

# Geschriftenbescherming vervliegt

## Ryanair/PR Aviation

Prof.mr. D.J.G. Visser

HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, AMI 2014-8, p. 89, m.nt. Schieman

### Inleiding

Kan een luchtvaartmaatschappij gebruik van haar website voor het boeken van vluchten via een andere website verbieden?

Deze schijnbaar eenvoudige vraag valt uiteen in een heleboel juridische deelvragen. Is de inhoud van de databank met vlucht- en prijsgegevens beschermd? Is de beschermingsvorm, zoals die van oudsher in Nederland bestond, in overeenstemming met het Europese recht? Zo niet, kan die beschermingsvorm dan helemaal worden ‘wegeïnterpreteerd’? Of is dat in strijd met de rechtszekerheid? Wat bedoelde de Nederlandse wetgever toen hij vijftien jaar geleden liet weten dat deze oude beschermingsvorm bleef bestaan? Wat is de relevantie daarvan? Deze vragen worden door de Hoge Raad in deze zaak beantwoord.

Het gebruik van kleine delen van een juridisch *beschermde* databank kan aan een rechtmatige gebruiker *niet* contractueel worden verboden. Wat is een rechtmatige gebruiker? Als iemand iets doet wat volgens een contract verboden is, is hij dan nog een rechtmatige gebruiker? Mag het gebruik van kleine delen van een *niet-beschermde* databank contractueel *wel* worden verboden? Deze vragen worden door de Hoge Raad in deze zaak doorgeschoven naar het Hof van Justitie van de EU.

### Feiten

PR Aviation exploiteert een website, genaamd *www.wegolo.nl* (*We go low*), waarop consumenten vluchtgegevens van *low cost*-luchtvaartmaatschappijen kunnen doorzoeken, prijzen kunnen vergelijken en een vlucht kunnen boeken, dat laatste tegen betaling van een provisie. De gegevens die nodig zijn om te voldoen aan een individuele zoekopdracht haalt PR Aviation onder meer uit een databank die is gekoppeld aan de ook voor consumenten toegankelijke website van Ryanair.

PR Aviation heeft, voordat zij toegang tot de website van Ryanair kreeg, de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Ryanair aanvaard door een daartoe strekkend hokje aan te vinken. Deze voorwaarden verbieden gebruik van de website voor commerciële doeleinden.

### Waarom?

Waarom wil Ryanair aan PR Aviation dit gebruik van de website verbieden? Ryanair wil toch vooral zoveel mogelijk vliegtickets verkopen? Dus waarom zou zij bezwaar hebben tegen extra verkopers zoals PR Aviation? Dat is omdat Ryanair graag wil dat haar klanten rechtstreeks bij haar boeken en daarvoor haar eigen homepage bezoeken. Dan kan zij namelijk meer gebruiksgegevens verzamelen, meer betaalde advertenties tonen en zelf extra aanbiedingen doen, bijvoorbeeld voor huurauto's en hotelovernachtingen. Als de boeking via de website van PR Aviation loopt, heeft PR Aviation die reclame mogelijkheden. Daar is het business model van PR Aviation ook op gebaseerd.

Ryanair loopt dan inkomsten mis en lijdt dus schade. De website van PR Aviation zou daarom omschreven kunnen worden als parasitair. Maar de site kan ook vergeleken worden met het ouderwetse reisbureau, dat consumenten helpt een gunstige vliegticket te boeken. Het is ook een vorm van vergelijkende reclame en dat is toegestaan. Ryanair wil de prijsvergelijking door PR Aviation overigens wel toestaan. Ze wil alleen niet dat de bij PR Aviation gevonden vlucht vervolgens ook via de site van PR Aviation wordt geboekt. Ryanair wil dat de klanten voor het boeken van de tickets worden doorgestuurd naar haar website. Maar dat wil PR Aviation niet, om dezelfde redenen als Ryanair dat wel wil: meer klantgegevens en meer advertentiemogelijkheden op de website tijdens en na het boeken.

## Rechtsgrond

Ryanair stelt dat PR Aviation inbreuk maakt op de rechten op haar databank met prijzen en vluchtgegevens. Zij beroept zich daarbij op de Europese Databankenrichtlijn<sup>1</sup> (DbRI), de Databankenwet<sup>2</sup> (Dbw), waarin die richtlijn is geïmplementeerd en de Auteurswet (Aw). Ryanair stelt ook dat PR Aviation in strijd handelt met de door haar aanvaarde voorwaarden van Ryanair voor het gebruik van de website, en dus wanprestatie pleegt ten aanzien van de tussen partijen gesloten gebruiksovereenkomst.<sup>3</sup>

## Auteursrecht

Om te begrijpen welke vragen er allemaal aan de orde komen, is het nodig om de geschiedenis van de juridische bescherming van gegevensverzamelingen uit te leggen. Het auteursrecht dat in Nederland sinds 1912 vast ligt in de Auteurswet is ook van toepassing op verzamelingen van gegevens. Enerzijds is er de bescherming voor 'werken' die blijk geven van enige creativiteit. Dat creativiteitsvereiste wordt tegenwoordig omschreven als een 'eigen oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel' (EOK&PS) of als een 'eigen intellectuele schepping' (EIS). Dit is het 'gewone' auteursrecht dat ook geldt voor muziek, speelfilms, romans, etc. Dat gewone auteursrecht is inmiddels grotendeels Europees geharmoniseerd. In deze zaak beroept Ryanair zich niet op het gewone auteursrecht. Zij is kennelijk en terecht van mening dat haar databank met vluchtgegevens niet voldoet aan het creativiteitsvereiste.

## Geschriftenbescherming

Anderzijds was er in Nederland van oudsher, al vóór 1912, bescherming voor zogenaamde 'onpersoonlijke geschriften'. Deze 'geschriftenbescherming' vereiste geen enkele creativiteit. Voldoende was dat de gegevens op schrift waren gesteld en bestemd waren om openbaar gemaakt te worden. Het was een bescherming tegen nadrukken bedoeld voor bijvoorbeeld adresboeken, registers, koerslijsten en evenementenprogramma's. De geschriftenbescherming was in de vorige eeuw vooral belangrijk voor televisieprogrammeergegevens. Het vormde de basis voor het omroepbladenmonopolie van de verschillende publieke omroepen. De ledenaantallen van deze omroe-

pen waren bepalend voor hun hoeveelheid zendtijd. Het lidmaatschap was gekoppeld aan een abonnement op het programmabladd. Kijkers moesten een abonnement nemen op een programmabladd om te weten wat er de komende week op televisie kwam. Het was dus van belang dat die programmeergegevens exclusief voorbehouden waren aan de omroepbladen van de publieke omroepen.

## Databankenrecht

In 1999 werd de Europese Databankenrichtlijn in Nederland geïmplementeerd. Deze richtlijn voorzag enerzijds in een harmonisatie van het gewone, 'creatieve' auteursrecht op gegevensverzameling en anderzijds in de introductie van een nieuw 'eigensoortig' (sui generis) databankenrecht op gegevensverzamelingen waar substantieel in is geïnvesteerd. Dit laatste recht beschermt tegen het opvragen en hergebruiken van substantiële delen van een dergelijke databank. Kon Ryanair zich in deze zaak op dat sui generis-databankenrecht beroepen? Nee, dat kon zij vermoedelijk niet.<sup>4</sup> In 2004 heeft het Hof van Justitie van de EU namelijk bepaald dat daarvoor een substantiële investering in het verzamelen van de gegevens noodzakelijk is. Als men de gegevens zelf heeft gecreëerd telt de investering daarin niet mee. Organisatoren van paardenraces<sup>5</sup> en van voetbalwedstrijden<sup>6</sup> hadden volgens het HvJ EU om die reden geen databankenrecht op de verzameling gegevens over wanneer en tussen wie welke wedstrijd plaatsvond. Ryanair creëert zijn eigen vluchtgegevens (zij bepaalt immers zelf wanneer haar vluchten plaatsvinden, waarvandaan ze vertrekken en wat de bestemmingen zijn) en het verzamelen ervan is vervolgens een fluitje van een cent. Als Ryanair dus niet substantieel heeft geïnvesteerd in het verzamelen van die van zichzelf afkomstige gegevens, hetgeen aanmerkelijk is, komt haar geen databankenrecht toe.<sup>7</sup> Daarom beriep Ryanair zich ook op de geschriftenbescherming. Die kent immers geen vereiste van substantiële investering, opschriftstelling en openbaarmaking is voldoende.

## Geschriftenbescherming niet afgeschaft

Het had nogal voor de hand gelegen dat met de invoering van dit nieuwe databankenrecht in 1999 de geschriftenbescherming was afgeschaft. Immers, er kwam een nieuw

1 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 Wet van 8 juli 1999, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Stb.* 1999, 303.

3 Zie voor een vergelijkbare zaak in Duitsland: Bundesgerichtshof 30 april 2014, GRUR 2014, 785 (*Zulässigkeit des automatisierten Abrufs von Daten von einer Internetseite – Flugvermittlung im Internet*). In deze Duitse zaak wordt het beroep op het databankenrecht op andere gronden afgewezen. Het beroep op de bescherming tegen ongeoorloofde mededinging (vastgelegd in het UWG) wordt ook afgewezen.

4 De rechtbank oordeelde in deze zaak dat hij niet kon beoordelen of er sprake was van een substantiële investering, maar gaf veel redenen waarom dit niet zo zou zijn (zie ECLI:NL:RBUTR:2010:BN2268). De rechtbank gaf een verbod op grond van de geschriftenbescherming. Het gerechtshof kon de substantiële investering ook in het midden laten, omdat het een beperking van toepassing achtte (zie ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0096).

5 HvJ EG 9 november 2004, C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695, *AMI* 2005-1, p. 27 m.nt. Visser & Hugenholtz, *IER* 2005-5, p. 13 m.nt. FWG, *Mf* 2005/63 m.nt. Overdijk, *CR* 2005/15 m.nt. Struik (*British Horseracing Board / William Hill*).

6 HvJ EG 9 november 2004, C-46/02, ECLI:EU:C:2004:694, *NJ* 2005/296 (*Fixtures / Veikaus*); HvJ EG 9 november 2004, C-338/02, ECLI:EU:

C:2004:696 (*Fixtures / Svenska Spel*) en HvJ EG 9 november 2004, C-444/02, ECLI:EU:C:2004:697 (*Fixtures / OPAP*).

7 Als Ryanair zich wél op het databankenrecht zou kunnen beroepen, is de volgende vraag of er sprake is van het opvragen of hergebruiken van substantiële delen. De Duitse rechter meende in een vergelijkbare zaak van niet (zie noot 3), maar in het licht van HvJ EU 19 december 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850 (*Innoweb / Wegener; Gaspedaal.nl*) is in casu mogelijk wél sprake van hergebruik van een substantieel deel. Aan de toepasselijkheid van de beperking ten gunste van de rechtmatige gebruiker wordt dan vervolgens niet toegekomen, omdat die alleen geldt voor niet-substantiële delen.

recht dat dezelfde bedoeling had als de geschriftenbescherming en een EU-richtlijn heeft tot doel het recht van de lidstaten te harmoniseren, niet om net iets afwijkende nationale regimes te laten bestaan. Het was ook nogal vreemd om een nationaal recht met een veel lagere beschermingsdrempel (bescherming vereist niet meer dan het op schrift stellen en openbaar maken) te laten bestaan naast Europees recht met een hoge beschermingsdrempel, namelijk het vereiste van substantiële investering. Maar de Nederlandse regering besloot anders. De geschriftenbescherming moest blijven bestaan, vooral voor het gekoesterde omroepbladenmonopolie (de programmagegevens waren immers juist onder het regime van de geschriftenbescherming beschermd). Diverse rechters, inclusief de Hoge Raad, hebben dit in de loop der jaren na 1999 bevestigd: de geschriftenbescherming was blijven bestaan, náást het nieuwe databankenrecht. Om die reden kon de rechtbank in deze zaak in 2010 beslissen dat de vluchtgegevens van Ryanair onder de geschriftenbescherming vielen en dat Ryanair aan PR Aviation het gebruik van die gegevens kon verbieden. In hoger beroep hoefde de vraag of de geschriftenbescherming van toepassing was niet te worden beslist. Dit omdat het gerechtshof een wettelijke beperking van toepassing achtte, die hierna uitgebreid zal worden besproken. In cassatie bij de Hoge Raad kwam de vraag of de geschriftenbescherming nog wel bestond echter in zijn volle omvang terug.

## Hoge Raad

3.4.1 Bij de beoordeling van het onderdeel dient het volgende tot uitgangspunt.

Het voorwerp van de zogeheten geschriftenbescherming is in art. 10 Aw als volgt onder woorden gebracht:

‘1. Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet:

1° boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften *en alle andere geschriften.*’

(cursivering toegevoegd).

Deze bepaling moet worden uitgelegd met inachtneming van art. 1 Aw, dat als volgt luidt:

‘Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.’

In dit licht moet worden aangenomen dat de in art. 10 lid 1 Aw onder 1° bedoelde ‘andere geschriften’ naar de bedoeling van de wetgever eveneens voor auteursrechtelijke bescherming vatbaar zijn. De vaste rechtspraak luidt in diezelfde zin (zie onder meer HR 27 januari 1961, NJ 1962/355 [*Explicator*], HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6093, NJ 2002/515 [*EP Controls/Regulateurs*]; en HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, NJ 2003/149 [*NVM/De Telegraaf; El Cheapo*]).

3.4.2 De Nederlandse wetgever is ervan uitgegaan dat de geschriftenbescherming met betrekking tot databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd, buiten het bereik van de Databankenrichtlijn valt en dat in databanken opgenomen gegevens die zijn aan te merken als geschriften in de zin van art. 10 lid 1 onder 1° Aw, derhalve vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.19-2.21). De wetgever heeft deze geschriftenbescherming willen handhaven bij de implementatie van

die Richtlijn in het nationale recht. Uit de wetsgeschiedenis van de Databankenwet, die strekte tot implementatie van de Databankenrichtlijn, blijkt echter niet dat de wetgever heeft willen afwijken van datgene waartoe de Databankenrichtlijn hem verplichtte. Zo is in de MvT opgemerkt:

‘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. [...] 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.’ (Kamerstukken II 1997/98, 26 108, nr. 3, p. 22, Parl. Gesch. Dw, p. 127-128.)

3.4.3 Het hiervoor in 3.4.2 genoemde uitgangspunt van de wetgever is echter inmiddels onjuist gebleken. Het HvJEU heeft immers in zijn uitspraak van 1 maart 2012, C-604/10, ECLI:NL:XX:2012:BV8463, NJ 2012/433 (Football Dataco), onder meer als volgt geoordeeld:

‘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 oorspronkelijkheids criterium worden gehanteerd.’

3.5.1 In het oordeel van het hof ligt besloten dat de gegevensverzameling (hierna ook: de databank) van Ryanair niet aan dit oorspronkelijkheids criterium voldoet, hetgeen in cassatie niet is bestreden. [...] De rechter dient immers zijn nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante richtlijn (HvJEU 10 april 1984, C-14/83, Jur. p. 1891 (Colson) en HvJEU 13 november 1990, C-106/89, Jur. p. I-4135, NJ 1993/163 (Marleasing)). Indien het onderdeel tot vernietiging zou moeten leiden, zou het verwijzingshof daarom tot geen ander oordeel kunnen komen dan dat het beroep van Ryanair op art. 10 lid 1 onder 1° Aw, geen doel kan treffen, in aanmerking genomen - dat niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Databankenrichtlijn in ons nationale recht iets anders voor ogen heeft gestaan dan een getrouwe omzetting daarvan, - dat art. 10 lid 1 onder 1° Aw mede is gebaseerd op de veronderstelling dat de daarin bedoelde ‘andere geschriften’ vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming, en - dat databanken die niet aan het oorspronkelijkheids criterium voldoen, zoals de onderhavige, blijkens de hiervoor in 3.4.3 aangehaalde uitspraak van het HvJEU niet vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming.

3.5.2 Het rechtszekerheidsbeginsel en de onwenselijkheid van wetsuitleg *contra legem* kunnen hieraan niet afdoen. De formulering van art. 10 lid 1 onder 1° Aw laat de hier bedoelde uitleg immers toe. Aan de bedoeling van de wetgever om de geschriftenbescherming voorschijn te handhaven, komt bij de uitleg van de onderhavige bepaling geen overwegende betekenis toe. Dit is reeds het geval omdat – zoals hiervoor in 3.4.2 is overwogen – niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever bij de handhaving van de geschriftenbescherming heeft willen afwijken van datgene waartoe de Databankenrichtlijn hem verplichtte, in samenhang met de omstandigheid dat de wetgever van de onjuist gebleken veronderstelling uitging dat de geschriftenbescherming buiten het bereik van de Databankenrichtlijn viel.

## Commentaar

Het is verplicht om nationale wetgeving zoveel mogelijk EU-richtlijnconform uit te leggen. Maar een uitleg mag niet *contra legem*, dus in strijd met het kenbare nationale recht zijn. Dat zou namelijk in strijd zijn met het rechts-

zekerheidsbeginsel.<sup>8</sup> Wanneer kan iets nog richtlijnconform worden geïnterpreteerd? Wanneer is er sprake van strijd met het kenbare nationale recht? Dat moet de Hoge Raad beslissen. De tekst van artikel 10 Auteurswet bevat de woorden ‘alle andere geschriften’. Op zich hoeft daar niet in gelezen te worden dat onpersoonlijke geschriften zonder enige creativiteit daar ook onder vallen. Bij de andere categorieën werken genoemd in artikel 10, onder andere toneelstukken, muziek, tekeningen en films, wordt namelijk ook niet het creativiteitsvereiste genoemd. Dat creativiteitsvereiste is in de rechtspraak ontwikkeld, staat dus niet met zoveel woorden in de wet geschreven, maar geldt natuurlijk wel. Maar juist bij de woorden ‘...en alle andere geschriften’ is het al honderd jaar zo dat in de rechtspraak is bepaald door de hoogste rechters en door de wetgever is erkend dat de onpersoonlijke, niet-creatieve geschriften er ook onder vallen.

In 1999 bij de implementatie van de Databankenrichtlijn lijkt de Nederlandse wetgever blijkens het citaat uit de Memorie van Toelichting toch duidelijk te zeggen: de geschriftenbescherming blijft (voor databanken waar niet-substantieel in is geïnvesteerd) bestaan. Dat was dus ook de bedoeling van de nationale wetgever. De meerderheid van de rechters, inclusief de hoogste rechter, gaat er vervolgens vanuit dat die geschriftenbescherming is blijven bestaan. Hoe kenbaar kan het nationale recht zijn? Hoezo, niet contra legem om nu ineens te zeggen dat de geschriftenbescherming niet meer bestaat?

Maar dat gebeurt niet helemaal ‘ineens’. Vanaf medio 2009 blijkt het Hof van Justitie van de EU van mening dat de criteria voor auteursrechtelijke bescherming Europees geharmoniseerd zijn voor alle soorten werken. En vóór die tijd waren er al veel mensen die vonden dat de geschriftenbescherming wel had moeten worden afgeschaft ten tijde van de introductie van het databankenrecht. In 2012 blijkt dan uit het *Football Dataco*-arrest van het Hof van Justitie dat het niet is toegestaan om voor auteursrechtelijke bescherming van gegevensverzamelingen andere criteria te hantieren dan het creativiteitsvereiste. Het wordt de Nederlandse regering dan te heet onder de voeten en men besluit de geschriftenbescherming volledig te gaan afschaffen.<sup>9</sup> Maar zover is het nog niet als deze zaak bij de Hoge Raad komt.

### Contra legem?

De Hoge Raad vindt dat er geen sprake is van een interpretatie contra legem, om twee samenhangende redenen. Ten eerste is niet gebleken dat de Nederlandse wetgever ‘heeft

willen afwijken van datgene waartoe de Databankenrichtlijn hem verplichtte’. Immers, ‘niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Databankenrichtlijn in ons nationale recht iets anders voor ogen heeft gestaan dan een getrouwe omzetting daarvan’. Deze constatering moet bezien worden ‘in samenhang met de omstandigheid dat de wetgever van de onjuist gebleken veronderstelling uitging dat de geschriftenbescherming buiten het bereik van de Databankenrichtlijn viel’. Hoe bevredigend is deze redenering, met name wanneer men het verbod op interpretatie contra legem serieus wil blijven nemen?

Uiteraard heeft de Nederlandse wetgever niet willen afwijken van wat de richtlijn voorschreef.<sup>10</sup> Het zou namelijk heel dom zijn om dat wel te willen, omdat zij dan aansprakelijk zou worden voor eventuele schade die daar het gevolg van is.<sup>11</sup> Een nationale wetgever heeft natuurlijk vrijwel altijd een ‘getrouwe omzetting’ van een EU-richtlijn voor ogen. Alleen wanneer een lidstaat opzettelijk een EU-richtlijn niet of verkeerd implementeert is dat anders. Maar dan is die lidstaat altijd aansprakelijk voor de schade die daar het gevolg van is. Dat komt gelukkig niet vaak voor, want dat is een vorm van anarchie. Een lidstaat verkeert dus meestal in de veronderstelling dat de wetgevingsmaatregelen die hij wel of niet neemt door de bewuste richtlijn worden toegestaan c.q. er niet onder vallen. Maar wat als die veronderstelling dan later onjuist blijkt? Voor wiens risico komt dat dan? Het rechtszekerheidsbeginsel, waar het verbod op een interpretatie contra legem op gebaseerd is, probeert te voorkomen dat dit risico bij de burger komt te liggen. Het is duidelijk dat dit rechtszekerheidsbeginsel in dit geval het onderspit delft. Als de nationale wetgever zich blijkt te hebben vergist bij de implementatie van een Europese richtlijn, luidt het recht bij nader inzien ineens anders. De geschriftenbescherming voor gegevensverzamelingen bestaat ineens toch niet meer. Vanaf wanneer die bescherming nu niet meer bestaat wordt niet helemaal duidelijk. De Hoge Raad besteedt daar geen aandacht aan, de advocaat-generaal meent dat door de ontwikkelingen in de Europese rechtspraak ‘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’. Kennelijk moet, wanneer de tekst van een wetsbepaling richtlijnconforme uitleg toelaat, niet alleen gekeken worden naar de bedoeling van de wetgever op het moment van de implementatie, maar ook naar de actuele wil van de wetgever.

<sup>8</sup> Zie over dit onderwerp, mede in verband met deze zaak, ook A.M. van Aerde, ‘Harmonisering van IE-recht en de cassatiepraktijk, en over honden vermomd als koeien’, in: *Middelen voor Meijer* (Liber Amicorum voor mr. R.S. Meijer), Den Haag: BJu 2013, p. 13-26 en daargenoemde literatuur (ook vindbaar op [www.houthoff.com](http://www.houthoff.com)).

<sup>9</sup> *Kamerstukken II*, 33800 (Wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker),

wetsvoorstel ingediend op 11 november 2013.

<sup>10</sup> Vgl. de noot van R.J.G.M. Widdershoven in *AB* 2012/367 bij HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI Adam / Thuiskopie*).

<sup>11</sup> HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *NJ* 1994/2 (*Franovich / Italië*). Daarbij moet wel aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn voldaan, namelijk dat (i) de geschonden regel van Europees recht ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen, (ii) de schending ‘voldoende gekwalificeerd’ is en

(iii) er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de schade. Dit zijn overigens wel weer minimumvoorwaarden; lidstaten mogen dus wel een regime van overheidsaansprakelijkheid erop nahouden dat eerder tot aansprakelijkheid leidt; voor Nederland is met name van belang dat onder art. 6:162 BW het tamelijk strenge vereiste van de ‘voldoende gekwalificeerde schending’ niet geldt.

De advocaat-generaal verwijst ook naar rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de (onderliggende) bedoeling om EU-richtlijnen 'getrouw' te implementeren, vaak reden is om aan het contra legem-verbod niet veel gewicht toe te kennen, althans om zeer vergaande richtlijnconforme interpretatie toe te staan. Tegelijkertijd betekent dit dat wat de nationale wetgever allemaal bedoelt en verkondigt bij en ten tijde van de implementatie van een EU-richtlijn steeds minder gewicht toekomt. Het lijkt inmiddels bijna 'ook maar een mening'. Een beroep op de parlementaire geschiedenis van de nationale implementatie van een Europese richtlijn wordt dus steeds minder belangrijk.

De geschriftenbescherming voor gegevensverzamelingen bestaat dus met onmiddellijke ingang of zelfs met terugwerkende kracht niet meer. Het is goed mogelijk dat er sprake is van terugwerkende kracht tot het moment waarop de Databankenrichtlijn in 1999 geïmplementeerd werd of het moment waarop de Auteursrechtlijn werd geïmplementeerd. Bespreking daarvan blijft op deze plaats achterwege. Vrijwel zeker is dat de geschriftenbescherming binnenkort helemaal wordt afgeschaft, dus niet alleen voor gegevensverzamelingen. Het daartoe strekkende wetsvoorstel heeft geen bezwaren opgeroepen bij de Tweede Kamer en zal vermoedelijk voor eind 2014 door de Tweede Kamer zijn. Goedkeuring door de Eerste Kamer en inwerkingtreding zal mogelijk tot in 2015 duren, maar de afschaffing lijkt onvermijdelijk. Daarmee vervliegt een stukje nationale juridische folklore en wordt het systeem van rechtsbescherming van informatie een klein beetje overzichtelijker.

### Dwingendrechtelijke beperking?

Maar daarmee is deze zaak allesbehalve ten einde. We komen nu bij een andere belangrijke kwestie in deze zaak die door de Hoge Raad deels is doorgeschoven naar het Hof van Justitie van de EU. Kan Ryanair PR Aviation contractueel verbieden om vluchten te laten boeken via de site van PR Aviation?

Het gerechtshof in Amsterdam liet de vraag over de bescherming van de vluchtgegevens van Ryanair in het midden, althans ging er veronderstellenderwijs vanuit dat van geschriftenbescherming sprake was, en besliste de zaak op een beperking op het auteursrecht opgenomen in artikel 24a Auteurswet, dat als volgt 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.

Ook ten aanzien van de sui generis-bescherming voor databanken geldt een soortgelijke beperking, vastgelegd in artikel 3 Databankenwet.<sup>12</sup> Beide bepalingen vormen een implementatie van de Databankrichtlijn en moet dus richtlijnconform worden geïnterpreteerd.

Het gaat om een dwingendrechtelijke beperking op de beschermingsomvang van het auteursrecht en het databankenrecht op een gegevensverzameling, waar dus niet contractueel van kan worden afgeweken. Aan een rechtmatige gebruiker mag niet het normale gebruik van een databank worden verboden. Dat roept uiteraard de vraag op wat onder *rechtmatige gebruiker* en wat onder *normaal gebruik* moet worden verstaan. Die vraag is in de rechtspraak en de literatuur nog niet duidelijk beantwoord. Het probleem is dat het niet goed mogelijk is om de normaliteit of de rechtmatigheid van het gebruik vast te stellen op grond van wat contractueel is overeengekomen. Het hele doel van de bepaling is immers dat van het toegestane gebruik niet bij contract kan worden afgeweken, althans niet ten nadele van de gebruiker (de volgende vraag is dan weer: wanneer is een afwijking al dan niet ten nadele?). Het toegestane gebruik kan dus niet worden bepaald aan de hand van het contract, anders ontstaat een cirkelredenering. Mogelijk moet gekeken worden naar wat gebruikelijk is, maar dat wordt ook weer bepaald door de contractuele praktijk. Dan ligt de cirkelredenering overigens nog steeds op de loer. Enige uitleg door de Europese rechter over de uitleg van deze begrippen zou dus welkom zijn.

In deze zaak speelt echter een voorvraag, te weten of deze dwingendrechtelijke beperking op de contractsvrijheid van de exploitant van een databank ook van toepassing is op een databank die niet auteursrechtelijk en niet databankenrechtelijk beschermd is. Daarvan blijkt bij de verzameling van vluchtgegevens van Ryanair immers inmiddels sprake.

De databank van vluchtgegevens komt dus niet in aanmerking voor enige wettelijke bescherming, noch auteursrechtelijk, noch databankenrechtelijk. Blijft dus over de contractuele bescherming. Het is onmogelijk om de website van Ryanair te bezoeken of te gebruiken zonder eerst een vakje aan te vinken waarmee men akkoord gaat met de algemene voorwaarden, die onder andere commercieel gebruik verbieden. De Hoge Raad overweegt daarover als volgt:

<sup>12</sup> Art. 3 Dw geldt overigens alleen voor het opvragen of hergebruiken van niet-substantiële delen. In het licht van HvJ EU 19 december 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850 (*Innoweb / Wegener*; *Gaspedaal.nl*) is in casu mogelijk sprake van

hergebruik van een substantieel deel. De beperking ten gunste van de rechtmatige gebruiker is dan om die reden niet van toepassing ten aanzien van het sui generis-recht. Het is niet ondenkbaar dat dit gegeven ook consequenties heeft voor de

interpretatie van art. 24a Aw en dat dit in het vervolg van deze procedure na terugverwijzing weer een rol gaat spelen.

3.8.2 Daarvan uitgaande spitst de beoordeling [...] zich erop toe of het toepassingsgebied van de DbRI mede databanken omvat die niet, [...], worden beschermd door het auteursrecht en ook niet, [...], door een recht sui generis. Het gaat in dit verband dan met name om de vraag of de beperkingen van de contractsvrijheid die volgen uit de [...] DbRI, ook gelden voor databanken die niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke of sui generis-bescherming.

3.8.3 Nu het toepassingsgebied van de Richtlijn [...] niet is beperkt tot de [beschermde] databanken [...], is denkbaar dat haar uniforme strekking meebrengt dat hetgeen ten aanzien van beschermde databanken niet mag worden verboden, bij onbeschermde databanken evenmin mag worden verboden.

Daarom stelt de Hoge Raad de volgende vraag aan het Hof van Justitie van de EU:

Strekt de werking van de DbRI zich mede uit tot online databanken die niet, [...], worden beschermd door het auteursrecht en ook niet, [...], door een recht sui generis, en wel in die zin dat ook in zoverre

de vrijheid om gebruik te maken van dergelijke databanken [...], niet contractueel mag worden beperkt?

Dit is een interessante vraag waarvan de beantwoording door het Hof van Justitie nog wel tot 2015 of 2016 op zich zal laten wachten. Het is te hopen dat het Hof dan ook een beetje duidelijkheid geeft in wat een rechtmatige gebruiker is en welk normale gebruik van een databank niet contractueel mag worden verboden. De advocaat-generaal had voorgesteld om daarover een aantal gedetailleerde deelvragen te stellen. Die suggestie heeft de Hoge Raad helaas niet overgenomen. Maar de ervaring leert dat het Hof van Justitie geen moeite heeft om vragen te herformuleren, uit te breiden of te beperken.

Intussen mogen PR Aviation en alle andere vergelijkbare websites voorlopig door met hun ticketboekingswebsite. ■