht afgewezen. Hierover klaagt Ryanair in cassatie niet. Ryanairs beroep op geschriftenbescherming is in eerste aanleg gehonoreerd, maar in tweede aanleg afgewezen op grond van art. 24a Aw over zo genoemd 'rechtmatig normaal gebruik'. Ryanairs beroep op geschriftenbescherming staat thans centraal.

2.3. Ryanair meent primair dat art. 24a Aw niet in de weg kan staan aan de geschriftenrechtelijke bescherming van haar gegevensverzameling, en subsidiair dat art. 24a Aw onjuist zou zijn toegepast.

2.4. Volgens PR Aviation is dat standpunt om meerdere redenen onjuist. Haar meest verstrekkende verweer is dat Ryanair belang mist. Ook al zou art. 24a Aw ten onrechte of onjuist zijn toegepast, inmiddels dient richtlijnconforme interpretatie van art. 10 Aw in het licht van rechtspraak het HvJEU tot de conclusie te leiden dat de Nederlandse geschriftenbescherming geen bestaansrecht meer heeft, aldus PR Aviation.

2.5. De schijnwerper verschuift daarmee van de toepasselijkheid én toepassing van art. 24a Aw vooreerst naar de houdbaarheid van de figuur van de geschriftenbescherming. In deze conclusie wordt geconstateerd dat de geschriftenbescherming naar de laatste stand van het Unierecht niet houdbaar is.

---

<sup>4</sup> Volut: Wet van 8 juli 1999, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Stb. 1999, 303.

<sup>5</sup> Volut: Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Pb. L 77/20.

2.6. Voor het zover is, laat ik het ('gewone') auteursrecht (par. 2.A), het sui-generis-databankrecht (par. 2.B), de geschriftenbescherming (par. 2.C) en de uitzondering van art. 24a Aw (par. 2.D) de revue passeren. De eerste twee bespreek ik kort, de laatste twee komen uitvoeriger aan bod.

#### *2.A. Auteursrechtelijke bescherming*

2.7. Een uit verschillende werken (zoals een encyclopedie of een tijdschriftaflevering) bestaande verzameling die voldoet aan de gewone auteursrechtelijke vereisten, kwalificeert op zichzelf als auteursrechtelijk werk. Dat staat met zoveel woorden in art. 10 lid 3 Aw:

'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 verzameling en onverminderd het auteursrecht of andere rechten op de in de verzameling opgenomen werken, gegevens of andere elementen, als zelfstandige werken beschermd.'

Deze bepaling heeft een pendant in het (auteursrechtelijke) art. 3 DbRI:

'1. Volgens deze richtlijn worden databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, als zodanig door het auteursrecht beschermd. Er worden geen andere criteria toegepast om te bepalen of ze voor die bescherming in aanmerking komen.

2. De auteursrechtelijke bescherming van databanken in deze richtlijn betreft niet de inhoud van die databanken en laat de bestaande rechten op die inhoud onverlet.'

2.8. Object van deze auteursrechtelijke bescherming is de creatief verdienstelijke structuur van de gegevensverzameling. Aan een auteursrechtelijk beschermd verzamelwerk worden de traditionele verveelvoudigings- en openbaarmakingsbegrippen in de Aw verbonden, met dien verstande dat deze rechten betrekking hebben op de verzameling als zodanig en niet zien op de individuele onderdelen. De auteur van de verzameling kan zich dus verzetten tegen openbaarmaking en verveelvoudiging van de gehele verzameling, of van een gedeelte ervan voor zover daarin de creatieve structuur herkenbaar aanwezig is, maar niet tegen openbaarmaking en verveelvoudiging van individuele onderdelen<sup>6</sup>. Of de in het verzamelwerk opgenomen onderdelen auteursrechtelijk beschermd zijn, is irrelevant; de auteursrechtelijke status van het verzamelwerk staat daar los van<sup>7</sup>.

2.9. Hoewel Ryanair in deze zaak geen beroep heeft gedaan op bescherming van het 'gewone' auteursrecht, speelt in haar stellingname – ook in cassatie – art. 10 lid 3 Aw toch

---

<sup>6</sup> Vgl. Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 3e druk 2005 (hierna: SVV (2005)), § 3.57, p. 136-137.

<sup>7</sup> SVV (2005), t.a.p.

een rol. Vandaar dat ik in het vorenstaande toch op dit (aspect van) het 'gewone' auteursrecht ben ingegaan.

## *2.B. Sui-generis-databankenrecht*

2.10. Een tweede beschermingsregime voor gegevensverzamelingen, het databankenrecht, is niet neergelegd in de Aw, maar in een aparte wet, de Databankenwet (Dw), en wel sinds 1999. Deze – op de meer genoemde Europese DbRI gebaseerde – wet<sup>8</sup> biedt kort gezegd aan producenten van gegevensverzamelingen waarin substantieel is geïnvesteerd, het recht zich te verzetten tegen overname van substantiële delen ervan. Dit 'sui generis' beschermingsregime behoeft hier nauwelijks bespreking, nu zoals gezegd 's hofs afwijzing van Ryanairs beroep op deze beschermingsgrondslag in cassatie niet is bestreden<sup>9</sup>.

2.11. Wel is van belang te vermelden dat ook dit regime (evenals het hierna te bespreken regime van de Auteurswet, art. 24a) een uitzondering kent voor zogenoemd 'rechtmatig normaal gebruik'. Voor het sui-generis-recht is het te vinden in art. 3 Dw:

'1. De producent van een databank welke op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan op te vragen of te hergebruiken. Voorzover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen of te hergebruiken, geldt de eerste zin slechts voor dat deel.

2. Bij overeenkomst kan niet ten nadele van de rechtmatige gebruiker van het eerste lid worden afgeweken.'

Deze bepaling correspondeert met art. 8 lid 1 en art. 15 DbRI:

'Art. 8.1. De fabrikant van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld, mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan voor welk doel dan ook op te vragen en/of te hergebruiken. Voor zover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen en/of te hergebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.'

respectievelijk:

'Art. 15. Elk met artikel 6, lid 1 en artikel 8 strijdig contractueel beding is nietig.'

2.12. De MvT van het wetsvoorstel ter implementatie van de DbRI vermeldt hierover:

'Artikel 8 van de richtlijn bevat bepalingen over de rechtmatige gebruiker van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld. 'Rechtmatige gebruiker' is in ieder

<sup>8</sup> Een korte uiteenzetting van de achterliggende redenen is te vinden in Verkade/Visser, Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankenwet, Den Haag: Boom 1999 (hierna: Parl. Gesch. Dw).

<sup>9</sup> Zie voor een uitgebreide analyse A. Beunen, Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom, diss. Leiden 2007.

geval de gebruiker die over een rechtmatig aangeschaft exemplaar van een databank beschikt, bijvoorbeeld een cd-rom, of die krachtens een gebruiksovereenkomst, soms ook wel 'licentieovereenkomst' genoemd, toegang heeft tot een on line databank. Ook degene die gebruik maakt van een on line databank met toestemming van de producent, maar zonder een formele overeenkomst, zoals bijvoorbeeld in het onderwijs voorkomt, is een rechtmatige gebruiker. [...]

In de overwegingen wordt niet nader verduidelijkt wat verstaan wordt onder een databank die 'op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld'. Het ligt echter voor de hand dat hiermee bedoeld wordt op databanken waarvan exemplaren in de handel zijn gebracht of, in het geval van on line databanken, databanken waartoe een breder publiek toegang heeft dan bijvoorbeeld de interne kring van een bedrijf of de aan een organisatie gelieerde gemeenschap.

Het begrippenpaar 'de rechtmatige gebruiker van een databank die op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld' komt in de richtlijn terug in artikel 9, dat gewijd is aan de uitzonderingen op het recht sui generis; dat artikel ligt ten grondslag aan artikel 5 van het wetsvoorstel. Volgens artikel 8, eerste lid, van de richtlijn mag de producent de rechtmatige gebruiker niet verhinderen om in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van de databank op te vragen of te hergebruiken. Die bepaling is overgenomen in artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel. [...]

Volgens artikel 15 van de richtlijn is een contractueel beding in strijd met artikel 8 nietig. [...] Wel is uiteraard denkbaar dat de rechten van de gebruiker contractueel verder ingeperkt worden dan artikel 8, eerste lid van de richtlijn (artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel) toelaat. Aan artikel 3 is daarom een tweede lid toegevoegd ter uitvoering van artikel 15 van de richtlijn. [...],<sup>10</sup>

## 2.C. Geschriftenbescherming

2.13. Artikel 10 Aw, waaruit ik reeds citeerde, voegt in lid 1 sub 1 aan de opsomming van auteursrechtelijke werken toe: 'alle andere geschriften'. Deze drie woorden – en met name het woord 'alle' – worden gezien als de grondslag voor het zogenoemde geschriftenbeschermingsregime van de Aw. Daarmee strekt – naar de bedoeling van de wetgever van 1912 – de Auteurswet zich uit tot zogenoemde 'onpersoonlijke geschriften'. Klassieke voorbeelden zijn voortbrengselen als adresboeken, registers, predikbeurtenlijsten, koerslijsten en – wat later – omroepprogramma's<sup>11</sup>.

2.14. In de vakliteratuur wordt in dit kader wel gesproken van para- of proto-auteursrechtelijke bescherming: het gaat om (een soort) auteursrecht, maar het betreffende geschrift hoeft niet te voldoen aan het werkbegrip. De omvang van de geschriftenbescherming is niet steeds gelijk aan die van de gewone auteursrechtelijke bescherming. Het rechtskarakter van de figuur keert hieronder terug bij de discussie over het bestaansrecht ervan.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 108, nr. 3, p. 14-15 (Parl. Gesch. Dw, p. 84-85).

<sup>11</sup> P.B. Hugenholtz, Auteursrecht op informatie (diss. 1989), p. 41.



2.15. De geschriftenbescherming stamt uit het 19-eeuwse kopijrecht, dat (vooral) de belangen van drukkers en uitgevers beoogde te beschermen tegen (klakkeloze) nadruk. Bij de totstandkoming van de Auteurswet in 1912 is deze bescherming gehandhaafd, in weerwil van de ook toen al klinkende polemiek in de rechtsliteratuur over de wenselijkheid ervan<sup>12</sup>.

2.16. De invoering van de DbRI heeft een nieuwe impuls gegeven aan het debat over het bestaansrecht van de geschriftenbescherming. Die discussie werd gevoerd op basis van art. 13 DbRI en overweging 52 van de considerans:

‘Art. 13. De bepalingen van deze richtlijn doen geen afbreuk aan de wettelijke bepalingen betreffende met name het auteursrecht, naburige rechten of andere rechten of verplichtingen ten aanzien van in een databank opgenomen gegevens, werken of andere elementen, octrooien, merken, tekeningen en modellen, de bescherming van nationaal erfgoed, het kartelrecht en het recht inzake ongeoorloofde mededinging, het zakengeheim, de veiligheid, de vertrouwelijkheid, de bescherming van persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer, de toegang tot publieke documenten en het overeenkomstenrecht.’

respectievelijk:

‘52. Overwegende dat de Lid-Staten waar een specifieke wet reeds voorziet in een recht dat verwant is met het bij deze richtlijn vastgestelde recht sui generis, de traditioneel volgens die wetgeving vastgestelde uitzonderingen met betrekking tot het nieuwe recht moeten kunnen handhaven;’.

2.17. Betoogd is dat het Unierecht geen ruimte meer liet voor pseudo-auteursrechtelijke beschermingsregimes. Daarbij was van belang welk rechtskarakter de geschriftenbescherming had: was zij een auteursrechtelijke regeling, dan moest zij sneuvelen; was zij een sui-generis regime of een mededingingsrechtelijke figuur, dan (misschien) niet<sup>13</sup>.

2.18. Anderen vonden de handhaving van de geschriftenbescherming niet fraai, maar wel praktisch en inventief<sup>14</sup>. Weer anderen meenden dat de wetgever een duidelijke keuze had gemaakt om deze beschermingsvorm te behouden en dat richtlijnconforme interpretatie niet

---

<sup>12</sup> Zie voor vindplaatsen m.b.t. verschillende discussieronden SVV (2005), § 3.20, p. 85-87.

<sup>13</sup> Zie bijv. P.B. Hugenholtz, *De Databankrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar*, *Computerrecht* 1996/4, p. 131 en ‘Het wetsvoorstel implementatie databankrichtlijn’, *IER* 1998, p. 244; H.M.H. Speyart, ‘De databankrichtlijn en haar gevolgen voor Nederland’, *AMI* 1996, p. 151; T. Cohen Jehoram, ‘Copyright in non-original writings: past-present-future?’, in: Kabel/Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram* (1998), p. 103; Th.C.J.A. van Engelen, *prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, diss. Leiden 1994, p. 46; M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 174-176.

<sup>14</sup> M.J. Frequin, ‘Extra vangnet voor de producent van een databank: De Nederlandse implementatie van de Databank-richtlijn’, *Computerrecht* 1999, p. 10.

kon of mocht leiden tot een uitleg contra legem<sup>15</sup>. In overwegingen van het in eerste aanleg gewezen vonnis weerklinken deze argumenten.

2.19. Uit de parlementaire geschiedenis van de implementatiewet bij de DbRI blijkt dat de wetgever heeft ingezien dat de DbRI geen ruimte meer liet voor geschriftenrechtelijke bescherming van databanken waarvoor de nieuwe sui-generis-regeling geldt (dus: waarin substantieel geïnvesteerd is). Gemeend werd dat die bescherming nog wel aan andere databanken kon worden geboden. In de MvT is hierover te lezen:

‘In ons recht wordt op grond van artikel 10, eerste lid onder 1<sup>o</sup>, Auteurswet 1912 aan geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter bescherming toegekend. Volgens de Hoge Raad zijn de bepalingen van de Auteurswet overigens niet zonder meer van toepassing op de geschriftenbescherming, zodat de omvang van de geschriftenbescherming niet altijd hetzelfde behoeft te zijn als die van het gewone auteursrecht. In de rechtspraak is de geschriftenbescherming ook van toepassing geacht op elektronische verzamelingen van gegevens.

Het criterium voor de auteursrechtelijke bescherming van databanken als neergelegd in artikel 3, eerste lid, van de richtlijn houdt een harmonisatie van de criteria voor de auteursrechtelijke bescherming van databanken in – vgl. overweging 60. Voor ons recht betekent dat dat de richtlijn geen ruimte meer laat voor eventuele toepassing van de zogenaamde geschriftenbescherming op databanken waarvoor de regeling van de richtlijn geldt. In de plaats van de geschriftenbescherming komt de bescherming van het recht sui generis. Volgens de richtlijn, en dit wetsvoorstel, geldt het recht sui generis voor databanken waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering. In de toelichting op artikel 1, eerste lid, van artikel I van dit wetsvoorstel is op dat aspect ingegaan. Indien geen sprake is van een substantiële investering, komt de regeling van de richtlijn en van dit wetsvoorstel niet aan de orde. Dergelijke databanken vallen buiten het geldingsgebied van de richtlijn en het wetsvoorstel. Voor die databanken kan als voorheen een beroep op de geschriftenbescherming gedaan worden.’<sup>16</sup>

2.20. Leden van de PvdA-fractie hebben bij verslag de minister gevraagd of ‘er voor deze negentiende eeuwse beschermingsvorm, die de geschriftenbescherming uiteindelijk toch is, in de 21ste eeuw nog een noodzaak is aan te wijzen’ en ‘of het niet beter is de onpersoonlijke geschriftenbescherming af te schaffen’<sup>17</sup>. De minister antwoordde:

‘Deze leden vragen vervolgens aandacht voor de verhouding tussen het beschermingsregime van dit wetsvoorstel en de in het huidige recht bestaande bescherming van onpersoonlijke geschriften. Inderdaad zal voor databanken waarbij geen sprake is van een substantiële investering en waarvoor de geschriftenbescherming blijft voortbestaan, de beschermingstermijn van het auteursrecht, 70 jaar, gelden, welke termijn langer is dan de beschermingstermijn voor databanken die onder het wetsvoorstel vallen. Toegegeven kan worden dat dat resultaat niet fraai is. De omvang van de bescherming is echter niet dezelfde. In het wetsvoorstel is de bescherming

<sup>15</sup> Zie bijv. E.R. Caspers, ‘Databankrechtelijke bescherming: pyrrhus-overwinning’, BB 2011, nr.45, p. 159.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 1997/98, 26 108, nr. 3, p. 22 (Parl. Gesch. Dw, p. 127-128).

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 108, nr. 5, p. 2-3 (Parl. Gesch. Dw, p. 130).

van de producent exact geregeld. Voor de geschriftenbescherming geldt volgens de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116) dat de vraag of en hoe de voorschriften van de Auteurswet 1912 moeten worden toegepast ten aanzien van elk voorschrift afzonderlijk naar de strekking van het voorschrift moet worden beantwoord; de omvang van de bescherming ligt daardoor niet vast. Een producent van een databank waarbij van een substantiële investering sprake is zal daarom, zolang hij een beroep heeft op de regeling van het wetsvoorstel, waarschijnlijk geen beroep doen op de regeling van de geschriftenbescherming.

Na afloop van de termijn van het wetsvoorstel heeft hij een beroep op de geschriftenbescherming van de Auteurswet 1912. De door deze leden genoemde overweging 60 van de richtlijn, die in de richtlijn is uitgewerkt in artikel 14, tweede lid, brengt dit mee. De richtlijnbevestiging is in het wetsvoorstel opgenomen in artikel III, onderdeel C.

De praktische betekenis van de geschriftenbescherming zal na de inwerkingtreden van de nieuwe wetgeving, naar ik verwacht, afnemen. Voor databanken waarbij van een substantiële investering sprake is, zal de plaats van de geschriftenbescherming ingenomen worden door de bescherming uit hoofde van de nieuwe wettelijke regeling. De geschriftenbescherming blijft van betekenis voor databanken waarbij niet van een dergelijke investering sprake is, maar daarnaast ook voor geschriften waarbij van een databank geen sprake is, bijvoorbeeld gebruiksaanwijzingen. Omdat de huidige geschriftenbescherming niet alleen databanken betreft, maar ook andere onpersoonlijke geschriften, kwam het niet juist voor deze in het kader van de uitvoering van deze richtlijn af te schaffen.<sup>18</sup>

2.21. Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer kwam het verschil tussen de beschermingstermijn voor geschriften (70 jaar) en voor databanken in de zin van de DbRI (15 jaar) ter sprake<sup>19</sup>. Daarnaast werd de minister gevraagd waarom Nederland naar Scandinavisch model geen beroep kon doen op de hiervoor in nr. 2.16 aangehaalde overweging 52 van de considerans. De minister antwoordde:

‘Al sinds 1912 worden volgens de Auteurswet van dat jaar behalve werken als boeken, kranten en tijdschriften ook alle andere geschriften beschermd. Er wordt wel gesproken over de bescherming van onpersoonlijke geschriften. Toen de Auteurswet tot stand kwam, ging het om schouwburgprogramma’s, prijscouranten, predikbeurtenlijsten enzovoorts. Nu gaat het ook om telefoongidsen, puzzelwoordenboeken enzovoorts. Het begrip “geschrift” is in de rechtspraak aldus uitgelegd dat het ook uitgaven in elektronische vorm omvat, bijvoorbeeld cd-roms.

Bij de geschriftenbescherming gaat het om een bescherming tegen klakkeloze nadruk. Het is een regeling van mededingingsrechtelijke aard. Over de vraag of een dergelijke regeling in de Auteurswet hoort te staan, zijn de meningen al vele jaren verdeeld. Een groot deel van de geschriftenbescherming verdwijnt met dit wetsvoorstel. Richtlijn en wetsvoorstel beschermen de databank, elektronisch en niet-elektronisch, waarbij van een substantiële investering sprake is. Dat deel van de geschriftenbescherming vervalt daarom. Gehandhaafd is het restant geschriftenbescherming, waarbij niet van een substantiële investering sprake is. In de praktijk zal dit restant waarschijnlijk niet veel inhouden. Men kan denken aan gebruiksaanwijzingen, bijsluiters en dergelijke. De richtlijn verplicht ons niet ook dit restant te schrappen.

Ik geef toe dat het auteursrecht er niet eenvoudiger op wordt als dit restje geschriftenbescherming gehandhaafd wordt, want bijvoorbeeld de duur van de bescherming is

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 108, nr. 6, p. 2-3 (Parl. Gesch. Dw, p. 131).

<sup>19</sup> Handelingen II 1998/99, nr. 58, 26 108, p. 3663 (Parl. Gesch. Dw, p. 131).

verschillend. Het databankrecht kent een beschermingsduur van 15 jaar. Voor de geschriftenbescherming geldt de normale auteursrechtelijke duur van maar liefst 70 jaar. Ik heb in de nota naar aanleiding van het verslag al toegegeven dat dit niet fraai is, maar ik geef er niettemin de voorkeur aan thans binnen de grenzen van de richtlijn te blijven. Ik vind het niet juist om er in het kader van de uitvoering van deze richtlijn toe over te gaan de geschriftenbescherming in haar geheel te schrappen. Als daartoe zou worden besloten, dan moet dat mijns inziens in een andere context gebeuren. Een andere reden om de geschriftenbescherming thans niet te schrappen, wordt gevormd door de programmeergevens. Daarvoor is de geschriftenbescherming thans nog van belang.<sup>20</sup>

[...]

Een van de punten van kritiek op de richtlijn, in ieder geval in Nederland, is dat deze te ver doorschiet in de bescherming van de producent. Daarom is gezocht naar mogelijkheden om het recht van de producent verder te beperken dan artikel 9 van de richtlijn tot dusverre doet. De vraag is gerezen of overweging 52 in het kader van de richtlijn die mogelijkheid biedt. Overweging 52 maakt het landen die al een recht kenden dat verwant is aan het databankrecht van de richtlijn, mogelijk de beperkingen die traditioneel volgens hun wetgeving golden, te handhaven voor het nieuwe databankrecht. Het staat vast dat de Scandinavische landen een beroep kunnen doen op overweging 52. Kan Nederland dit dan ook doen? Wij hadden immers al de geschriftenbescherming. Het antwoord is neen. Nederland kan geen beroep doen op die overweging. Dat blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de overweging. Overweging 52 is pas in de fase van Coreper, het Comité des représentants permanents, tot stand gekomen na een bilateraal overleg tussen Denemarken en de Europese Commissie. Voorzover bekend, ging het daarbij trouwens om beperkingen ten behoeve van blinden, slechtzienden en doven. Uit de instructie voor onze permanente vertegenwoordiger blijkt dat Nederland zich, evenals de andere lidstaten, niet heeft willen verzetten tegen deze speciale overweging, dit met het oog op de Scandinavische landen. Nederland kan daar zelf dus geen beroep op doen. Deze uiteenzetting is van belang, omdat het amendement van mevrouw Scheltema eigenlijk niet past in de richtlijn en wij dus naar mijn mening geen beroep kunnen doen op overweging 52. Mevrouw Scheltema wil namelijk een nieuwe beperking van het recht van de producent. Daarmee komen wij in strijd met de richtlijn. De beperkingen van het recht van de producent zijn in de richtlijn opgesomd in artikel 9. Deze richtlijn laat het niet toe een nieuwe beperking op het databankrecht op te nemen.<sup>21</sup>

En:

'Ik heb bepleit de geschriftenbescherming niet in haar geheel te schrappen. Voor de bescherming van de programmeergevens van de omroepen is de geschriftenbescherming thans nog van belang. Als de geschriftenbescherming nu zou worden geschrapd, heeft dat direct gevolgen voor de bescherming van deze gegevens. Nu kan men van mening verschillen over het onderwerp verschaffing van programmeergevens door omroepen aan derden, maar een discussie daarover behoort niet in dit debat thuis. Het gaat om een onderwerp dat in eerste instantie de staatssecretaris van Cultuur aangaat. Daar komt nog bij dat de zaak op het moment onder de rechter is, terwijl ook de Nederlandse mededingingsautoriteit met het onderwerp bezig is. Om al deze redenen zou ik graag zien dat het gedeelte van de geschriftenbescherming dat na de

<sup>20</sup> Handelingen II 1998/99, nr. 58, 26 108, p. 3668-3669 (Parl. Gesch. Dw, p. 132).

<sup>21</sup> Handelingen II 1998/99, nr. 58, 26 108, p. 3669-3668 (Parl. Gesch. Dw, p. 97).

inwerkingtreding van het wetsvoorstel blijft bestaan, thans niet wordt geschrapt.<sup>22</sup>

[...]

Heeft de Nederlandse regering in Brussel zitten slapen? Ik weet het niet. Ik ben onvoldoende op de hoogte van de achtergronden van de onderhandelingen om daar een oordeel over te kunnen geven.<sup>23</sup>

2.22. In het in 2002 gewezen arrest NVM/De Telegraaf ('El Cheapo'),<sup>24</sup> sprak de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de Dw en over de geschriftenbescherming sinds de invoering van de Dw. In dit arrest is de Hoge Raad er impliciet van uitgegaan – het was geen afzonderlijk onderwerp in dit debat – dat de geschriftenbescherming naast DbRI kon blijven bestaan.

2.23. De door enige rechtbanken<sup>25</sup> na inwerkingtreding van de Dw gegeven oordelen over de verzoenbaarheid van de geschriftenbescherming met het Unierecht vertonen gelijkenissen met het oordeel van de rechtbank Utrecht in de onderhavige zaak. De kern van deze rechtspraak is deze: uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever bewust de geschriftenbescherming voor databanken waarin niet substantieel geïnvesteerd is heeft willen handhaven; weliswaar dient nationaal recht zoveel mogelijk richtlijnconform te worden uitgelegd, maar dat kan niet leiden tot een uitleg in strijd met de uitdrukkelijke keuze van de wetgever.

2.24. De meest recente debatronde over het bestaansrecht van geschriftenbescherming is ingeluid door het arrest van het HvJEU van 1 maart 2012, C-604/10 (Football Dataco/Yahoo)<sup>26</sup>. In die zaak ging het om wedstrijdkalenders van prof-voetbalcompetities in England en Schotland. Football Dataco stelde deze kalenders op volgens specifieke regels en in verschillende fasen. Yahoo maakte commercieel gebruik van deze kalenders en werd daarom door Football Dataco in rechte betrokken. De verwijzende rechter stelde prejudiciële vragen over de DbRI, die voor zover hier van belang hierop neerkwamen: (i) onder welke voorwaarden kan een databank auteursrechtelijke bescherming genieten, en (ii) sluit de DbRI

---

<sup>22</sup> Handelingen II 1998/99, nr. 58, 26 108, p. 3673-3674 (Parl. Gesch. Dw, p. 132-133).

<sup>23</sup> Handelingen II 1998/99, nr. 58, 26 108, p. 3674 (Parl. Gesch. Dw, p. 100). Zie ook D.J.G. Visser, 'Overweging 52 databankrichtlijn', Informatierecht/AMI 1999, p. 73.

<sup>24</sup> HR 22 maart 2002, LJN AD9138, NJ 2003, 149 m.nt. J.H. Spoor, AMI 2002, p. 103, m.nt. Visser, CR 2002, 161 m.nt. H. Struik, IER 2002, 22 m. nt. HMHS.

<sup>25</sup> Genoemd kunnen worden: Rb. Amsterdam 28 juli 2005, LJN AU0253, NJF 2005/339 (SBS/Quote Media en MTV) en Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, LJN BB1207, AMI 2007/8, nr. 18 m.nt. Koelman, NJ 2007/458, Computerrecht 2007, p. 174 (Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa).

<sup>26</sup> LJN BV8463, NJ 2012, 433 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2013, nr. 3, p. 16 m.nt. A. Ringnalda, CR 2012, nr. 78, p. 216 m.nt. C.T.W. Peijnenburg, AMI 2012, nr. 15, p. 163 met commentaar A.C. Beunen op p. 149 e.v.

uit dat nationaal recht de auteursrechtelijke bescherming van databanken uitstrekt tot databanken die niet aan de vereisten van de DbRI voldoen?

2.25. Na vooropstelling, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak<sup>27</sup> dat wedstrijdkalenders weliswaar databanken zijn, maar geen sui-generis-databankrechtelijke bescherming kunnen genieten onder art. 7 DbRI, ging het Hof in op de vraag naar auteursrechtelijke bescherming onder art. 3 lid 1 DbRI met het daar vermelde criterium van een ‘eigen intellectuele schepping’. Nu had het Hof van Justitie inmiddels op basis van een andere richtlijn, de Auteursrechtlijn 2001/29/EG<sup>28</sup> harmoniserende uitspraken gedaan over de aan een ‘werk’ in het algemeen te stellen oorspronkelijkheidseis, wil dit voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen: o.m. in Infopaq-I (HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08<sup>29</sup>) en Premier League (HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08, C-429/08<sup>30</sup>). Daarop voortbordurend overwoog het hof:

‘38. Wat de samenstelling van een databank betreft, is aan dit oorspronkelijkheidscriterium voldaan wanneer de maker ervan, bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van deze databank, zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (zie, naar analogie, eerdergenoemde arresten Infopaq International, punt 45; Bezpečnostní softwarová asociace, punt 50, en Painer, punt 89) en zo in staat is zijn werk een “persoonlijke noot” te geven (arrest Painer, reeds aangehaald, punt 92).

39. Aan dit criterium is echter niet voldaan wanneer voor de samenstelling van de databank technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid (zie, naar analogie, eerdergenoemde arresten Bezpečnostní softwarová asociace, punten 48 en 49, alsook Football Association Premier League e.a., punt 98).

40. Blijkens zowel artikel 3, lid 1, als punt 16 van de considerans van richtlijn 96/9, mogen bij de vaststelling of een databank ingevolge deze richtlijn in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, geen andere criteria dan het oorspronkelijkheidscriterium worden gehanteerd.’

2.26. De tweede prejudiciële vraag beantwoordde het hof in de volgende zin:

‘52. Gelet op een en ander, moet op de tweede vraag worden geantwoord dat richtlijn 96/9 aldus

---

<sup>27</sup> HvJ EG 9 november 2004, C-444/02, Jur. p. I-10497, Fixtures/OPAP, rov. 32-36 en en HvJ EG 9 november 2004, C-46/02, Jur. p. I-10365 (NJ 2005, 296), Fixtures/Veikkaus, rov. 43-47. Vgl. ook HvJ EG 9 november 2004, C-203/02, Jur. p. I-10415, British Horseracing Board/William Hill, rov. 38-42;

<sup>28</sup> Voluit: Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Pb. L167/10.

<sup>29</sup> Jur. p. I-6569, AMI 2009, nr. 20, p. 198, m.nt. K.J. Koelman; IER 2009, nr. 78, p. 318 m.nt. F.W. Grosheide.

<sup>30</sup> AMI 2012, nr. 1, p. 13 m.nt. F.W. Grosheide, IER 2012, nr. 3, p. 227 m.nt. MdCB & HMHS, Computerrecht 2012, nr. 10, p. 55 m.nt. S. van Loon.

dient te worden uitgelegd dat zij, onder voorbehoud van de overgangsregeling van artikel 14, lid 2<sup>31</sup>, ervan, zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die aan onder de definitie van artikel 1, lid 2, ervan vallende databanken auteursrechtelijke bescherming biedt onder andere voorwaarden dan deze van artikel 3, lid 1, van de richtlijn.’

2.27. In een uitvoerig gemotiveerd vonnis in kort geding van de rechtbank Amsterdam<sup>32</sup>, gewezen na het Football Dataco-arrest, weerklinken echter nog de overwegingen van de in nr. 2.23 genoemde rechtspraak van feitenrechters. De zaak betrof een geschil tussen de Nederlandse Publieke Omroep en De Telegraaf over publicatie van programmagegevens. De Telegraaf verweerde zich tegen de vordering van de NPO, die mede op de geschriftenbescherming was gestoeld, met een beroep op het Football Dataco-arrest. De voorzieningenrechter overwoog:

‘4.17. Volgens de Telegraaf c.s. volgt uit het Dataco-arrest dat aan databanken geen auteursrechtelijke bescherming mag worden geboden ingeval deze databanken niet door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen. Dat betekent dat de bescherming die artikel 10 Aw aan databanken biedt in strijd is met de Databankenrichtlijn. De Telegraaf c.s. verwijst vervolgens naar een door het (toen nog) HvJ EG op 4 juli 1996 gedane uitspraak (Adeneler), waarin is bepaald dat op de nationale rechter de verplichting rust om ‘al het mogelijke’ te doen om de volle werking van een aan de orde zijnde richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling. Het voorgaande brengt volgens de Telegraaf c.s. met zich dat artikel 10 Aw zodanig moet worden uitgelegd dat bescherming van programmagegevens, die naar haar mening geen intellectuele schepping van de maker vormen, hier niet onder valt. Volgens de Telegraaf c.s. bevatten de artikelen 3:28 en 2:140 van de Mediawet 2008 slechts een omkering van bewijslast ingeval van vermeende inbreuk op een auteursrecht, zodat die artikelen niet aan richtlijnconforme interpretatie van artikel 10 Aw in de weg staan.

4.18. De Omroepen betwisten in de eerste plaats dat de programmagegevens geen intellectuele schepping van de maker vormen. Daarnaast wijzen zij erop dat, zoals door het HvJ EG eveneens in het Adeneler-arrest is bepaald, de op de nationale rechter rustende plicht tot richtlijnconforme interpretatie wordt beperkt door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Ook is in het Adeneler-arrest beslist dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht. Een uitleg van artikel 10 Aw zoals door de Telegraaf c.s. voorgestaan overschrijdt deze grenzen, aldus de Omroepen. [...] Vervolgens stellen de Omroepen dat artikel 10 Aw niet zozeer een auteursrechtelijke maar een mededingingsrechtelijke bescherming biedt, welke volgens de Databankenrichtlijn onverlet wordt gelaten.

---

<sup>31</sup> Art. 14 lid 2 DbRI luidt (met door mij toegevoegde cursiveringen): ‘In afwijking van lid 1 heeft deze richtlijn, wanneer een databank die op het tijdstip van bekendmaking van deze richtlijn door een auteursrechtelijke regeling in een Lid-Staat beschermd wordt niet voldoet aan de in artikel 3, lid 1, bedoelde criteria om in aanmerking te komen voor bescherming door het auteursrecht, niet tot gevolg dat in die Lid-Staat de uit deze regeling voortvloeiende beschermingsduur wordt verkort.’

<sup>32</sup> Vzr. Rb. Amsterdam 13 juni 2012, LJN BW8334, IER 2013, nr. 2, p. 11 (NPO/Telegraaf).

4.19. De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Wat betreft de vraag of programmegevens een intellectuele schepping van de maker vormen wordt verwezen naar hetgeen hiervoor onder 4.8 is overwogen. Nu geoordeeld moet worden dat de programmegevens niet voldoen aan het oorspronkelijkheidsvereiste dient derhalve de vraag aan de orde te komen of zij wel vallen onder de in artikel 10 Aw geregelde geschriftenbescherming, in aanmerking genomen het bepaalde in het Dataco-arrest en de volgens het Adeneler-arrest op de rechter rustende verplichtingen.

4.20. De bescherming die de programmegevens thans genieten is geregeld in artikel 10 lid 3 Aw. Dit lid luidt als volgt: [...]. De tekst van dit artikel bevat derhalve niet het in het Dataco-arrest genoemde vereiste dat de verzameling een uiting is van de creatieve vrijheid van de maker. Het bij wijze van richtlijnconforme interpretatie toevoegen van een dergelijk vereiste aan de wet staat op zijn minst genomen op gespannen voet met de in het Adeneler-arrest opgenomen beperking dat de nationale rechter de wet niet contra legem uit mag leggen.

4.21. Daarbij is van belang dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap in antwoord op vragen vanuit de Eerste Kamer heeft verklaard dat de vraag of het Dataco-arrest consequenties heeft voor de Auteurswet nog wordt bestudeerd. Het beginsel van scheiding der machten noopt de rechter tot terughoudendheid bij het vooruitlopen op een eventuele wetwijziging. Bovendien is door de Omroepen, met een beroep op literatuur en wetsgeschiedenis, betoogd dat de geschriftenbescherming van artikel 10 Aw (mede) een mededingingsrechtelijke achtergrond heeft. De Databankenrichtlijn verzet zich niet tegen bepalingen die ongeoorloofde mededinging tegengaan. De voorzieningenrechter dient er derhalve rekening mee te houden dat, ook ingeval de wetgever van oordeel zou zijn dat artikel 10 Aw in zijn huidige vorm niet kan blijven bestaan, hetgeen daarin zakelijk wordt bepaald (nl. een verbod op klakkeloos overnemen) vervolgens op een andere, met de richtlijn in overeenstemming te brengen wijze zal worden geregeld in een mededingingsrechtelijke regeling. Ook dit verzet zich tegen het bij wijze van richtlijnconforme interpretatie toevoegen van de oorspronkelijkheidsstoets aan artikel 10 lid 3 Aw.

[...]

4.25. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat in het Adeneler-arrest ook is aangegeven dat de grens van de richtlijnconforme interpretatie mede wordt bepaald door het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens de Telegraaf c.s. is dat hier in zoverre niet aan de orde dat, gelet op de heersende opinie onder de juristen, de Omroepen er mee rekening hadden moeten en kunnen houden dat het HvJ EU op enig moment een uitspraak zou doen waarin de geschriftenbescherming zoals geregeld in artikel 10 Aw als strijdig met de Databankenrichtlijn zou worden geoordeeld.

4.26. De voorzieningenrechter volgt de Telegraaf c.s. hierin niet. Tussen partijen is niet in geschil dat vanaf het moment van de invoering van de Databankenrichtlijn in de literatuur is betoogd dat de geschriftenbescherming hiermee onverenigbaar zou zijn. Echter, ook de beperkingen die in het Adeneler-arrest aan de mogelijkheden voor richtlijnconforme interpretatie worden gegeven waren bekend. In het bijzonder de beperking dat richtlijnconforme interpretatie niet tot een uitleg contra legem mag leiden, biedt een tegenwicht aan de in de literatuur gesignaleerde onverenigbaarheid, temeer nu in de met onderhavige zaak vergelijkbare rechtspraak reeds eerder is geoordeeld dat dit beginsel aan de weg staat aan richtlijnconforme interpretatie als door de Telegraaf c.s. bepleit.

4.27. Gelet op het feit dat hetgeen de Telegraaf c.s. voorstaat op gespannen voet staat met het beginsel dat de nationale rechter de wet niet contra legem uit mag leggen, de mogelijk



mededingingsrechtelijke strekking die aan artikel 10 Aw moet worden toegekend, de aangehaalde bepalingen uit de Mediawet 2008, de beperkte mogelijkheden voor anticiperende interpretatie, het rechtszekerheidsbeginsel en het hiervoor nog niet expliciet aan de orde gestelde feit dat richtlijnen zich primair richten tot nationale overheden, mede in ogenschouw genomen dat het Dataco-arrest betrekking heeft op andere informatie dan programmeergevens, acht de voorzieningenrechter voorshands onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de Telegraaf nu (al) gerechtigd is programmeergevens voor de navolgende week te publiceren en de vordering van de Omroepen in een bodemprocedure op de door de Telegraaf c.s. aangevoerde gronden zal worden afgewezen. Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat zij af dient te gaan op hetgeen de bodemrechter naar verwachting zal oordelen bij de huidige stand van zaken.<sup>1</sup>

2.28. In de vakliteratuur zijn de schrijvers die zich na Football Dataco/Yahoo over de materie hebben gebogen, allen meer of minder stellig van oordeel dat geschriftenbescherming niet langer voor databanken kan worden ingeroepen. Ik noem Numann<sup>33</sup>, Visser<sup>34</sup>, Hugenholtz<sup>35</sup>, Ringnalda<sup>36</sup>, Peijnenburg<sup>37</sup>, Derclaye<sup>38</sup> en Beunen<sup>39</sup>.

2.29. Daarbij speelt een doorslaggevende rol dat de al genoemde Auteursrechtlijn (hierna: ARI) maximumharmonisatie van het auteursrechtelijk werkbegrip met zich blijkt te hebben gebracht, en dat rechtspraak van het Hof van Justitie – waaronder de al genoemde arresten Infopaq-I, Premier League en Football Dataco – duidelijk heeft gemaakt dat voor auteursrechtelijke bescherming van alle soorten werken, inclusief databanken of gegevensverzamelingen, een ‘eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk’ is vereist. Richtlijnconforme interpretatie van art. 10 Aw noopt dan tot de conclusie dat onpersoonlijke geschriften die het object zijn van de geschriftenbescherming niet aan de werktoets voldoen en daarom geen auteursrechtelijke bescherming mogen genieten.

2.30. De vraag of de geschriftenbescherming niettemin nog bestaansrecht heeft, wordt soms gekoppeld aan de kwalificatie van de rechtsfiguur. Zoals ik in nr. 2.17 aanstipte: wordt zij beschouwd als een vorm van auteursrechtelijke bescherming, dan zou zij Unierechtelijk

---

<sup>33</sup> IER-Kroniek, onder ‘Algemeen’, IER 2013/12, p. 93.

<sup>34</sup> NJB-Kroniek, NJB 2012/884, p. 1041 e.v., op p.1049.

<sup>35</sup> Noot in NJ 2011, 288. Zie voorts de door Visser en Hugenholtz verdedigde standpunten tijdens de bijeenkomst d.d. 3 april 2013, Dansen op het graf van de geschriftenbescherming: verslag te vinden op [www.ie-forum.nl](http://www.ie-forum.nl), IEF 12624.

<sup>36</sup> Noot in IER 2013, nr. 3, p. 23.

<sup>37</sup> Noot in Computerrecht 2012, nr. 78, p. 216-224, op p. 224.

<sup>38</sup> <http://kluwercopyrightblog.com/2012/03/01/football-dataco-skill-and-labour-is-dead>, geraadpleegd op 11 juli 2013.

<sup>39</sup> Geschriftenbescherming na het Football Dataco-arrest, AMI 2012, p. 149 (153); vgl. ook A.C. Beunen, Geschriftenbescherming: The Dutch Protection for Non-original Writings, in: Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser (ed.), A Century of Dutch Copyright Law, de Lex 2012, p. 57 e.v., op p. 97.

ontoelaatbaar zijn.<sup>40</sup> Wordt zij evenwel gezien als een bescherming van economische prestaties althans een bescherming tegen oneerlijke mededinging, dan zou dat anders (kunnen) liggen. Onder anderen Beunen stelt dat ongeoorloofde-mededingingsbescherming op grond van art. 13 DbRI toelaatbaar is, maar zij concludeert dat de geschriftenbescherming een hybride rechtsfiguur is en zij laat de toelaatbaarheid ervan daarom in het midden<sup>41</sup>. Derclaye bestrijdt overigens de toelaatbaarheid van mededingingsrechtelijke beschermingsvormen, omdat het bestaan ervan afbreuk doet aan het functioneren van de interne markt en het vrije verkeer van goederen en diensten<sup>42</sup>.

2.31. Tegenstanders van de afschaffing van de geschriftenbescherming wijzen vanzelfsprekend op de hiervoor al genoemde argumenten dat de wetgever uitdrukkelijk heeft besloten de geschriftenbescherming te handhaven, dat de Hoge Raad dat ook heeft gedaan in het arrest NVM/Telegraaf, en dat richtlijnconforme interpretatie afstuit op ontoelaatbaarheid van uitleg contra legem<sup>43</sup>.

2.32.1. Medio 2012 heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, (mede) tegen de achtergrond van de in het regeerakkoord neergelegde streven naar modernisering van het auteursrecht en naar aanleiding van het Football Dataco-arrest, de Commissie Auteursrecht<sup>44</sup> verzocht te adviseren over de verenigbaarheid van de Nederlandse geschriftenbescherming met het Unierecht.

De Commissie kwam tot de conclusie dat de geschriftenbescherming niet langer van toepassing kan zijn op programmagegevens en andere gegevensverzamelingen die zijn aan te merken als databank in de zin van art. 1 Dw<sup>45</sup>. Zij adviseerde daarom de Auteurswet op dit punt aan te passen, en wel door het opnemen van een bepaling in art. 10 Aw die regelt dat de bescherming van geschriften zonder persoonlijk karakter die geen werk in auteursrechtelijke zin vormen (art. 10 lid 1 onder 1, slotwoorden, Aw) niet van toepassing is op databanken. Daarbij wees de Commissie op het volgende:

‘Het begrip ‘databanken’ moet daarbij worden gedefinieerd overeenkomstig art. 1 Databankenrichtlijn en niet zoals in art. 1 Dw. Deze laatste bepaling ziet uitsluitend op databanken waarvoor het sui generis databankenrecht geldt, namelijk databanken waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht

---

<sup>40</sup> In SVV (2005) wordt uit jurisprudentie van de Hoge Raad afgeleid dat het om een (para-) auteursrechtelijke figuur gaat: vgl. § 3.21.

<sup>41</sup> A.C. Beunen, AMI 2012, p. 149 e.v.

<sup>42</sup> <http://kluwercopyrightblog.com/2013/03/06/goodbye-geschriftenbescherming>, geraadpleegd op 11 juli 2013.

<sup>43</sup> Zie nr. 2.18.

<sup>44</sup> Een Adviescommissie van het Ministerie van Justitie.

<sup>45</sup> Commissie Auteursrecht, Advies aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie over de verenigbaarheid van de geschriftenbescherming met het Europese recht, 25 juli 2012; IEF 12346.

getuigt van een substantiële investering. In art. 10 lid 4 Aw is al bepaald dat dergelijke databanken niet onder het begrip ‘geschriften’ in art. 10 lid 1 onder 1 Aw vallen. Het gaat hier juist om het buiten de geschriftenbescherming plaatsen van gegevensverzamelingen die als databank in de zin van art. 1 Databankenrichtlijn zijn aan te merken en die onvoldoende oorspronkelijk zijn om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.’

De omschrijving van ‘databank’ in art. 1, lid 2 DbRI bevat (immers) niét het criterium van de substantiële investering, maar luidt eenvoudigweg:

‘een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk’.

2.32.2. Ik wijs erop dat in deze visie van de Commissie Auteursrecht het doek valt voor het (in cassatie enig overgebleven) beroep van Ryanair op geschriftenrechtelijke bescherming van haar databank.

2.33. Terzijde: De Commissie stond ook nog stil bij geschriften die (zelfs) niét zijn aan te merken als databank in de zin van art. 1 Dw, waarbij de Commissie als voorbeelden noemt: bijsluiters, gebruiksinstructies, bladmuziek van niet meer beschermde, niet bewerkte muziekwerken, spelregels, eenvoudige kookrecepten en nieuws- en gemengde berichten:

‘Hoewel het Hof van Justitie – buiten geschriften die onder de reikwijdte van de Databankenrichtlijn vallen – nergens expliciet heeft beslist dat er geen ruimte is binnen het auteursrecht voor bescherming van andere onpersoonlijke geschriften die geen ‘eigen intellectuele schepping’ van de maker zijn, lijkt de recente rechtspraak van het Hof van Justitie (en met name de arresten Infopaq I, BSA en Painer)<sup>[...]</sup> mee te brengen dat auteursrechtelijke bescherming in het algemeen slechts openstaat voor geschriften die het resultaat zijn van een ‘eigen intellectuele schepping’ van de maker. Als dat het geval is, en de geschriftenbescherming inderdaad als auteursrechtelijke bescherming in de zin van de Auteursrechtrichtlijn moet worden aangemerkt – het oordeel daarover van het HvJEU is nog niet gegeven – dan zou er in het geheel geen plaats meer zijn voor de Nederlandse geschriftenbescherming, althans niet als pseudo-auteursrecht. Dit zou aanleiding kunnen zijn om de geschriftenbescherming volledig af te schaffen’.

De Commissie toonde zich inderdaad voorstander van volledige afschaffing van de geschriftenbescherming (in de (overigens vaker gesuggereerde) eenvoudige wetstechnische vorm van schrapping van het woord ‘alle’ in art. 10 lid 1 onder 1 Aw), maar suggereerde nog een nader onderzoek naar de economische gevolgen van zo’n totale afschaffing.

2.34. In een op 11 februari 2013 ter consultatie gepubliceerd concept-wetsvoorstel<sup>46</sup> koos de Staatssecretaris voor de totale afschaffing van de geschriftenbescherming. In de concept-MvT zijn daartoe de volgende redenen vermeld:

- geschriftenbescherming beschermt investeringen die aan het geschrift ten grondslag liggen in plaats van creatieve prestaties, terwijl het auteursrecht juist slechts dat laatste beoogt te beschermen en voor bescherming van investeringen geen afzonderlijke regeling nodig is;
- geschriftenbescherming kan in de weg staan aan vrije verspreiding van feitelijke informatie;
- eventuele rechtsonzekerheid over de toelaatbaarheid van de geschriftenbescherming voor databanken in het licht van het arrest Football Dataco van het HvJ EU, wordt weggenomen;
- de afschaffing van geschriftenbescherming werkt concurrentiebevorderend<sup>47</sup>.

#### *2.D. Art. 24a: noodzakelijk normaal gebruik door rechtmatige gebruiker*

##### *2.D.1. Algemeen*

2.35. De auteursrechtelijke bescherming van gegevensverzamelingen kent nog een beperking in de vorm van art. 24a Aw. Dit artikel luidt:

‘1. Als inbreuk op het auteursrecht op een verzameling als bedoeld in artikel 10, derde lid, wordt niet beschouwd de verveelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige gebruiker van de verzameling, die noodzakelijk is om toegang te verkrijgen tot en normaal gebruik te maken van de verzameling.

2. Indien de rechtmatige gebruiker slechts gerechtigd is tot het gebruik van een deel van de verzameling geldt het eerste lid slechts voor de toegang tot en het normaal gebruik van dat deel.

3. Bij overeenkomst kan niet ten nadele van de rechtmatige gebruiker worden afgeweken van het eerste en tweede lid.’

2.36. Artikel 24a Aw is ingevoerd in 1999 bij gelegenheid van de implementatie van de DbRI en is gebaseerd op art. 6 lid 1 en art. 15 DbRI, luidende:

‘Art. 6. 1. De rechtmatige gebruiker van een databank of kopieën daarvan kan zonder toestemming van de maker van de databank alle in artikel 5 bedoelde handelingen verrichten die noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken van de inhoud van de databank. Voor zover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank te gebruiken, geldt dit lid slechts voor dat deel.’

respectievelijk:

‘Art. 15. Elk met artikel 6, lid 1, en artikel 8 strijdig contractueel beding is nietig.’

---

<sup>46</sup> Het concept-wetsvoorstel en de toelichting ervan zijn te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl). De consultatie is afgesloten op 11 april 2013.

<sup>47</sup> Concept-MvT, p. 4-6.

2.37. Overweging 34 van de considerans bij de DbRI zegt hierover:

‘Overwegende echter dat wanneer de rechthebbende erin heeft toegestemd een kopie van de databank aan een gebruiker ter beschikking te stellen, hetzij via een on line dienst, hetzij via een andere vorm van verspreiding, die rechtmatige gebruiker zich toegang moet kunnen verschaffen tot de databank en deze moet kunnen gebruiken in overeenstemming met de doeleinden en de gebruikswijzen die zijn vastgesteld in de licentieovereenkomst met de rechthebbende, zelfs indien voor die toegang en dat gebruik handelingen moeten worden verricht waarvoor normaliter toestemming nodig is’.

2.38. Bij het opstellen van art. 6 DbRI heeft de Uniewetgever inspiratie geput uit art. 5 van de Softwarerichtlijn (SwRI)<sup>48</sup>, waarin ook het begrip ‘rechtmatige verkrijger’ al was gehanteerd:

‘1. Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, is voor de in artikel 4, onder a) en b), genoemde handelingen<sup>49</sup> geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren.

2. Het maken van een reservekopie door een rechtmatige gebruiker van het programma kan niet bij overeenkomst worden verhinderd indien die kopie voor bovenbedoeld gebruik nodig is.

3. De rechtmatige gebruiker van een kopie van een programma is gemachtigd om zonder toestemming van de rechthebbende de werking van het programma te observeren, te bestuderen en uit te testen, ten einde vast te stellen welke ideeën en beginselen aan een element van het programma ten grondslag liggen, indien hij dit doet bij het rechtmatig laden of in beeld brengen, de uitvoering, transmissie of opslag van het programma.’

Artikel 5 van de Softwarerichtlijn is geïmplementeerd in art. 45j Aw:

‘Tenzij anders is overeengekomen, wordt niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12<sup>o</sup> [= ‘computerprogramma’s en het voorbereidend materiaal’, A-G], beschouwd de verveelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk, die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. De verveelvoudiging, als bedoeld in de eerste zin, die geschiedt in het kader van het laden, het in beeld brengen of het verbeteren van fouten, kan niet bij overeenkomst worden verboden.’

---

<sup>48</sup> Voluit: Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, PbEG L122/42; thans (gecodeerde versie) Richtlijn 2009/24/EG.

<sup>49</sup> Artikel 4, aanhef en onder a) en b), luidt:

‘Onverminderd de artikelen 5 en 6 omvatten de exclusieve rechten van de rechthebbende in de zin van artikel 2 het recht de volgende handelingen te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan:

a) de permanente of tijdelijke reproductie voor een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. Voor zover voor het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma deze reproductie van het programma noodzakelijk is, is voor deze handelingen toestemming van de rechthebbende vereist;

b) het vertalen, bewerken, arrangeren of anderszins veranderen van een programma, en de reproductie van het resultaat daarvan, onverminderd de rechten van degene die het programma verandert’

2.39. Beide bepalingen beogen te voorkomen dat het loutere beoogde gebruik van een computerprogramma reeds een auteursrechtelijke inbreuk oplevert en daarmee aparte toestemming vereist is voor elke legitieme gebruikshandeling<sup>50</sup>. Eenzelfde ratio ligt ten grondslag aan art. 6 DbRI, zo blijkt bijv. uit het Explanatory Memorandum bij de eerste concept-DbRI:

'6.1 The preceding paragraphs (Article 5) dealt with rights in the selection or arrangement of the contents of the database. Technically speaking an infringement of the selection or arrangement would take place every time the database was accessed if no specific derogation were provided since accessing the database, of necessity, involves performance of some of the restricted acts, notably the act of reproduction. Therefore in Article 6 a provision has been introduced that where the contract for the supply of database goods or services regulates the use which can be made of that database, it is not necessary for the user to seek further authorization to carry out acts necessary to use the database in conformity with his contract.

6.2 This is also the case where the contract does not regulate a particular aspect of use or where no contract regulating use exists at all. Then the user who is a lawful acquirer of the database is able to access the database and use it, that is to say, consult the database.

6.3 This implied permission to use the database only refers to the question of whether rights in the database itself would be infringed by such use, that is to say, rights in the selection or arrangement of the contents. The question of infringement of rights in the contents, for example by downloading or adapting the contents, is decided not by Article 6, but by Articles 7 and 8<sup>51</sup>.

2.40.1. Uit het voorgaande blijkt dat art. 6b DbRI en het corresponderende art. 24a Aw naar hun oorspronkelijk bedoeling slechts een beperkte betekenis hebben. Ik licht dit nog als volgt toe.<sup>52</sup>

2.40.2. De voorafgaande Software-richtlijn van 1991 had – na de nodige discussie in politiek en literatuur – de toen nogal revolutionaire stap gezet om de bij het (gewone) gebruik van een computerprogramma technisch noodzakelijke reproductie ervan (binnen de stand-alone PC of on-line) als een in beginsel auteursrechtelijk relevante reproductie aan te merken. (Dat was een stap die nooit gezet was ten aanzien van het lezen van een boek, hoewel ook daar technisch gesproken een reproductie plaats heeft, nl. op het netvlies; om over opslag in de hersenen niet te spreken.) Tegenover dit succes voor degenen die een maximale auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's nastreefden, moest natuurlijk een concessie staan in de vorm van een wettelijke beperking van een zo vergaand reproductierecht. Die kwam er in de vorm van art. 5 lid 1 (nog iets verruimd in leden 2 en 3 van art. 5 SwRI).

---

<sup>50</sup> Vgl. Verkade 2009 (T&C IE), art. 45j, aant. 1b.

<sup>51</sup> Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases. COM (92) 24 final, 13 May 1992, p. 47.

<sup>52</sup> Vgl. ook bijv. de noot onder het bestreden arrest van Krikke in AMI 2012, nr. 17, p. 172.

2.40.3. Ten tijde van de totstandkoming van de DbRI was het (zeer) ruime reproductiebeprijp van de SwRI geen 'auteursrechtbreed' gemeengoed, maar het vond wél meer en meer aanhang. Omdat gebruik van een elektronische databank (nog afgezien van daarin veelal opgenomen programmatuur) technisch gezien ook onvermijdelijke reproductie meebrengt, heeft de DbRI ten deze het systeem van de Softwarerichtlijn gevolgd: enerzijds een zeer ruim reproductiebeprijp, anderzijds een wettelijke beperking daarvan zodat geen (nadere) toestemming nodig is voor het beoogde c.q. normale gebruik van het object.

2.40.4. In de Auteursrechttrichtlijn 2001/29/EG is het (zeer) ruime reproductiebeprijp ten slotte als *uitgangspunt* 'auteursrechtbreed' aanvaard. Vgl. art. 2, aanhef en slot:

'De lidstaten voorzien [...] in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.'

Tegelijkertijd nam de ARI in art. 5 lid 1 de volgende uitzondering<sup>53</sup> op:

'1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel:

a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of

b) een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.'<sup>54</sup>

2.41. Tegen deze achtergrond is de historische strekking van art. 6 DbRI resp. 24a Aw (waartoe ik mij nu weer beperk) dus: het voorkomen van een extra toestemmingsvereiste voor technisch noodzakelijke reproducerende gebruikshandelingen, uitgaande van een overigens 'rechtmatig' en 'normaal' gebruik. Hoe belangrijk ook: een beperkte strekking.

#### 2.D.2. 'Rechtmatige gebruiker' en 'normaal gebruik'

2.42.1. Blijkens de tekst van art. 6 lid 1 DbRI veronderstelt de toepasselijkheid van de beperking een 'rechtmatige gebruiker' en 'normaal gebruik van de inhoud van de databank'.

2.42.2. Dat is niet hetzelfde als: 'gebruik met toestemming van de rechthebbende' en 'binnen de overeengekomen grenzen'.

---

<sup>53</sup> Aan de redactie van de regel als *uitzondering*, en *niet* (zoals in de SwRI en de DbRI) als *beperking*, ligt vanzelfsprekend een fundamentele zienswijze ten grondslag. Vgl. SVV (2005) § 4.14 in fine.

<sup>54</sup> Bij de implementatie van de ARI in de Nederlandse Auteurswet heeft art. 5 lid 1 ARI zijn weerslag gekregen in art. 13a Aw.

2.42.3. De voor de hand liggende reden waarom art. 6 lid 1 DbRI niet in laatstbedoelde zin geredigeerd is, is dat er ook rechtmatige gebruikers kunnen zijn die níét een (licentie-) overeenkomst met de auteursrechthebbende op de databank hebben. Dat doet zich met name voor in het geval van ‘uitputting’ van het recht, doordat een rechtmatig verkregen exemplaar van een (off-line) databank op rechtmatige wijze in handen komt van een opvolgende eigenaar<sup>55</sup>. De EU-wetgever is er – voor de Nederlandse jurist niet verrassend – klaarblijkelijk van uitgegaan dat gebruiksvoorwaarden die een auteursrechthebbende eenvoudig aan een in het verkeer gebracht ‘off-line’-product ‘hangt’ niet binden; en dat in het geval van een (eventueel) wél contractueel gebonden koper van een ‘off-line’-product, diens verplichtingen niet overgaan op een derde verkrijger.

2.43.1. Aldus de voor de hand liggende reden voor de redactie in art. 6 lid 1 DbRI van de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor een beroep op de exceptie.

2.43.2. Het verbaast niet dat in de literatuur vervolgens gespeculeerd wordt over de invulling daarvan. Daarbij lijkt de noodzaak van een *autonome Unierechtelijke invulling* geen issue te zijn. M.i. wordt daarvan terecht uitgegaan.<sup>56</sup>

2.43.3. Volgens Hugenholtz dient de beoordeling van handelingen die kwalificeren als normaal gebruik van de gegevensverzameling, te geschieden:

‘both in the light of the terms and conditions of the user license agreement (recital 34) and, objectively, in the light of normal practice, particularly in cases where a user license is absent.

---

<sup>55</sup> Vgl. art. 4 lid 2 ARI: ‘Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.’

In Nederland geïmplementeerd in art. 12b Aw: ‘Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlending, geen inbreuk op het auteursrecht.’

<sup>56</sup> Vgl. bijv. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11 (LJN BX1467, NJ 2013, 118 m. nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2013, nr. 3, p. 76, Computerrecht 2012, nr.185, p. 429; UsedSoft/Oracle), rov. 39 met verwijzingen naar eerdere rechtpraak: ‘Volgens vaste rechtspraak vereisen de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd [...].’

De tekst van de DbRI verwijst voor de betekenis van het begrip ‘toestemming’ niet naar het nationale recht, terwijl de DbRI mede ten doel heeft verschillen in de door de nationale wetgeving geboden rechtsbescherming weg te nemen.



Acts of browsing and downloading certainly constitute normal use, but are probably already expected as acts necessary to use the database'.<sup>57</sup>

2.43.4. Von Lewinsky legt de nadruk op de licentieovereenkomst en in het bijzonder het oogmerk ('purpose') ervan. Volgens haar wordt toegestaan gebruik voornamelijk bepaald door de licentievoorwaarden, zodat:

'Article 6 (1) covers only those incidental acts that are necessary for the access to the database and for use according to the contract. The Directive considers these acts as economically dependent and therefore as legally irrelevant.'<sup>58</sup>

Ontbreekt een licentieovereenkomst, dan dient de betekenis van normaal gebruik volgens Von Lewinsky worden afgeleid uit objectieve criteria, zoals de gangbare wijze waarop een bepaalde verzameling wordt gebruikt, met inachtneming van de 'prevailing opinion of the relevant public'<sup>59</sup>.

2.44.1. In de onderhavige zaak tussen Ryanair en PR Aviation is geen sprake van een 'off-line' databank en geen sprake van een 'uitputtingssituatie' m.b.t. een stoffelijk voorwerp waarin de databank is vevat. Het gaat om gebruik door PR Aviation van een on-line databank van Ryanair.

2.44.2. Voorts behoort tot de door het gerechtshof te Amsterdam vastgestelde feiten:

'3.4 De website van Ryanair werkt thans zo dat bezoekers moeten aangeven dat zij de gebruiksvoorwaarden op de website van Ryanair accepteren (door het zetten van een vinkje in het daartoe bestemde hokje), alvorens een zoekopdracht te kunnen uitvoeren',

terwijl er blijkens de eveneens vaststaande feiten van moet worden uitgegaan dat gebruik van gegevens als door PR Aviation gemaakt door die gebruiksvoorwaarden (nu juist) niét toegelaten wordt.

2.44.3. Toch heeft het gerechtshof te Amsterdam art. 24a Aw (resp. art. 6 lid 1 DbRI) van toepassing geoordeeld.

2.45.1. Daarmee heeft het hof aan deze bepalingen een uitleg gegeven die de vraag oproept of de in die bepalingen vermelde criteria (rechtmatige gebruiker, normaal gebruik) óók – en wel dwingendrechtelijk, vgl. art. 15 DbRI en art. 24a lid 3 Aw – van toepassing (kunnen) zijn in

---

<sup>57</sup> Hugenholtz in Dreier/Hughenoltz (eds.), *Concise European Copyright Law* (2006), Database Dir., Art. 6, note 2e.

<sup>58</sup> In: M.M. Walter, S. von Lewinski (eds.), *European Copyright Law: a commentary*, Oxford/New York: Oxford University Press (2010), par. 9.6.12, p. 729.

<sup>59</sup> In: M.M. Walter, S. von Lewinski (eds.), o.c., par. 9.6.11, p. 728.

een geval waarin de toegang tot de databank niet onrechtmatig wordt verkregen, maar het gemaakte gebruik ervan afwijkt van de voor die toegang door de houder van de databank gestelde voorwaarden.

Klaarblijkelijk is het hof uitgegaan van een – door de beschikbaarstelling op internet – door Ryanair gegeven impliciete toestemming tot raadpleging van haar databank, wat volgens het hof de rechtmatigheid impliceert. Verder heeft het hof – ampel gemotiveerd – aangegeven dat hij de wijze van gebruik door PR Aviation ‘normaal’ acht. In de opvatting van het hof kan het ‘afvinkvereiste’ ter accordering van door Ryanair gestelde gebruiksvoorwaarden – in verband met het dwingendrechtelijk toegelaten ‘normaal gebruik’ – het handelen van PR Aviation niet als inbreukmakend doen (dis-)kwalificeren.

2.45.2. Bij de bespreking van desbetreffende klachten van Ryanairs cassatiemiddel zal blijken dat ik deze opvatting – hoewel naar mijn mening de historische oorsprong van art. 6 lid 1 DbRI te buiten gaand – niet onverdedigbaar acht, zodat ik op dit punt zal concluderen tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU.

### *3. Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1. Het cassatiemiddel bestaat, afgezien van een bezemklacht, uit één hoofdklacht (onderdeel 1) en een reeks subsidiair aangevoerde klachten (onderdeel 2) met betrekking tot de toepasselijkheid van art. 24a Aw respectievelijk de toepassing ervan in verband met Ryanairs gebruiksvoorwaarden.

3.2. Beide onderdelen richten zich tegen rov. 4.16 t/m 4.23 van het arrest a quo. Ik geef deze overwegingen weer:

‘4.16 Met grief 2 betoogt PR Aviation dat auteursrechtelijke bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter in strijd is met het geharmoniseerde werkbegrip uit richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Pb. L 167/10, ook aangeduid als de Auteursrechtlijn) en met artikel 3 lid 1 van de DbRI. PR Aviation beroept zich daarbij op het arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2009 in zaak C-5/08 (Infopaq International A/S tegen Danske Dagblades Forening). In haar visie dwingt richtlijnconforme interpretatie van artikel 10 Auteurswet ertoe dat het auteursrecht slechts kan gelden voor oorspronkelijke werken. Met grief 3 betoogt PR Aviation dat de digitale informatie van Ryanair in elk geval niet is te beschouwen als een geschrift waarvoor de bescherming van artikel 10 Auteurswet geldt. Naar volgt uit de beoordeling van grief 6 hierna behoeven deze grieven geen afzonderlijke bespreking. Met grief 6 betoogt PR Aviation dat, ook als Ryanair een auteursrecht op de digitale gegevens zou toekomen, PR Aviation daarop geen inbreuk maakt, nu het haar op grond van artikel 24a

Auteurswet vrijstaat gebruik te maken van de gegevensverzameling. Naar het oordeel van het hof slaagt deze grief. Daartoe overweegt het hof het volgende.

4.17 Op grond van artikel 24a lid 1 Auteurswet wordt niet als inbreuk op het auteursrecht op een verzameling als bedoeld in artikel 10 lid 3 van deze wet beschouwd de veelelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige gebruiker van de verzameling, die noodzakelijk is om toegang te verkrijgen tot en normaal gebruik te maken van de verzameling.

4.18 Niet in geschil is dat de vluchtgegevens die via de website van Ryanair openbaar worden gemaakt, een systematisch en methodisch geordende en afzonderlijk met elektronische middelen toegankelijke gegevensverzameling vormen in de zin van artikel 10 lid 3 Auteurswet.

4.19 Het hof constateert verder dat Ryanair deze gegevens op het internet (kosteloos) openbaar toegankelijk maakt en dat PR Aviation daar, net als andere bezoekers van de website, gebruik van maakt. Naar het oordeel van het hof handelt PR Aviation daarbij niet onrechtmatig, ook niet door in strijd met de gebruiksvoorwaarden van Ryanair op commerciële basis gebruik te maken van de Ryanair-website en het computersysteem waarop de website draait. Allereerst gaat het hier niet om een online databank waartoe slechts op basis van een licentie of ander gebruiksrecht in eigenlijke zin toegang kan worden verkregen. Verder is er geen sprake van een inbreuk op een aan Ryanair toekomend eigendomsrecht, zoals Ryanair stelt. Het hof merkt daarbij op dat het hier niet gaat om handelingen zoals het op grote schaal verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten ("spam") aan of via de systemen van Ryanair of om andere voor Ryanair belastende of hinderlijke gedragingen, maar om het per zoekvraag van een klant opvragen van relevante gegevens, zoals de klant dat zelf ook zou kunnen doen. Van het doorbreken of omzeilen van technische beveiligingsmaatregelen is evenmin sprake. Verder staat vast dat PR Aviation aan haar klant exact dezelfde kale ticketprijs doorgeeft als die op de website van Ryanair wordt getoond. Op het moment dat de klant besluit de vlucht via PR Aviation te boeken, brengt PR Aviation haar bemiddelingskosten separaat in rekening. Over de ticketprijzen van Ryanair en de bemiddelingskosten van PR Aviation laat zij dus geen misverstand bestaan. Dat de Ryanair-website de klant de mogelijkheid biedt om enkele aanpassingen te maken in de totaalprijs van de vlucht (bijvoorbeeld door ervoor te kiezen geen bagage mee te nemen en online in te checken en te kiezen voor een betaalwijze met lage verwerkingskosten), terwijl de websites van PR Aviation niet dezelfde mogelijkheid bieden en op dit punt vaste tarieven hanteren, acht het hof van onvoldoende betekenis, te meer omdat de klant de vrijheid heeft om na het proces van zoeken en vergelijken van ticketprijzen te kiezen voor het boeken van een vlucht via PR Aviation of rechtstreeks via de website van Ryanair. Dat PR Aviation door haar handelwijze de reputatie van Ryanair als goedkoopste luchtvaartmaatschappij schaadt, zoals Ryanair stelt, valt daarom niet in te zien. Evenmin kan worden gezegd dat PR Aviation het Ryanair onmogelijk maakt om reizigers die via de website van PR Aviation boeken aanvullende diensten van haar eigen partners aan te bieden. Om te beginnen heeft de klant, zoals hiervoor is opgemerkt, de vrijheid om na gebruik van het zoek- en vergelijkingssysteem van PR Aviation te boeken via haar website of rechtstreeks bij Ryanair. Verder is onbetwist dat, ook als de klant de boeking via de website van PR Aviation verricht, de aanvullende diensten van de partners van Ryanair worden getoond op het moment dat de luchtvaartmaatschappij een bevestigingsbericht aan de klant stuurt. Gelet op dit alles moet PR Aviation als rechtmatige gebruiker van de Ryanair-website worden beschouwd.

4.20 Dat Ryanair in haar gebruiksvoorwaarden het gebruik van haar website voor commerciële doeleinden heeft verboden, maakt het voorgaande overigens ook niet anders. Artikel 24a lid 3 Auteurswet bepaalt immers dat bij overeenkomst niet ten nadele van de rechtmatige gebruiker kan worden afgeweken van het eerste lid van dit artikel. Met deze dwingendrechtelijke bepaling zou niet te verenigen zijn dat een beding in de gebruiksvoorwaarden van de auteursrechthebbende, zoals hier aan de orde, eraan in de weg zou staan om van gebruik door een rechtmatige gebruiker in de zin van dit artikel te kunnen spreken.

4.21 De verveelvoudiging die door PR Aviation wordt vervaardigd, bestaat eruit dat per zoekopdracht van een klant enkele vluchtgegevens van de website van Ryanair (tijdelijk) worden overgenomen (ervan uitgaande dat er een vlucht van Ryanair is die aan de zoekvraag van de klant beantwoordt), om deze gegevens in een overzicht aan de klant te tonen en, indien de klant ervoor kiest de geselecteerde vlucht via de website van PR Aviation te boeken, het boekingsproces verder te doorlopen. Duidelijk is dat die verveelvoudiging noodzakelijk is om op deze wijze toegang tot de gegevensverzameling van Ryanair te hebben en daarvan gebruik te kunnen maken. Dat de gegevensverzameling via de website van Ryanair voor iedere gebruiker toegankelijk is, maakt niet dat de overname van gegevens door PR Aviation met het hiervoor beschreven doel niet als noodzakelijk kan worden beschouwd. Daarbij weegt mee dat PR Aviation met de door haar aangeboden dienst gebruik maakt van normale mogelijkheden tot raadpleging van de gegevensverzameling en daarmee in een gerechtvaardigde behoefte van consumenten om goedkope aanbiedingen voor luchtvervoer te vinden voorziet.

4.22 Naar het oordeel van het hof is ten slotte ook sprake van normaal gebruik van de gegevensverzameling. Zoals hiervoor al vermeld, worden per zoekopdracht van een klant vluchtgegevens opgevraagd, zoals de klant dat zelf ook zou doen als hij rechtstreeks gebruik zou maken van de Ryanair website. PR Aviation stelt terecht dat de overname van gegevens daarbij geschiedt in overeenstemming met het eigenlijke doel van de openbare beschikbaarstelling van de gegevens door Ryanair, namelijk het verschaffen van informatie over haar vluchten aan consumenten en het gebruik van die informatie door consumenten voor het verrichten van een boeking. Dat het gebruik door PR Aviation strijdig is met de beperkingen die Ryanair in haar gebruiksvoorwaarden stelt, doet daaraan niet af. Daarbij is nog van belang dat, zoals in r.o. 4.19 is overwogen, niet valt in te zien dat PR Aviation door dit gebruik de reputatie van Ryanair schaadt en/of Ryanair de mogelijkheid onthoudt om zelf aanvullende diensten te verkopen. Ten slotte mag niet over het hoofd worden gezien dat PR Aviation door haar informatie- en bemiddelingsdiensten potentiële reizigers op het aanbod van Ryanair wijst, boekingen faciliteert en daarmee Ryanair ook klanten bezorgt.

4.23 Het voorgaande leidt het hof tot de conclusie dat, ook als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de door Ryanair openbaar gemaakte digitale informatie onder de geschriftenbescherming ex artikel 10 lid 1 Auteurswet valt, PR Aviation met haar handelwijze geen inbreuk maakt op het alsdan aan Ryanair toekomende auteursrecht. Anders dan de rechtbank heeft aangenomen, zijn de op die grondslag gebaseerde vorderingen van Ryanair dus evenmin toewijsbaar. Op de vraag of sprake is van een inbreuk op de geschriftenbescherming in de zin van bewijsbare ontlening van gegevens door PR Aviation, welke vraag in grief 4 aan de orde wordt gesteld, behoeft daarom niet meer te worden ingegaan. De grieven 5 en 7, waarin PR Aviation een beroep heeft gedaan op het citaatrecht ex artikel 15a Auteurswet en het tijdelijke reproductierecht ex artikel 13a Auteurswet, behoeven gelet op het voorgaande, bij gebrek aan belang, verder ook geen bespreking.

3.3. Ryanairs cassatiemiddel bestrijdt primair 's hofs afwijzing van Ryanairs geschriftenrechtelijke vordering op de grond dat het PR Aviation op de voet van art. 24a lid 1 Aw vrijstaat om gebruik te maken van Ryanairs gegevensverzameling (onderdeel 1) en subsidiair de toepassing van art. 24a Aw (onderdeel 2).

3.4. Het hof is veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat Ryanairs gegevensverzameling bescherming kan genieten onder het geschriftenbeschermingsregime (eerste volzin van rov. 4.23 van het arrest a quo). Het middel bestrijdt het op die veronderstelling berustende oordeel dat art. 24a Aw in de weg staat aan geschriftenrechtelijke bescherming.

3.5. PR Aviation heeft hiertegen twee preliminaire verweren gevoerd: (i) Ryanairs cassatiemiddel gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest en (ii) de Nederlandse geschriftenbescherming kan naar de stand van het Unierecht niet langer met succes in rechte worden ingeroepen, dus ook niet door Ryanair.

3.6. In de inleiding preludeerde ik al op het (meest verstrekkende) preliminaire verweer (ad ii). Bij gegrondbevinding ervan kan een eventuele onjuiste toepassing van art. 24a Aw niet tot een voor Ryanair gunstiger uitkomst leiden en mist Ryanair belang bij de voorgestelde klachten.

3.7.1. Ryanair weerspreekt dit preliminaire verweer. Zij meent dat bij gebreke van een daarop gericht incidenteel cassatiemiddel van de geldigheid/toepasselijkheid van de geschriftenbescherming moet worden uitgegaan. Zij meent voorts dat een juridische variant van de hypothetische feitelijke grondslag ('hypothetische juridische grondslag') zich in cassatie niet laat denken (s.t. par. 3.4.8). Zij verwijst daarbij naar rov. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2010<sup>60</sup> (Willems/Poort c.s.) en naar Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), Cassatie, nr. 170.

3.7.2. Ryanair ziet allereerst over het hoofd dat de door het hof veronderstellenderwijs aangenomen geschriftenbescherming thans niet wordt onderzocht met het oog op de mogelijke vernietiging van dat oordeel of de verwerping van een daarop gerichte klacht, hetgeen inderdaad een daarop toegespitst incidenteel beroep veronderstelt<sup>61</sup>, doch enkel in verband met de beoordeling van de door Ryanair aangevoerde klacht tegen de op de voornoemde veronderstelling voortbouwende grond. Voor dat laatste is niet vereist dat PR

---

<sup>60</sup> LJN BK 5999, NJ 2012, 126 m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPr 2010, 29 m.nt. A. Steneker, JOR 2010, 116 m.nt. I. Spinath.

<sup>61</sup> Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), Cassatie, nr. 148, p. 318..

Aviation's hofs veronderstelling in cassatie met een incidenteel middel heeft bestreden: wordt de geschriftenbescherming in cassatie door de Hoge Raad niet van toepassing geacht, dan kan dat alleen leiden tot het oordeel dat Ryanair bij de laatstgenoemde klacht belang ontbeert, en niet tot partiële vernietiging van het arrest van het hof.

3.7.3. De verwijzingen naar het arrest Willems/Poort c.s. van 2010 en naar Veegens-Korthals Altes-Groen, nr. 170, baten Ryanair niet. In Willems/Poort c.s. heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het cassatiemiddel (evenals het arrest van het hof) gebaseerd was op een onjuiste veronderstelling over art. 3:269 BW jo. art. 514-529 Rv., en dat het middel dáárom niet tot cassatie kon leiden. In dit arrest heeft de Hoge Raad zich geenszins uitgesproken over het beroep op een door het hof in het midden gelaten juridische grondslag in het algemeen.

3.7.4. De verwijzing naar Veegens-Korthals Altes-Groen, nr. 170, spreekt Ryanairs standpunt zelfs tegen. Daar is immers te lezen:

‘Wanneer de lagere rechter bij wijze van hypothese uitgaat van de juistheid van een juridische stelling maar oordeelt dat deze stelling de procespartij die haar heeft geponeerd, op andere gronden toch niet kan baten, kan de Hoge Raad een tegen die andere gronden gericht cassatiemiddel buiten beschouwing laten, indien de door de lagere rechter bij wege van veronderstelling als juist aangemerkte stelling naar het oordeel van de Hoge Raad niet juist is’.

3.8. Er blijft dus reden om eerst te onderzoeken of Ryanair – om de door PA Aviation aangegeven reden – wel belang heeft bij het cassatieberoep. Of Ryanair zou zijn uitgegaan van een onjuiste lezing van het arrest komt aan de orde bij de (door mij subsidiair gegeven) inhoudelijke bespreking van de twee onderdelen van het middel.

*3.A. Belang bij het cassatieberoep; bestaat de ‘geschriftenbescherming’ nog?*

3.9. Ter beantwoording staat de vraag of de geschriftenbescherming naar de laatste stand van het Unierecht houdbaar is.

3.10. PR Aviation betoogt dat de geschriftenbescherming bij inwerkingtreding van de ARI ten grave gedragen had moeten worden, en dat dit (nog eens) is onderstreept door het Football Dataco-arrest van het HvJEU.

Ryanair meent daarentegen dat de wetgever bij implementatie van de DbRI bewust de geschriftenbescherming heeft gehandhaafd en dat richtlijnconforme interpretatie niet vergt dat de wet contra legem wordt uitgelegd, zodat de geschriftenbescherming nog niet hoeft te ‘worden bijgezet in de grafkelder van achterhaalde rechtsfiguren’<sup>62</sup>. Daarnaast stelt Ryanair

---

<sup>62</sup> S.t. par. 3.4.16, p. 26.

zich op het standpunt dat de geschriftenbescherming een hybride rechtsfiguur is, en (ook) om die reden niet getroffen wordt door de ARI of de daarop gebaseerde rechtspraak van het HvJEG/EU.

3.11. In het reeds besproken Football Dataco-arrest is beslist dat bij de vaststelling of een databank auteursrechtelijke bescherming geniet, geen andere criteria mogen worden gehanteerd dan het oorspronkelijkheids criterium. Aan dat criterium is voldaan, zo overwoog het Hof van Justitie, wanneer de maker bij de keuze of de rangschikking van de gegevens van de databank zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes, maar niet wanneer technische overwegingen, regels of beperkingen geen ruimte voor creatieve vrijheid laten (rov. 38 t/m 40). De slotsom was dat de ARI zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die aan databanken auteursrechtelijke bescherming biedt onder andere voorwaarden dan die van de ARI (rov. 52).

3.12. De argumenten van PR Aviation komen overtuigend voor. In de (in nr. 2.17 en 2.28 genoemde) vakliteratuur wordt overwegend aangenomen dat ARI-conforme uitleg van art. 10 lid 1 onder 1<sup>o</sup> Aw meebrengt dat een beroep in rechte op de geschriftenbescherming niet langer gehonoreerd kan worden. Het antwoord van het HvJEU op de tweede prejudiciële vraag in het Football Dataco-arrest laat (behoudens de hier niet toepasselijke overgangsrechtelijke regeling) geen ruimte voor nationale regelingen die hiervan afwijken. In de voor ons liggende zaak lijkt dan ook een taak te zijn weggelegd voor de nationale hoogste rechter om als *juge de droit commun* bij te dragen aan de verwezenlijking van het Unierecht<sup>63</sup>.

3.13. Naar vaste rechtspraak van het HvJ EG/EU dient de rechter nationaal recht bij de toepassing ervan 'zoveel mogelijk' uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante richtlijn<sup>64</sup>. Van de nationale rechter wordt derhalve gevraagd dat hij 'binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling'<sup>65</sup>. Dat lijkt een actieve en

---

<sup>63</sup> Vgl. M.W. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht (2001), p. 14.

<sup>64</sup> Standaardarresten zijn HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, Jur. p. 1891 (Colson); HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jur. p. I-4135, NJ 1993, 163 (Marleasing). Zie nader bijv. K. Lenaerts, P. van Nuffel, Europees Recht (2011), p. 639.

<sup>65</sup> HvJ EG 4 juli 2004, C-212/04, Jur. p. I-6067, Adeneler, rov. 115.

grensverkennende opstelling te vergen waarbij de rechter naar de (uiterste) uitlegmogelijkheden van het recht zoekt om richtlijnconformiteit te verwezenlijken.

3.14. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie is niet onbegrensd. Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, kunnen meebrengen dat de verplichting om richtlijnconform uit te leggen ‘niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht’<sup>66</sup>. Waar de grens precies ligt, lijkt iets makkelijker aan te geven in een strafrechtelijke context (uitleg mag niet leiden tot uitbreiding van het bereik van een strafbepaling zonder duidelijke voorafgaande wettelijke grondslag) dan bij toepassing van burgerlijk recht. A-G Keus heeft hierover opgemerkt:

‘Minder streng lijkt het Hof als het gaat om de in het rechtszekerheidsbeginsel gelegen begrenzing van de richtlijnconforme interpretatie van nationale voorschriften van burgerlijk recht. In die context lijkt het rechtszekerheidsbeginsel daar de grens te leggen, waar richtlijnconforme interpretatie in een “uitlegging contra legem” zou ontaarden. Die term is op zichzelf al opmerkelijk, omdat een nationale wet, indien zij wordt uitgelegd zoals rechtens is geboden, strikt genomen niet met zichzelf in strijd kan zijn. De bedoeling is echter duidelijk: de grens ligt in elk geval daar waar een richtlijnconform resultaat onmogelijk nog als een uitkomst van uitleg van het betrokken nationale voorschrift kan worden voorgesteld. Prechal heeft het ooit aldus uitgedrukt dat de nationale rechter niet van een koe een hond behoeft te maken. Die grens blijkt niettemin een grote ruimte voor richtlijnconforme interpretatie te laten.’

3.15. Bij dat laatste wijst A-G Keus op het reeds genoemde arrest Marleasing. Die zaak betrof een vennootschapsrechtelijke richtlijn waarin limitatief was opgesomd op welke gronden de nietigheid van een vennootschap kon worden uitgesproken. Spaans vennootschapsrecht voorzag (nog) in een andere, niet in die opsomming voorkomende nietigheidsgrond. Toen op deze grond nietigverklaring van een Spaanse vennootschap werd gevorderd en daarover een prejudiciële vraag werd gesteld, benadrukte het HvJ EG dat richtlijnconforme uitleg ertoe dient ‘te voorkomen dat de nietigheid van een naamloze vennootschap wordt uitgesproken op een andere dan de in artikel 11 genoemde gronden’ (rov. 13) en zelfs eraan in de weg staat dat nationaal recht met dat resultaat wordt uitgelegd (rov. 9).

3.16. Indien de bedoeling van de wetgever moet worden vastgesteld bij de toepassing van een nationale regeling die speciaal is vastgesteld ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren, ‘moet de rechter er van uitgaan dat de lidstaat, wanneer hij eenmaal gebruik heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken

---

<sup>66</sup> Vgl. bijv. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, Jur. p. I-6057 (Adeneler), rov. 110; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, LJV BV2814, NJ 2012, 154 (Dominguez).



richtlijn voortvloeiende verplichtingen'. Zie HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (Pfeiffer)<sup>67</sup>, rov. 112-113; HvJ EG 16 december 1993, C-334/92 (Wagner/Meret)<sup>68</sup>, rov. 20.

3.17. Dat uit 'voorstukken' van een nationale regel gegevens voortvloeien die aanleiding zouden geven tot een andere dan richtlijnconforme uitleg, laat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie onverlet: HvJEG 29 april 2004, C-371/02 (Björnekulla/Procordia)<sup>69</sup>, rov. 13.

3.18. Overeenkomstig deze uitgangspunten oordeelde de Hoge Raad in een auteursrechtzaak bij arrest van 21 september 2012 (Aci Adam e.a./Stichting De Thuis kopie)<sup>70</sup>:

'5.1.3 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de meergenoemde implementatiewet blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrecht richtlijn, terwijl de bewoordingen van art. 16c lid 1 Aw ruimte laten zowel voor de door Thuis kopie en het hof voor juist gehouden uitleg als voor de door ACI c.s. verdedigde uitleg. Bij die stand van zaken was het hof bevoegd en gehouden art. 16c lid 1 Aw richtlijnconform uit te leggen, ook indien art. 5 lid 2 ARI aldus zou moeten worden uitgelegd dat de daarin neergelegde beperking van het auteursrecht geen betrekking heeft op kopiëren uit illegale bron. Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat.'

3.19. In dit verband valt ook te wijzen<sup>71</sup> op een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 10 augustus 2007<sup>72</sup>, waarin is overwogen:

'3.4. [...] Dit [de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, toevoeging A-G] brengt mee dat de nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan dat de Staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen (Hof van Justitie EG, 16 december 1993, Wagner/Meret, C-334/94, jurisprudentie blz. I-06911). Evenbedoelde verplichting kan mitsdien niet afstuiten op het resultaat van een wetshistorische uitlegging van de betrokken nationale bepaling, indien de bewoordingen van die bepaling een uitlegging toelaten die deze bepaling in overeenstemming doet zijn met de richtlijn. Het beginsel van de rechtszekerheid verlangt in dat geval dat de justitiabele die reden vindt zich nader te oriënteren omtrent de betekenis en reikwijdte van de wettelijke bepaling, met voorbijgaan aan het bepaalde in artikel 249 EG moet kunnen afgaan op uitsluitend de gevolgtrekkingen die hij meent te kunnen

<sup>67</sup> LNJ AR5022, Jur. p. I-8835, NJ 2005, 333 m.nt. Mok, AB 2005, 16 m.nt. RW, JAR 2004, 261.

<sup>68</sup> Jur. p. I-6911.

<sup>69</sup> Jur. p. I-5811.

<sup>70</sup> LNJ BW5879, NJ 2012, 532, AB 2012, 367 m.nt. Widdershoven.

<sup>71</sup> Zoals PR Aviation bij s.t., p. 17-18 heeft gedaan.

<sup>72</sup> LNJ BB0870, BNB 2007, 227 m.nt. Bijl.

baseren op toelichtingen en uitspraken die zijn gegeven of gedaan in het proces van het tot stand brengen van de wettelijke regeling. Dit is slechts anders indien in zulke toelichtingen of uitspraken ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen daartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten.’

3.20. Over de hiervoor besproken rechtspraak merkte A-G Wissink in zijn conclusie vóór HR 5 april 2013 (Albron/FNV)<sup>73</sup> op:

‘2.10 Zoals uit de hiervoor geciteerde rechtspraak van Uw Raad al blijkt, is de mogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie in belangrijke mate afhankelijk van de tekst en (omzettings) strekking van de wet en van de parlementaire geschiedenis ervan. De bedoeling om de richtlijn correct om te zetten lijkt in beginsel zwaarder te wegen dan eventuele opvattingen van de wetgever omtrent de uitleg van de richtlijn. Toepassing van dit gezichtspunt kan echter problematisch zijn wanneer de opvatting van de wetgever over de betekenis van de om te zetten richtlijn haar sporen heeft nagelaten in de tekst (en/of het daaruit blijvende stelsel) van de omzettingwetgeving. In dat geval kan de wettekst een belemmering vormen voor een richtlijnconforme uitleg. Daartegenover staat weer dat de wettekst niet los kan worden gelezen van haar totstandkomingsgeschiedenis en strekking. De vraag of de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat, kan dan ook niet (steeds) alleen aan de hand van woordenboek worden bepaald. Daarbij zullen ook andere overwegingen een rol kunnen spelen. Een en ander maakt het wellicht niet makkelijker om de grenzen van de mogelijkheid van richtlijnconforme uitleg a priori af te bakenen, maar laat wel toe deze grenzen met inachtneming van alle relevante overwegingen vast te stellen. In de rechtspraak zijn dan ook verschillende uitkomsten bereikt, in de gevallen waarin kwestieus was of de tekst van de wet een richtlijnconforme uitleg toeliet.’

3.21. Uit de door A-G Wissink vervolgens geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad (waaronder het oordeel van de HR dat de formulering van de wet niet steeds beslissend is voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is<sup>74</sup>), leidt hij af:

‘2.14 [...] Inderdaad kan de vraag of een uitleg contra legem is, naar Nederlands recht niet (steeds) worden beantwoord alleen op basis van de (aan de hand van het woordenboek te bepalen) tekst van de wet. Een wettekst kan minder eenduidig kan blijken te zijn, dan zij op het eerste gezicht voorkomt. En inderdaad moet de rechter het gehele uitleginstrumentarium benutten. Maar hierbij moet wel worden bedacht dat het gebruikelijke uitleginstrumentarium moet worden ingezet om zo veel mogelijk een richtlijnconform resultaat te bereiken. Omdat de rechter moet bezien of een richtlijnconform resultaat mogelijk is (en de uitlegexercitie voor hem in zoverre dus niet “vrij” is), kan de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van invloed zijn op het gewicht dat aan bepaalde argumenten toekomt. Gezien de meer recente rechtspraak van Uw Raad over richtlijnconforme interpretatie in het privaatrecht [...<sup>75</sup>], lijkt voorstelbaar dat thans minder dan in het verleden gewicht toekomt aan het argument als zodanig (dus: los van andere argumenten), dat de wetgever ten aanzien van een concreet punt

<sup>73</sup> LJN BZ1780, JAR 213, 125 m.nt. Beltzer.

<sup>74</sup> HR 9 december 2011, CW 2629, LJN BU7412, NJ 2013, 273 m.nt. Hijma, rov. 3.5.

<sup>75</sup> Het voornoemde arrest Aci Adam e.a./Stichting De ThuisKopie (mijn toevoeging, A-G Verkade).

een bepaalde opvatting had over de betekenis van de richtlijn, wanneer die opvatting achteraf onjuist blijkt te zijn. De tekst van de wet blijft onverminderd van belang, zij het dat deze blijkens het arrest van 9 december 2011 niet allesbepalend is. Het lijkt voorstelbaar dat in gevallen waarin betwijfeld kan worden of tekst (en eventueel parlementaire geschiedenis) in de weg staan aan een richtlijnconforme uitleg, een groter gewicht toekomt aan de gevolgen van de een of andere mogelijke uitleg van die bepaling. Dat gezichtspunt kan zowel vóór (vgl. Stichting De Thuiskopie/Opus Supplies Deutschland e.a.) als tegen een richtlijnconforme uitleg pleiten (vgl. Pink Floyd/Rigu Sound en [De T.]/Dexia).’

### 3.22. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak (HR 5 april 2013 (Albron/FNV)):

‘3.7 [...] De formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is (HR 9 december 2011, LJN BU7412). Dit klemmt temeer in het onderhavige geval, gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2 en 3.4.3 is overwogen en in aanmerking genomen dat de onderhavige bepaling speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. Aan die bewoordingen komt te minder betekenis toe nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:663, zoals hiervoor in 3.6.1 - 3.6.6 weergegeven, volgt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen, beoogde de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht, en dat hij daarbij een geval als het onderhavige niet voor ogen heeft gehad. Bij deze stand van zaken heeft het hof zich terecht niet van een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW laten weerhouden door de bewoordingen waarin dit artikel is geformuleerd, en evenmin door het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van uitleg van het nationale recht contra legem.’

### 3.23. Wat brengt dit mee voor de onderhavige zaak?

3.24. Grammaticale uitleg van art. 10 lid 1 sub 1 Aw wijst niet in de richting van een ‘lex’ die zich keert ‘contra’ het onderbrengen van onpersoonlijke geschriften onder de Unierechtelijke (Football Dataco-arrest) auteursrechtelijke toets. Grammaticaal kunnen de woorden ‘alle andere geschriften’ (net als de in art. 10 lid 1 sub 1 Aw genoemde ‘boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften’ en net als voor andere werksoorten geldt) immers beperkt zijn tot objecten die aan de auteursrechtelijke werktoets voldoen<sup>76</sup>; nog daargelaten of de formulering van de bepaling, waaronder het woordje ‘alle’, al beslissend mag zijn voor de uitleg ervan.

3.25. Wetshistorisch is er onmiskenbaar sprake van een wil van de wetgever van 1912.

Uit de jurisprudentie van het HvJEG/EU volgt evenwel dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie eraan in de weg staat dat de uitleg van nationaal recht (op grond van de bewoordingen van de nationale bepaling of de wetsgeschiedenis ervan) tot gevolg heeft dat de Unierechtelijke normen niet geëerbiedigd worden.

---

<sup>76</sup> In deze zin ook A. Ringnalda, noot onder Football Dataco-arrest, IER 2013, nr. 3, p. 23 (27).

3.26.1. Voor de uit de parlementaire geschiedenis van de implementatie van de DbRI blijkende bedoelingen van de wetgever geldt niet anders. Bovendien moet die bedoeling ook nog eens uitgelegd worden.

3.26.2. Het (tegen)argument van Ryanair, dat de wetgever bij implementatie van de DbRI bewust de geschriftenbescherming heeft gehandhaafd, is op zichzelf juist, maar leidt niet tot de gevolgtrekking dat het buiten toepassing laten van de geschriftenbescherming indruist tegen de uitdrukkelijke of voorbehoudloze bedoeling van de wetgever.

3.27.1. De parlementaire geschiedenis van de Dw (implementatie van de DbRI) heeft zich immers afgespeeld vóórdat het Europees geharmoniseerd werkbegrip Europees ontstond. De ARI is pas op 1 september 2004 in werking getreden. En pas daarna is rechtspraak van het HvJ verschenen, waarin – tot verrassing van menigeen<sup>77</sup> – de minimumdrempel voor auteursrechtelijke bescherming van auteursrechtelijk te beschermen werken werd ontwikkeld, en waarmee de ontoelaatbaarheid van geschriftenbescherming als auteursrechtelijke variant, bleek.

De wetgever heeft bij de implementatie van DbRI derhalve eenvoudigweg geen rekening gehouden en ook moeilijk kunnen houden (net zo min als de HR in het El Cheapo-arrest van 2002) met de harmoniserende werking die de (bij de implementatie van de DbRI bovendien nog in een voorbereidende fase verkerende) ARI blijkens arresten als Infopaq-I en Football Dataco zou blijken te gaan meebrengen voor de auteursrechtelijke drempelisen, mede voor databanken.

3.27.2. Uit de parlementaire geschiedenis van de Dw laat zich dus allerm minst een wens van de wetgever afleiden om zich aan het effect van geharmoniseerd op databanken toepasselijk auteursrecht te onttrekken, en zelfs niet (als dat al relevant zou zijn) een wens om het er ‘op aan te laten komen’. De wetgever heeft bij de implementatie van de DbRI niet meer en niet minder dan een naderhand verkeerd gebleken inschatting gemaakt. Een dergelijke niet optimaal gebleken ‘clairvoyance’ laat zich echter niet gelijk stellen met of kwalificeren als een keuze om een van Europees harmoniserend recht afwijkende koers te gaan, laat staan te blijven varen.

---

<sup>77</sup> Vgl. de noot van P.B. Hugenholtz, NJ 2011, 289, onder HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, NJ 2011, 288 (Infopaq I) en HvJEU 22 december 2010, C-393/09, LJN BP0405 (BSA): ‘Tot voor kort werd algemeen aangenomen dat ook het werk – het object van het auteursrecht – zich goeddeels aan harmonisatie had weten te onttrekken. [...] Deze illusie van nationale autonomie is door de hierboven afgedrukte twee arresten wreed verstoord.’

3.27.2. Voor zover Ryanair zou willen betogen dat de wetgever bij de implementatie van de ARI niet teruggekomen is van het bij de implementatie van de DbRI ingenomen positie over (verwachte) handhaafbaarheid van de geschriftenbescherming voor databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd, en voor zover Ryanair dááruit nog een ‘contra-*legem*’-argument zou willen afleiden, gaat dat argument – om dezelfde redenen – evenmin op.

3.28. Met PR Aviation denk ik dus dat art. 10 lid 1 onder 1 Aw en hetgeen gedurende de totstandkoming van de DbRI-implementatiewet over de geschriftenbescherming is gezegd, in ieder geval niet (langer) als maatgevende uitdrukkelijke en actuele wil van de wetgever kan worden beschouwd. Daarmee ontvalt de grond aan de tegenargumentatie, en blijft van Ryanairs desbetreffend betoog weinig over.

3.29.1. Hierboven<sup>78</sup> bleek dat de Nederlandse regering in de ontwikkeling van de jurisprudentie door het HvJEU aanleiding heeft gezien om (i) advies te vragen aan de Commissie Auteursrecht, die geconcludeerd heeft dat er inderdaad geen plaats meer is voor geschriftenrechtelijke bescherming van databanken, en (ii) om – vooralsnog bij wege van consultatie – voor te stellen de Auteurswet in die zin te wijzigen dat de geschriftenbescherming geheel wordt afgeschaft.

3.29.2. Valt aan het zo juist bedoelde initiatief tot nadere wetgeving (dat nog niet in daadwerkelijke nieuwe Nederlandse wetgeving heeft geresulteerd) een argument te ontlennen tégen een oordeel van de *rechter* – zoals nu van de Hoge Raad – over de houdbaarheid van een beroep op geschriftenbescherming voor een databank als die van Ryanair?

3.29.3. Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EG/EU – en van de Hoge Raad zelf – blijkt m.i. dat zulks niet het geval is. De verplichting van de nationale wetgever om de wetgeving in overeenstemming te doen zijn met geharmoniseerd Unierecht, ontslaat de rechter immers niet van de plicht om ook van zijn kant zo veel mogelijk aan dit doel bij te dragen.

Zoals hierboven aangegeven, zou de Hoge Raad daar mee niet de grens van een *contra legem*-uitleg van de Auteurswet overschrijden.

3.30.1. Van de kant van Ryanair is er nog op gewezen<sup>79</sup> dat afschaffing van c.q. verwerping van een aanspraak op geschriftenbescherming (toch) niet geïndiceerd is, omdat de (Nederlandse) geschriftenbescherming een overwegend mededingingsrechtelijk karakter zou

---

<sup>78</sup> Vgl. nrs. 2.32-2.34.

<sup>79</sup> Vgl. s.t. namens Ryanair, nr. 3.4.14.

hebben en dat deze bescherming (gelet op overweging 52 van de considerans van de DbRI) daarom nog steeds Unierechtelijk onderdak zou kunnen krijgen.

3.30.2. Ik lees dit niet in genoemde overweging 52. Daar komt bij dat de inhoud van de considerans naar vaste rechtspraak niet prevaleert boven het lichaam van een richtlijn<sup>80</sup>.

3.30.3. Aan de hier (nr. 3.30.2) bedoelde *Unierechtelijke* rechtsvragen behoeft evenwel niet te worden toegekomen, indien de Hoge Raad van oordeel is dat de geschriftenbescherming volgens de Auteurswet niét een (overwegend) mededingingsrechtelijke regeling, maar een (overwegend) auteursrechtelijke regeling is.

3.31.1. Zoals eerder aangegeven<sup>81</sup>, valt eerdere rechtspraak van de Hoge Raad dienaangaande bezwaarlijk anders te lezen dan in laatstbedoelde zin. Ik kan mij niet goed voorstellen dat (en waarom) de Hoge Raad thans op dit punt zou willen ‘omgaan’.

Ik wijs er – terzijde – nog op dat de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie niet alleen is uitgegaan van het auteursrechtelijk karakter van de geschriftenbescherming, maar bovendien heeft laten zien dat Nederland nog een afzonderlijk mededingingsrechtelijk leerstuk(je) – op basis van art. 6:162 BW – (mede) ten aanzien van bescherming van geschriften kent<sup>82</sup>.

3.31.2. De hier bedoelde vraag van kwalificatie van de geschriftenbescherming in de Auteurswet als een auteursrechtelijke, dan wel mededingingsrechtelijke regeling, is m.i. een vraag van nationaal recht, en daarom geen kwestie die zich leent voor prejudiciële vraagstelling aan het HvJEU.

3.32. Voor het geval uw Raad oordeelt dat Ryanair niettemin (nog) de geschriftenbescherming kan inroepen, en/of voor het stellen van vragen als boven bedoeld geen grond bestaat, bespreek ik hieronder beide middelonderdelen.

### *3.B. Onderdeel 1: toepasselijkheid van art. 24a Aw*

3.33. Onderdeel 1 omvat één algemene klacht in subonderdeel 1.1, toegelicht en uitgewerkt in subonderdelen 1.2 t/m 1.6. Volgens subonderdeel 1.1 getuigt ’s hofs oordeel van een onjuiste rechtsopvatting, omdat art. 24a Aw alleen van toepassing zou zijn op de verzameling

---

<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 november 2005, C-135/04 (Deutsches Milch-Kontor), Jur. p. I-10095, rov. 32.

<sup>81</sup> Vgl. voetnoot 40.

<sup>82</sup> Ik doel op HR 20 november 1987, NJ 1988, 311 m.nt. LWH (Staat/Den Ouden). Dat het beroep op art. 6:162 (oud: 1401) BW in dat geval faalde, doet aan het bovenstaande niet af.

als zelfstandig werk als bedoeld in art. 10 lid 3 Aw, en niet op de daarin opgenomen werken, gegevens, of andere elementen. Dit volgt, zo betoogt Ryanair in subonderdeel 1.2, uit:

(i) het karakter van art. 10 lid 3 Aw als implementatie van art. 3 DbRI, welke mede blijkens par. 15 en 35 van de considerans van die richtlijn en rov. 30-32 van het Football Dataco-arrest uitsluitend voorziet in auteursrechtelijke bescherming van databanken en niet van de inhoud van die databanken,

(ii) de inhoud van de MvT van de implementatiewet van de DbRI<sup>83</sup>;

(iii) art. 10 lid 3 Aw, waaruit blijkt dat verzamelingen als zelfstandige werken worden beschermd, onverminderd andere rechten op de verzameling of op de daarin opgenomen elementen;

(iv) de inhoud van de considerans par. 35 in samenhang met art. 5 en 6 DbRI, op grond waarvan de lidstaten alleen in een uitzondering mogen voorzien ten aanzien van de in art. 5 DbRI bedoelde aan de databankenrechthebbende voorbehouden handelingen, voor zover die uitzonderingen de structuur van de databank betreffen.

3.34. Het hof zou bovendien – zo begrijp ik subonderdeel 1.3 – miskend hebben dat de door Ryanair ingeroepen geschriftenbescherming ziet op de op schrift gestelde inhoud van de gegevens en niet op de verzameling als zelfstandig werk als bedoeld in art. 10 lid 3 Aw of op een databank als zodanig, als bedoeld in art. 3 lid 1 DbRI. Het hof heeft derhalve ook miskend, zo vervolgt subonderdeel 1.4, dat de in art. 24a lid 1 Aw beschreven vereenvoudigingshandelingen weliswaar geen inbreuk vormen op een verzameling als bedoeld in art. 10 lid 3 AW, maar dat zulks de andere rechten op de in zo'n verzameling opgenomen elementen, waaronder de geschriftenbescherming, onverlet laat. Daarom is irrelevant, volgens subonderdeel 1.5, dat PR Aviation geen inbreuk maakt op Ryanairs auteursrechtelijke aanspraken op de verzameling als zelfstandig werk ex art. 10 lid 3 Aw, ook indien die exceptie is gegrond op art. 24a Aw. Subonderdeel 1.6 betoogt hetzelfde ten aanzien van enkele in rov. 4.19 t/m 4.22 vervatte oordelen, voor het volgens Ryanair onaannemelijke<sup>84</sup> geval dat deze oordelen zouden hebben bijgedragen tot het door de voorafgaande subonderdelen bestreden oordeel.

3.35.1. PR Aviation heeft als preliminair verweer aangevoerd dat Ryanair uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest (s.t., par. 4.5 - 4.10). Volgens PR Aviation heeft Ryanair geen beroep gedaan op bescherming van de inhoud van de afzonderlijke 'records', althans is niet onbegrijpelijk dat het hof dat beroep niet in de stukken van het geding heeft gelezen.

---

<sup>83</sup> Het middel wijst op Kamerstukken II 1997/98, 26 108, nr. 3, p. 2, 12, 15, 20-23 (Parl. Gesch. Dw p. 38, 74-75, 78, 84-85, 124-125).

<sup>84</sup> Cassatiedagvaarding, p. 5, voetnoot 15.

3.35.2. Deze tegenwerping mist feitelijke grondslag. In de door Ryanair bij repliek aangehaalde passage uit de MvA (par. 4.25) wordt duidelijk gerefereerd aan de wederzijdse standpunten en benadrukt dat het Ryanair gaat om bescherming van de opschriftstelling van de afzonderlijke ‘records’. Het onderdeel berust dus niet op een onjuiste lezing van het arrest.

3.36. Ryanair heeft op zichzelf gelijk waar zij stelt dat de tekst van art. 24a Aw louter verwijst naar art. 10 lid 3 Aw, dat refereert aan ‘verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk’. Ook is op zichzelf juist dat art. 10 lid 3 uitvoering geeft aan art. 3 DbRI, welke bepaling databankrechtelijke bescherming verleent aan ‘databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof, een eigen intellectuele schepping van de maker vormen’. Voorts heeft het HvJEU in rov. 31 van het Football Dataco-arrest inderdaad overwogen dat de door de DbRI verleende auteursrechtelijke bescherming betrekking heeft op de structuur en niet op de inhoud van een databank.

3.37. Ryanair ziet bij dit alles echter over het hoofd, dat het hier in de eerste plaats gaat om de uitleg van art. 24a Aw, welke bepaling (zoals eerder aangegeven) een implementatie vormt van art. 6 lid 1 DbRI. De inhoud en strekking van deze Unierechtelijke bepaling is vooreerst van belang bij de uitleg van art. 24a Aw. Artikel 6 lid 1 DbRI heeft expliciet betrekking op gebruik van de inhoud van de databank. Uit nrs. 2.38-2.41 bleek al dat deze beperking voortkomt uit de eerder in de SwRI neergelegde gedachte dat beoogd en/of normaal gebruik van een computerprogramma een reproductie veronderstelt en daarom een wettelijke beperking nodig is van het ruime reproductiebepaling. Bij dergelijk gebruik van een computerprogramma zijn ook *niet-beschermde elementen* betrokken. Het systeem van de SwRI is in de DbRI doorgetrokken, en niet valt in te zien waarom dit systeem (met inbegrip van toegang tot niet beschermde elementen) anders zou zijn bij gebruik van een databank. Ook in de vakliteratuur leest men art. 6 lid 1 DbRI aldus, dat de (rechtmatige) gebruiker van een databank wordt geacht toegang te hebben tot de *inhoud* ervan<sup>85</sup>. Met PR Aviation meen ik voorts dat het door deze bepaling aan de rechtmatige gebruiker verleende recht bovendien zinledig zou worden wanneer dat recht beperkt wordt tot de structuur van de databank.

Men kan overigens tot hetzelfde resultaat komen via de redenering dat voor de (technisch noodzakelijke) reproductie van niet beschermde elementen geen wettelijke beperking van het auteursrecht nodig is, juist omdat het daarbij gaat om niet beschermde elementen.

3.38. Naar mijn mening ligt dit resultaat zó voor de hand, dat hier sprake is van een *acte clair*. Onderdeel 1 faalt.

---

<sup>85</sup> S. von Lewinsky, in: M.M. Walter, S. von Lewinski (eds.), o.c., par. 9.6.11, p. 728.



### 3.C. Onderdeel 2: Ryanairs gebruiksvoorwaarden

3.39. Onderdeel 2 is voorgesteld voor het geval onderdeel 1 faalt. Het richt zich eveneens tegen de hiervoor aangehaalde rov. 4.16 - 4.23 en valt uiteen in drie subonderdelen.

3.40.1. Subonderdeel 2.1 bestrijdt de navolgende, in rov. 4.19 t/m 4.23 opgenomen oordelen van het hof:

- (i) PR Aviation is een 'rechtmatige gebruiker' van Ryanairs website;
- (ii) PR Aviations verveelvoudigingen zijn 'noodzakelijk' voor haar 'normale gebruik' ervan (kennelijk in de zin van art. 24a lid 1 Aw);
- (iii) Ryanairs (veronderstellenderwijs in de gebruiksvoorwaarden opgenomen) verbod op zodanig commercieel gebruik doet daar niet aan af omdat art. 24a lid 3 Aw aan de werking ervan in de weg staat.

3.40.2. Deze oordelen getuigen volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de in art. 24a Aw vermelde begrippen 'rechtmatige gebruiker' en 'normaal gebruik', omdat:

- art. 24a Aw het vereiste van toestemming van de databankrechthebbende impliceert, zulks uit hoofde van een licentieovereenkomst of op andere (eventueel impliciete) wijze. Ryanair ontleent deze opvatting aan punt 34 van de considerans<sup>86</sup> van de DbRI en de hiervoor genoemde MvT van de bijbehorende implementatiewet;
- althans in ieder geval niet als rechtmatige gebruiker geldt, degene die (zoals PR Aviation) in strijd met de daarvoor geldende voorwaarde van de verzameling/databank gebruik maakt. Zulk gebruik is dan volgens Ryanair niet 'normaal';
- Ryanair minst genomen moet worden geacht commercieel gebruik te kunnen verbieden, nu dit verbod niet afdoet aan (volgens Ryanair) daadwerkelijk 'normaal' gebruik door aspirant-reizigers.

Voor zover deze rechtsklachten niet slagen, zou het hof zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk hebben gemotiveerd in het licht van Ryanairs als essentieel te kwalificeren stellingen in MvA/MvG-inc., par. 4.81 en 4.85.

3.41. Met subonderdelen 2.2 en 2.3 bestrijdt Ryanair vervolgens het oordeel van het hof dat het hier niet gaat om een on-line databank waartoe slechts op basis van een licentie of ander gebruiksrecht in eigenlijke zin toegang kan worden verkregen (rov. 4.19 van het bestreden arrest). Dit oordeel is volgens subonderdeel 2.2 onbegrijpelijk, omdat het hof niet duidelijk

---

<sup>86</sup> Hierboven aangehaald in nr. 2.37.

maakt waarom PR Aviations instemming met Ryanairs gebruiksvoorwaarden niet als een zodanige licentie of gebruiksrecht geldt.

3.42.1. Daarnaast is het hof hiermee volgens subonderdeel 2.3 buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, nu PR Aviation dit niet als verweer/grief heeft aangevoerd. PR Aviation heeft wel gesteld dat de wijze van ‘terhandstelling’ van Ryanairs gebruiksvoorwaarden tekortschiet en dat het feitelijk bezoeken van de website geen overeenstemming meebrengt, maar heeft die stelling pas bij appelpleidooi en volgens Ryanair derhalve tardief aangevoerd; overigens zou die stelling ook inhoudelijk geen hout snijden omdat het vooraf ‘aanvinken’ een rechtshandeling van aanvaarding behelst, aldus Ryanair.

3.42.2. De klacht over overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd faalt. PR Aviation heeft bij MvG gesteld dat Ryanairs website en de daarin opgenomen databank openbaar toegankelijk zijn gemaakt op het internet en dat geen sprake is van het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen zoals usernames of passwords (punt 76). Bij pleidooi in appel (punt 78) heeft PR Aviation het gebruik van Ryanairs website nog vergeleken met het gebruik van een internetzoekmachine, in reactie op de stelling van Ryanair (MvA, punt. 3.15) dat bezoekers van Ryanairs website een ‘vinkje’ moesten zetten alvorens een zoekopdracht te kunnen uitvoeren. In het licht van dit partijdebat kan niet worden volgehouden dat onbegrijpelijk is dat het gerechtshof de stellingen van PR Aviation aldus heeft opgevat dat Ryanairs website/databank niet ‘afgeschermd’ was in de door het hof bedoelde zin. PR Aviation heeft hier al vóór pleidooi op gezinspeeld, zodat Ryanairs klacht over een pas bij pleidooi aangevoerd(e) verweer/grief reeds om die reden geen verdere bespreking behoeft.

3.43. De materiële subonderdelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

3.44.1. Voor de kwalificatie van een ‘gebruiker’ als ‘rechtmatige gebruiker’ is, zo volgt uit het hiervoor (nrs. 2.42.1-2.45.2) gememoreerde relevante juridische kader, van belang of voor het betreffende gebruik contractuele toestemming is verleend. Blijkens rov. 4.19 van het bestreden arrest heeft het gerechtshof het bestaan van die toestemming kennelijk afgeleid uit het gegeven dat Ryanair de gegevensverzameling op het internet kosteloos openbaar toegankelijk maakt (eerste volzin), in aanmerking nemend dat het niet gaat om een online databank die alleen toegankelijk is op basis van een licentie of andere gebruiksrecht in eigenlijke zin (derde volzin), het gebruik niet hinderlijk is (vijfde volzin) en geen sprake is van het omzeilen van technische beveiligingsmaatregelen (zesde volzin). Dat Ryanair commercieel gebruik heeft verboden in de voor de website geldende gebruiksvoorwaarden, doet het hof (rov. 4.20) daaraan niet af in verband met het dwingendrechtelijke karakter van art. 24a lid 3 Aw.

3.44.2. In cassatie staat overigens vast – blijkens rov. 3.4 van het hof – dat bezoekers van Ryanairs website moeten aangeven dat zij de gebruiksvoorwaarden op de website van Ryanair accepteren door het aanvinken van het daartoe bestemde hokje, alvorens een zoekopdracht te kunnen uitvoeren.

3.45. In nrs. 2.45.1 - 2.45.2 heb ik al aangegeven dat het hof aan art. 6 lid 1 DbRI en art. 24a lid 3 Aw een uitleg heeft gegeven die de historische oorsprong van art. 6 lid 1 DbRI te buiten gaat. Hierop is ook – welsprekend – gewezen door J. Krikke in haar noot onder het bestreden arrest en AMI 2012, nr. 17, p. 172 (178-179). Zij vervolgt:

‘Blijft over de vraag of Ryanair moet worden geacht iedereen toestemming te hebben gegeven voor het gebruik door haar gegevens openbaar via internet aan te bieden. Dat lijkt de aanvliegroete van het hof, dat begint met de constatering dat het hier gaat om een “openbare” beschikbaarstelling en niet om een databank die slechts toegankelijk is na acceptatie van licentievoorwaarden. Dat valt te betwisten, want de bezoeker moet wel degelijk licentievoorwaarden aanvaarden.

Het hof noemt de poging van Ryanair om in haar licentievoorwaarden de gebruikersgroep te beperken in strijd met het dwingendrechtelijke karakter van art. 24a Aw. Daarmee suggereert het hof dat Ryanair niet mag bepalen aan wie zij de gebruiksrechten verleent. Dat strookt niet met het uitgangspunt van art. 24a Aw dat immers uitgaat van het recht van de rechthebbende om te bepalen aan wie het ter beschikking wordt gesteld – en voor welke doeleinden. Impliciet is de redenering van het hof misschien dat internet nu eenmaal openbaar is en dat het aanbieden van beschermd werk via internet automatisch toestemming inhoudt voor gebruik door een ieder. Dat kan heel goed als het werk zonder restricties wordt aangeboden via internet. Daar waar de rechthebbende echter volgens de regelen der kunst – te weten via licentievoorwaarden die op de juiste manier worden aangeboden – het gebruik door een bepaalde groep gebruikers voor bepaalde doelen juist beoogt uit te sluiten, kan dat niet als in strijd met art. 24a Aw terzijde worden geschoven.’

Volgens deze zienswijze – die correspondeert met klachten in Ryanairs onderdeel 2 – heeft het hof dus het recht geschonden en zou, ervan uitgaande dat aan Ryanair überhaupt nog geschriftenbescherming toekomt, (aanstonds) vernietiging van het arrest moeten volgen.

3.46. De vraag is evenwel of de door Krikke (en door mij in nr. 2.45.1) aan het hof toegeschreven gedachtegang zich écht niet met art. 24a Aw en art. 6 lid 1 DbRI verdraagt.

3.47. Ook al is 's hofs visie, als gezegd, niet verenigbaar met een richtlijnhistorische interpretatie van art. 6 lid 1 DbRI, daarmee is niet gezegd dat zij onverdedigbaar zou zijn. Rechtshistorische interpretatie is niet de enige van de in het recht gangbare interpretatiemethoden.

3.48.1. In rov. 4.19 heeft het hof (onbestreden in cassatie) geconstateerd dat het handelen van PR Aviations in essentie ertoe strekt doorzoeking en vergelijking van (onder meer) Ryanairs prijzen en diensten mogelijk te maken en (wél bestreden in cassatie) geoordeeld dat PR Aviation daarbij niet onrechtmatig handelt, ook niet door in strijd met de gebruiksvoorwaarden van Ryanair op commerciële basis gebruik te maken van de Ryanair-website en het computersysteem waarop de website draait.

PR Aviation heeft in cassatie betoogd<sup>87</sup> dat het vrije verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van handel en bedrijf meebrengen dat dergelijk gebruik van essentiële productinformatie ter bemiddeling in dienstenaanbod niet aan banden mag worden gelegd.

3.48.2. Aan rov. 4.19 van het hof en aan het betoog van PA Aviation ligt klaarblijkelijk de opvatting ten grondslag dat het vergelijken van commercieel aanbod (of het nu van luchtvervoerders, telecom-aanbieders of supermarkten is), in het hedendaagse maatschappelijke verkeer volstrekt normaal is (geworden), ook indien zulks door beroepsmatige, al dan niet commerciële vergelijkers geschiedt.

3.48.3. Deze opvatting acht ik volkomen in overeenstemming met het Unierecht. Tussenkost van beroepsmatige commerciële vergelijkers kennen wij overigens al van (zeer) oudsher: denk aan commerciële tussenpersonen bij bijv. scheepsvervoer, assuranties en vermogensbeheer. Sinds de jaren '50 van de vorige eeuw zijn wij volkomen vertrouwd geraakt met openlijke vergelijking door instanties als de Consumentenbond, die als vereniging of stichting weliswaar geen winstoogmerk hebben, maar die wel een uitgeverij exploiteren. Dat beroepsmatigheid en/of winstoogmerk niet afdoen aan de toelaatbaarheid van het vergelijkend informeren van consumenten – zelfs door concurrenten – geldt als EU-recht sinds Richtlijn 97/55/EG over vergelijkende reclame<sup>88</sup>. Volgens die Richtlijn wordt vergelijkende reclame (waarin wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken worden vergeleken en die niet misleidend is) beschouwd als een gewettigd middel om de consumenten voor te lichten. Dat de vergelijkbaarheid hoog in het vaandel van de EU staat wordt nog eens onderstreept door de zeer 'vergelijkersvriendelijke' jurisprudentie van het HvJEG/EU waarin het Hof vergelijkende reclame pleegt te bezien als een stimulans voor de objectieve belichting van verschillende vergelijkbare producten en daarmee tot de concurrentie van leveranciers van goederen en diensten in het belang van de consument<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> S.t., p. 2-4.

<sup>88</sup> Inmiddels Richtlijn 2006/114/EG van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, Pb. L 376/21 (gecodificeerde versie).

<sup>89</sup> Zie onder meer de rechtspraak genoemd in Mon. BW B49b (Verkade), nr. 76 e.v.

3.49. Ik zei al meer dan eens, dat de uitleg van het hof van art. 24a Aw niet aansluit bij de geschiedenis van het corresponderende art. 6 lid 1 DbRI. Interpretatie van wetgeving kan evenwel aan evolutie onderhevig kan zijn. Dat geldt ook voor Europese wetgeving. Eén voorbeeld (uit vele) kwam in het voorafgaande al ter sprake: de evolutie bij de uitleg van de Auteursrechtlijn 2001/29/EG, waarvan de tekst met geen woord rept over het werkbegrip, maar waarop het Hof van Justitie toch een harmonisatie van dat werkbegrip heeft gebaseerd.

3.50.1. Als een voorbeeld van zo'n evolutie wil ik hier nog stilstaan bij het arrest van HvJ EU (Grote Kamer) 3 juli 2012, C-128/11 in de zaak *UsedSoft/Oracle*<sup>90</sup>. Ik noem dit arrest – en ik vermeld een hand vol citaten daaruit – níet omdat die op zichzelf richtinggevend zouden zijn voor de uitleg van art. 6 lid 1 DbRI.

3.50.2. Het arrest heeft afgelopen jaar al heel wat pennen in beweging gebracht. Ik herinner aan discussie in het NJB<sup>91</sup>. In zijn NJ-noot schreef Hugenholtz dat het HvJEU zich door – anders indicerende – voortekenen niet heeft laten ontmoedigen, en voorts: 'Het arrest is in vroege commentaren afwisselend met verbazing en gejuich begroet'. M.R.F. Senftleben heeft in AMI 2013, p. 56 het arrest becommentarieerd onder de veelzeggende titel: 'Het eerste schaap over de dam [...]'.  
[...]

3.50.3. Ik memoreer de zaak en een aantal overwegingen van het HvJ EU omdat zij een goed voorbeeld geven van de door mij bedoelde dynamische – veeleer dan rechtshistorische – rechtsvinding door het Hof van Justitie.

3.51.1. De zaak *UsedSoft/Oracle* betrof doorverkoop van (tweedehands) computersoftware. Zoals in ander verband reeds even ter sprake kwam, bevat de Softwarerechtlijn in art. 4 lid 2 een uitputtingsbepaling:

'2. De eerste verkoop in de Gemeenschap van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van die kopie in de Gemeenschap, met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan.'

---

<sup>90</sup> LJN BX1467, NJ 2013, 118 m. nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2013, nr. 3, p. 76, *Computerrecht* 2012, nr.185, p. 429.

<sup>91</sup> C. Drion, *Tweedehands software*, NJB 2012, 1757, p. 2113; D. van Engelen, *Twee voor de prijs van één*, NJB 2012, 2171, p. 2678-2685; R. Wibier en J. Diamant, *UsedSoft vs. Oracle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid*, NJB 2012, 2416, p. 2966-2969; D. van Engelen, *Naschrift*, NJB 2012, 2417, p. 2968-2969.

3.51.2. Deze bepaling was – rechtshistorisch bezien – duidelijk bedoeld voor verdere verhandeling van in stoffelijke exemplaren neergelegde computerprogramma's. UsedSoft verhandelde echter 'gebruikte licenties' met gebruikmaking van on-line-verschaffing aan afnemers.

3.51.3. Tot de feiten van het geding Usedsoft/Oracle behoort ook dat Oracle's licentieovereenkomsten het volgende beding bevatten:

'Door betaling van de betrokken diensten verkrijgt u – uitsluitend voor uw interne bedrijfsdoeleinden – een kosteloos, niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht van onbepaalde duur op alle door Oracle ontwikkelde software die u krachtens deze overeenkomst ter beschikking wordt gesteld.'

3.51.4. Het Bundesgerichtshof stelde aan het HvJ EU de volgende prejudiciële vragen:

1) Dient de persoon die verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van een kopie van een computerprogramma kan aanvoeren, als "rechtmatige verkrijger" in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 [...] te worden aangemerkt?

2) Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, vervalt het recht om controle uit te oefenen op de distributie van een kopie van een computerprogramma overeenkomstig artikel 4, lid 2, [...] van richtlijn 2009/24 [...], ingeval de verkrijger de kopie – met toestemming van de rechthebbende – heeft gemaakt door deze kopie van internet te downloaden op een gegevensdrager?

3) Zo de tweede vraag eveneens bevestigend wordt beantwoord, kan dan ook de persoon die een "tweedehands" softwarelicentie heeft verkregen zich met het oog op het maken van een kopie van het computerprogramma als "rechtmatige verkrijger" volgens artikel 5, lid 1, en artikel 4, lid 2, [...] van richtlijn 2009/24 [...] beroepen op verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van de kopie van het computerprogramma die door de eerste verkrijger met toestemming van de rechthebbende is gemaakt door deze kopie van internet op een gegevensdrager te downloaden, ingeval de eerste verkrijger zijn kopie heeft gewist of deze niet meer gebruikt?

3.51.5. Het Hof van Justitie antwoordde:

1) Artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24/EG [...] betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, moet aldus worden uitgelegd dat het distributierecht voor een kopie van een computerprogramma is uitgeput indien de houder van het auteursrecht die het – mogelijksterwijs kosteloos – downloaden van die kopie van internet op een gegevensdrager heeft toegestaan, tegen betaling van een prijs waardoor hij een met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk overeenstemmende vergoeding kan ontvangen, tevens een gebruiksrecht voor die kopie zonder beperking in de tijd heeft verleend.

2) De artikelen 4, lid 2, en 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 moeten aldus worden uitgelegd dat in geval van wederverkoop van een gebruikslicentie die de wederverkoop van een van de website van de houder van het auteursrecht gedownload kopie van een computerprogramma met zich brengt, welke licentie aanvankelijk aan de eerste verkrijger door die rechthebbende zonder beperking in de tijd was toegekend tegen betaling van een prijs waarmee deze laatste een met

de economische waarde van die kopie van zijn werk overeenstemmende vergoeding moest kunnen ontvangen, de tweede en iedere latere verkrijger van die licentie zich op uitputting van het distributierecht op grond van artikel 4, lid 2, van die richtlijn kunnen beroepen en bijgevolg kunnen worden beschouwd als rechtmatige verkrijgers van een kopie van een computerprogramma in de zin van artikel 5, lid 1, van die richtlijn en het in deze laatste bepaling bedoelde reproductierecht hebben.’

3.51.6. Uit het opmerkenswaardige arrest van het HvJ EU citeer ik nog de volgende (extra) opmerkenswaardige overwegingen:

‘47 In dit verband is in een situatie zoals aan de orde in het hoofdgeding irrelevant dat de kopie van het computerprogramma de klant door de houder van het betrokken recht beschikbaar wordt gesteld door een download vanaf de website van die houder of door middel van een fysieke drager zoals een cd-rom of een dvd. [...]’

En:

‘49 Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie opmerkt zou, indien de term “verkoop” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 niet ruim werd uitgelegd in die zin dat daaronder vallen alle vormen van verhandeling van een product waarbij tegen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen krijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk, voor onbeperkte tijd een gebruiksrecht voor een kopie van een computerprogramma wordt toegekend, afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van die bepaling, daar de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als “licentie”overeenkomst en niet als “verkoop” om de uitputtingsregel te omzeilen en hieraan iedere betekenis te ontnemen.’

En:

‘62 Aangaande het argument van de Commissie dat het recht van de Unie voor diensten niet in uitputting van het distributierecht voorziet, moet in herinnering worden gebracht dat het beginsel van uitputting van het distributierecht voor door het auteursrecht beschermde werken ertoe strekt, de beperkingen van de distributie van die werken te beperken tot hetgeen noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom, ter vermijding van afscherming van de markten (zie in die zin arresten van 28 april 1998, *Metronome Musik*, C-200/96, Jurispr. blz. I-1953, punt 14, en 22 september 1998, *FDV*, C-61/97, Jurispr. blz. I-5171, punt 13; arrest *Football Association Premier League e.a.*, reeds aangehaald, punt 106).

63 Indien in omstandigheden zoals aan de orde in het hoofdgeding het beginsel van uitputting van het distributierecht als bedoeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 enkel werd toegepast op kopieën van computerprogramma’s die op een fysieke drager worden verkocht, zou de houder van het auteursrecht de wederverkoop van kopieën die van internet zijn gedownload kunnen controleren en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen, ofschoon die houder reeds bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. Een dergelijke beperking van de wederverkoop van kopieën van computerprogramma’s die van internet worden gedownload zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële

eigendom (zie in die zin arrest Football Association Premier League e.a., reeds aangehaald, punten 105 en 106).’

En:

‘64 In de vierde plaats moet worden onderzocht of, zoals Oracle betoogt, de door de eerste verkrijger gesloten overeenkomst voor software updates hoe dan ook in de weg staat aan uitputting van het recht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24, daar de kopie van het computerprogramma die de eerste verkrijger aan de tweede verkrijger kan overdragen niet meer de gedownloade kopie is, maar een nieuwe kopie van het programma.

65 [...]

66 De uitputting van het distributierecht voor de kopie van een computerprogramma op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 strekt zich alleen uit tot kopieën die het voorwerp zijn geweest van een eerste verkoop in de Unie door de houder van het auteursrecht of met diens toestemming. Zij geldt niet voor serviceovereenkomsten, zoals overeenkomsten voor software updates, die van een dergelijke verkoop kunnen worden gescheiden en die – in voorkomend geval voor bepaalde tijd – bij gelegenheid van die verkoop zijn gesloten.

67 Niettemin heeft de sluiting van een overeenkomst voor software updates zoals die aan de orde in het hoofdgeding bij gelegenheid van de verkoop van een immateriële kopie van een computerprogramma tot gevolg dat de aanvankelijk gekochte kopie wordt gerepareerd en bijgewerkt. Ook in geval van een overeenkomst voor software updates voor bepaalde tijd zijn de op basis van een dergelijke overeenkomst verbeterde, gewijzigde of aangevulde functies een onderdeel van de aanvankelijk gedownloade kopie en kunnen zij door de verkrijger zonder beperking in de tijd worden gebruikt, ook ingeval die verkrijger naderhand besluit zijn overeenkomst voor software updates niet te verlengen.

68 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de uitputting van het distributierecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 zich uitstrekt tot de verkochte kopie van het computerprogramma zoals die door de houder van het auteursrecht wordt verbeterd en bijgewerkt.’

En:

‘82 Het argument van Oracle, Ierland en de Franse en de Italiaanse regering dat het begrip “rechtmatige verkrijger” in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 enkel doelt op de verkrijger die op grond van een rechtstreeks met de houder van het auteursrecht gesloten licentieovereenkomst gerechtigd is het computerprogramma te gebruiken, kan niet worden aanvaard.’

3.52.1. Zoals gezegd, heb ik bovenstaande citaten niet vermeld omdat zij zo maar de weg zouden wijzen naar een oplossing van de kwestie die ons in onze zaak Ryanair/PR Aviation bezig houdt. Ware het anders, dan zou er al sprake zijn van *acte éclairé* ...

Ik heb de citaten weergegeven om te illustreren dat er m.i. (ook) in de onderhavige zaak aanleiding is om niet voetstoots van een rechtshistorisch geïndiceerde interpretatie uit te gaan.



3.52.2. Dat is m.i. te minder het geval, nu de verwijzing naar contractuele toestemming in art. 6 lid 1 / overweging 34 van de DbRI slechts ogenschijnlijk duidelijkheid biedt. Aan de minimumrechten van die gebruiker mag niet contractueel worden getornd, maar voor de vraag of van een zodanige ‘rechtmatige gebruiker’ sprake is, zijn de contractuele voorwaarden weer van belang. Is dat niet een cirkelredenering, die doorbroken moet worden?<sup>92</sup>

3.53. Dit leidt tot mijn voorstel tot het stellen van de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ EU:

1.a. Dient art. 6 lid 1 DbRI aldus te worden uitgelegd, dat (gratis) beschikbaarstelling voor een algemeen publiek van een databank op zichzelf reeds medebrengt dat de gebruiker daarmee als een ‘rechtmatige gebruiker’ in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt?

b. Geldt dit zowel voor (opvolgende) gebruikers van off-line databanken (dvd’s en dergelijke) als voor gebruikers van on-line databanken die op internet voor een algemeen publiek (gratis) beschikbaar zijn gesteld? Of moet tussen deze categorieën van gebruikers een onderscheid worden gemaakt?

2. Voor zover vraag 1 onder a en/of b bevestigend beantwoord wordt, brengt art. 15 DbRI dan mede dat zulks consequenties heeft voor de geldigheid van gebruiksvoorwaarden die de rechthebbende zou willen stellen ten aanzien gebruikshandelingen die als ‘normaal gebruik’ van de inhoud van de databank (in de zin van genoemd art. 6 lid 1 DbRI) kunnen of moeten gelden?

3.a. Dient het begrip ‘normaal gebruik’ (van de databank) aldus te worden uitgelegd dat dit geheel en al bepaald kan worden door de gebruiksvoorwaarden die de rechthebbende zou willen stellen?

b. Of dient dit begrip naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de opvattingen in het maatschappelijk verkeer te worden uitgelegd?

c. Kan onder ‘normaal gebruik’ begrepen worden: het gebruik in het kader van – objectieve, niet misleidende – vergelijking van de door de rechthebbende op de databank blijkens de inhoud van die databank aangeboden goederen diensten met vergelijkbare goederen en diensten van derden?

4. Speelt bij het antwoord op de vragen 2 en/of 3 een rol:

a. of het gebruik al dan niet van commerciële aard is;

---

<sup>92</sup> Vgl. SVV (2005), § 16.3, p. 611 en V. Vanovermeire, ‘The concept of the lawful user in the database directive, IIC, vol. 31/1 (2000), p. 63.

- b. of het gebruik al dan niet concurrerend gebruik (zonder toegevoegde waarde) is;
- c. andere factoren, waarop het Hof de aandacht wil vestigen?

3.54.1. In afwachting van het antwoord op te stellen prejudiciële vragen behoeven de klachten van onderdeel 2 voor het overige thans geen behandeling.

3.54.2. Dat geldt ook voor de 'bezemklacht' van onderdeel 3.

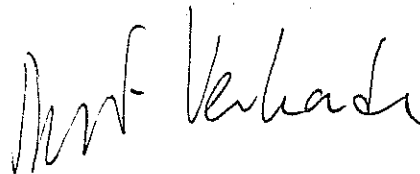
#### *4. Conclusie*

Mijn conclusie strekt ertoe:

*primair*: dat de Hoge Raad het beroep verwerpt,

*subsidiair*: dat de Hoge Raad, alvorens nader te beslissen, het Hof van Justitie van de Europese Unie zal verzoeken om over vragen van uitleg van Richtlijn 96/9/EG uitspraak te doen.

De procureur-generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,



A-G i.b.d.