

12/03167

mr. G.R.B. van Peurseem

27 november 2015

Conclusie inzake:

Ryanair Limited

(hierna: Ryanair),

eiseres tot cassatie,

tegen

PR Aviation B.V.

(hierna: PR Aviation),

verweerster in cassatie.

Inleiding

Deze in 2008 gestarte databankzaak over *screen scraping*¹ door PR Aviation van Ryanairs website komt terug na prejudiciële verwijzing uit Luxemburg² en is na beantwoording van de door Uw Raad gestelde vraag op zich ambachtelijk niet ingewikkeld meer, al ziet PR Aviation dat anders³. De zaak heeft door Uw vraag en het antwoord daarop (met als kern dat art. 24a Aw niet in de weg staat aan contractuele gebruiksbeperkingen van deze databank, zoals het hof wel had aangenomen) een hele andere wending gekregen.

Eerst kort de processuele historie.

¹ Het gebruik van geautomatiseerde systemen of software om gegevens van een website te kopiëren. Voor het verwijzingsarrest is uitgebreid geconcludeerd door A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:115.

² Het verwijzingsarrest: HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, NJ 2015/304, m.nt. Hugenholtz, IER 2014/41, m.nt. Speyart, Computerrecht 2014/77, m.nt. Boonk, AA20140847, m.nt. Visser, AMI 2014/3, p. 89-93, m.nt. Schmieman.

Het antwoord op de prejudiciële vraag: HvJEU 15 januari 2015, C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10, NJ 2015/303, GRUR 2015/253 m.nt. Czychowski, GRUR-Prax 2015, 63, K&R 2015/3, p. 181, m.nt. Deutsch.

³ PR Aviation meent dat de prejudiciële vraag buiten de rechtsstrijd van partijen staat en dat het antwoord niet relevant is voor de onderhavige zaak, vgl. nadere s.t. onder 2 en 36. Volgens PR Aviation heeft Uw Raad zich in rov. 3.5.1. van het verwijzingsarrest schuldig gemaakt aan een "klassieke redeneerfout" (nadere s.t. onder 15) in de vorm van "overhaaste generalisatie" die valt onder de "logische drogredenen" (nadere s.t. voetnoot 10). Bij nadere s.t. onder 28 spreekt PR Aviation van "een evidente misslag" en verzoekt zij Uw Raad rov. 3.5.1 en 3.8.2 van het verwijzingsarrest "te verduidelijken, althans om daar gemotiveerd op terug te komen". Ook spreekt zij daar van "ambtshalve aanvullen" van cassatiemiddelonderdeel 2 en verzoekt zij heropening van de zaak conform HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1829, NJ 1997/340, m.nt. Snijders onder NJ 1997/341 (*Boumans/t Plenske*) en HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1906, NJ 1997/28. Ik zie daar onvoldoende redenen voor.

Rechtbank Utrecht oordeelde in 2010 Ryanairs primaire grondslag, databankenrechtinbreuk, niet genoegzaam voor een inbreukverbod, maar auteursrechtinbreuk op grond van geschriftenbescherming wel en kwam aan de meer subsidiaire grondslagen onrechtmatige daad en wanprestatie niet toe.

Hof Amsterdam wees in 2012 de primaire databankenrechtelijke grondslag ook af, om dezelfde reden als de rechtbank: er is niet aan het vereiste van substantiële investering voldaan. Het hof liet in het midden of een beroep op geschriftenbescherming hier wel mogelijk was⁴, want zo dat al zou kunnen, dan achtte het hof het verweer gegrond dat PR Aviation geen inbreuk maakt op het in art. 10 lid 3 Aw bedoelde verzamelwerk op grond van art. 24a Aw: PR Aviation maakt volgens het hof op geoorloofde wijze normaal gebruik van kosteloos door Ryanair openbaar gemaakte gegevens. Dat dat in strijd met Ryanairs gebruiksvoorwaarden was, maakt dat nog niet onrechtmatig volgens het hof. Ryanairs subsidiaire beroep op geschriftenbescherming strandt dus – anders dan bij de rechtbank – bij het hof wel. Ook de meer subsidiaire grondslagen onrechtmatige daad en wanprestatie zijn door het hof ontoereikend geacht voor toewijzing van een verbod en schadevergoeding.

A-G Verkade heeft in zijn conclusie voor het verwijzingsarrest al laten zien dat deze uitleg van het hof van art. 24a Aw “niet aansluit bij de geschiedenis van het corresponderende art. 6 lid 1 DbRI”⁵.

In cassatie voert Ryanair twee inhoudelijke onderdelen aan en een veegklacht. Het eerste onderdeel bestrijdt dat Ryanairs beroep op geschriftenbescherming faalt, maar dat strandde bij Uw Raad in het spoor van de conclusie van A-G Verkade op gebrek aan belang in rov. 3.5.1 van het verwijzingsarrest (kort gezegd: omdat geschriftenbescherming voor dergelijke databanken niet langer kan worden gehandhaafd). De gestelde prejudiciële vraag rees in het kader van onderdeel 2 dat de afwijzing van het wanprestatieberoep van Ryanair (commercieel gebruik in strijd met de voorwaarden) aanvecht: gelden de beperkingen van de contracteervrijheid van de rechthebbende uit art. 6, 8 en 15 van de Databankrichtlijn⁶ (hierna ook: DbRI) ook voor niet auteursrechtelijk of *sui generis*-rechtelijk beschermde databanken? Een vraag naar negatieve reflexwerking dus. Antwoord: nee⁷.

⁴ Dat was al jaren omstreden, gelet op het voorschrift uit art. 3 lid 1 DbRI dat bij auteursrechtelijke bescherming van databanken geen andere criteria mochten worden gehanteerd dan het oorspronkelijkheidscriterium; vgl. de (ook) op dit punt instructieve IER noot van Speyaert en de dito NJ noot van Hugenholtz onder het verwijzingsarrest met verdere vindplaatsen. Zie ook hoofdstuk 3A uit de conclusie van A-G Verkade voor het verwijzingsarrest.

⁵ In 3.49, vgl. ook 3.45 en uitvoerig 2.45.1-2.45.2 van deze conclusie.

⁶ Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Pb. L 77/20; het gaat m.n. om beperkingen van de contractsvrijheid volgend uit art. 6 lid 1, 8 en 15 van die richtlijn.

⁷ I.p.v.: ja *a fortiori* geldt de ratio (evenwichtsoverwegingen) voor dat dwingende recht voor *on*beschermde databanken, zoals IER-annotator Speyaert nog min of meer leek te verwachten in zijn noot onder het verwijzingsarrest. Of zoals AMI-annotator Schmieman het formuleert: “als je het meerdere mag, namelijk een beschermde databank gebruiken, zou het vreemd zijn als je het mindere, namelijk een niet-beschermde databank gebruiken, niet mag.” Voor vindplaatsen van deze annotaties zie voetnoot 2.

Een verrassende wending. Daaruit volgt volgens mij dat onderdelen 2.1 en 2.2 – zoals opgevat door Uw Raad in rov. 3.6 van het verwijzingsarrest – moeten slagen⁸. Deze zijn immers gericht tegen de verwerping van Ryanairs wanprestatieclaim. Die verwerping door het hof stoelt (uiteindelijk) op toepassing van de (weg)contracteerbeperkingen uit de Databankenrichtlijn. Nu het HvJEU heeft aangegeven dat op niet volgens een van de twee regimes uit de Databankenrichtlijn beschermde databanken deze richtlijn niet van toepassing is, gelden ook geen contracteerbeperking uit die richtlijn. PR Aviation heeft daar een afwijkende visie op, maar ik zie die niet slagen.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In het verwijzingsarrest is in rov. 3.1 aangegeven waar in cassatie van wordt uitgegaan. Heel kort samengevat: PR Aviation exploiteert een website waarop consumenten vluchtgegevens van budgetvliegmaatschappijen kunnen doorzoeken, prijzen kunnen vergelijken en tegen betaling van een provisie een vlucht kunnen boeken. De gegevens die nodig zijn om te voldoen aan een individuele zoekopdracht haalt PR Aviation onder meer uit een gegevensverzameling die is gekoppeld aan de ook voor consumenten toegankelijke website van Ryanair. Om toegang te krijgen tot de website van Ryanair heeft PR Aviation de toepasselijkheid van Ryanairs algemene voorwaarden aanvaard. Daarin staat onder meer dit:

“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 te onttrekken voor commerciële doeleinden (‘screen scraping’) is verboden, tenzij derden rechtstreeks met Ryanair een schriftelijke licentieovereenkomst hebben

⁸ Zie ik het goed, dan staat de eerdere conclusie van A-G Verkade in deze sleutel: als er geen ruimte meer is voor geschriftenrechtelijke bescherming van databanken, dan is daarmee de kous af (vandaar zijn primaire conclusie: tot verwerping). Althans: het hof heeft een uitleg gegeven aan art. 24a Aw die niet spoort met de oorsprong van art. 6(1) DbRI, waarover onderdeel 2 klaagt, zie de voorlopige analyse in 2.45.1, 2.45.2, 3.45 en 3.49 van zijn conclusie. Ervan uitgaande dat aanspraak gemaakt kan worden op geschriftenbescherming, moet dan worden gecasseerd. Verkade geeft vervolgens aan dat twijfel mogelijk is of deze uitleg van het hof wel onjuist is, reden waarom hij een aantal prejudiciële vragen voorstelt, waarvan de hoofdvragen in het kort zijn: levert gratis ter beschikbaarstelling voor een algemeen publiek op dat een gebruiker ‘rechtmatig gebruiker’ is volgens art. 6(1) DbRI en zo ja brengt art. 15 DbRI dan mee dat aan contractuele gebruiksbeperkingen perken zijn gesteld? De wending die de zaak door de vervolgens door Uw Raad gestelde prejudiciële vraag (een andere dan die voorgesteld door A-G Verkade) en het antwoord daarop nu heeft gekregen, maakt dat naar mijn inzicht nog relevantie van dit antwoord overblijft voor de wanprestatiegrondslag - ook al is uitgemaakt in het verwijzingsarrest dat geen plaats meer is voor geschriftenbescherming voor databanken en ook al is de uitleg van het hof gebaseerd op het veronderstellenderwijs ervan uitgaan dat een dergelijke bescherming wel zou kunnen. Dat maakt het resterende belang voor de wanprestatiegrondslag (immers verworpen op de inmiddels onjuist gebleken grond dat art. 24a Aw een stokje zou steken voor contractuele beperkingen als van Ryanair) volgens mij niet minder.

afgesloten, waarin de desbetreffende partij uitsluitend voor het doel van prijsvergelijking toegang wordt verleend tot de informatie van Ryanair over prijzen, vluchten en dienstregelingen.”

1.2 In het verwijzingsarrest is door Uw Raad in het kader van onderdeel 2 van het cassatiemiddel over het toepassingsgebied van de DbRI deze prejudiciële vraag gesteld:

“Strekt de werking van de DbRI zich mede uit tot online databanken die niet, op de voet van hoofdstuk II van de Richtlijn, worden beschermd door het auteursrecht en ook niet, op de voet van hoofdstuk III, door een recht sui generis, en wel in die zin dat ook in zoverre de vrijheid om gebruik te maken van dergelijke databanken met (al dan niet overeenkomstige) toepassing van art. 6 lid 1 en 8 in verbinding met art. 15 DbRI, niet contractueel mag worden beperkt?”

1.3 Het HvJEU heeft deze vraag ontkennend beantwoord:

“Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken moet aldus worden uitgelegd dat zij geen toepassing vindt wanneer een databank niet op grond van deze richtlijn wordt beschermd door het auteursrecht of door het recht sui generis, zodat de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van de richtlijn zich er niet tegen verzetten dat de maker van een dergelijke databank contractuele beperkingen stelt aan het gebruik ervan door derden, onverminderd het toepasselijke nationale recht.”

Het HvJEU overwoog daartoe onder meer dit:

“26 In het subsidiair aangevoerde tweede onderdeel van het middel van het beroep in cassatie stelt Ryanair in wezen dat het Gerechtshof te Amsterdam ten onrechte heeft geoordeeld dat het feit dat PR Aviation zich niet heeft gehouden aan het aan haar contractueel opgelegde verbod om aan de databank van Ryanair gegevens te onttrekken voor commerciële doeleinden zonder met Ryanair een schriftelijke licentieovereenkomst te hebben gesloten, geen wanprestatie van haar kant opleverde.

27 In dit verband vraag de verwijzende rechter zich af of het toepassingsgebied van richtlijn 96/9 mede databanken omvat die niet, op de voet van hoofdstuk II van deze richtlijn, worden beschermd door het auteursrecht en ook niet, op de voet van hoofdstuk III van de richtlijn, door het recht sui generis, alsmede of de beperkingen van de contractsvrijheid die volgen uit de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van de richtlijn, dus ook gelden voor die databanken.

(...)

29 Met zijn vraag, waarbij wordt uitgegaan van de premisse dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gegevensverzameling van Ryanair een databank in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9 is, maar niet wordt beschermd door het auteursrecht op grond van hoofdstuk II van die richtlijn en evenmin door het recht sui generis op grond van hoofdstuk III van de richtlijn, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 96/9 aldus moet worden uitgelegd dat gelet op de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van de richtlijn de vrijheid om gebruik te maken van een dergelijke databank niet contractueel mag worden beperkt.

30 Om te beginnen moet in herinnering worden geroepen dat volgens vaste rechtspraak een richtlijn uit zichzelf aan een particulier geen verplichtingen kan opleggen en dus als zodanig niet tegenover hem kan worden ingeroepen (zie met name arresten *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, punt 20; *Küçükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punt 46, en *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 37).

31 Het is tevens vaste rechtspraak dat de nationale rechter bij de toepassing van het interne recht dit zo veel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn (zie met name arresten *Pfeiffer e.a.*, C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 114; *Küçükdeveci*, EU:C:2010:21, punt 48, en *Dominguez*, EU:C:2012:33, punt 24).

32 Na deze inleidende overwegingen moet erop worden gewezen dat hoofdstuk I van richtlijn 96/9 in artikel 1, lid 2, een definitie geeft van het begrip „databank”.

33 Dat begrip heeft krachtens die bepaling weliswaar, zoals PR Aviation opmerkt, een ruime reikwijdte, vrij van overwegingen van formele, technische of materiële aard (zie in die zin arrest *Fixtures Marketing*, C-444/02, EU:C:2004:697, punten 20-32), maar de definitie van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9 geldt volgens de bewoordingen van de richtlijn „[i]n [het kader van] deze richtlijn”.

34 Volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 96/9 strekt de richtlijn tot „rechtsbescherming van databanken”. De richtlijn voorziet dienaangaande in twee vormen van rechtsbescherming voor databanken. De eerste vorm is geregeld in de in hoofdstuk II van de richtlijn opgenomen artikelen 3 tot en met 6 en betreft de bescherming door het auteursrecht, welke bescherming volgens artikel 3, lid 1, van de richtlijn geldt voor databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen. De tweede vorm is geregeld in de in hoofdstuk III van richtlijn 96/9 opgenomen artikelen 7 tot en met 11 en betreft de bescherming door een recht sui generis, welke bescherming volgens artikel 7, lid 1, van de richtlijn geldt voor databanken waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering. Voor die twee vormen van rechtsbescherming is in gemeenschappelijke bepalingen voorzien in de in hoofdstuk IV van de richtlijn opgenomen artikelen 12 tot en met 16.

35 Anders dan PR Aviation betoogt, kan op basis van de omstandigheid dat een databank voldoet aan de bestanddelen van de definitie van artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9, dus niet worden geoordeeld dat de databank binnen de werkingssfeer van de bepalingen van die richtlijn met betrekking tot het auteursrecht en/of het recht sui generis valt wanneer zij niet voldoet aan de in artikel 3, lid 1, van de richtlijn genoemde voorwaarde voor bescherming door het auteursrecht of aan de in artikel 7, lid 1, van de richtlijn neergelegde voorwaarde voor bescherming door het recht sui generis.

36 Wat de bepalingen van richtlijn 96/9 betreft die de verwijzende rechter in zijn vraag specifiek heeft vermeld, moet hieraan worden toegevoegd dat artikel 6, lid 1, van de richtlijn, op grond waarvan de rechtmatige gebruiker van een databank onder bepaalde voorwaarden de in artikel 5 van de richtlijn genoemde handelingen mag verrichten zonder toestemming van de maker van de databank, net als artikel 5 is opgenomen in het hoofdstuk van de richtlijn dat betrekking heeft op het auteursrecht, en dus geen toepassing vindt wanneer sprake is van databanken die niet auteursrechtelijk worden beschermd.

37 Artikel 8 van richtlijn 96/9, dat onder meer de rechten van de rechtmatige gebruiker van een databank omvat, staat vermeld in het hoofdstuk van de richtlijn over het recht sui generis en vindt derhalve geen toepassing wanneer databanken niet door het recht sui generis worden beschermd.

38 Artikel 15 van richtlijn 96/9, dat ziet op het dwingende karakter van sommige bepalingen van de richtlijn en elk daarmee strijdig contractueel beding nietig verklaart, heeft expliciet slechts betrekking op de artikelen 6, lid 1, en 8 van de richtlijn.

39 Uit het onderwerp en de structuur van richtlijn 96/9 volgt derhalve dat de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van die richtlijn, op grond waarvan rechtmatige gebruikers van een databank bepaalde dwingende rechten hebben, geen toepassing vinden wanneer een databank niet krachtens de richtlijn wordt beschermd door het auteursrecht of door het recht sui generis, zodat de richtlijn zich niet verzet tegen contractuele bedingen die de voorwaarden voor het gebruik van een dergelijke databank regelen.

40 Dit blijkt ook uit de algemene opzet van richtlijn 96/9. Zoals Ryanair en de Europese Commissie hebben opgemerkt, berust deze richtlijn op een evenwicht tussen de rechten van de persoon die een databank aanlegt, en de rechten van rechtmatige gebruikers van die databank, namelijk derden die van die persoon toestemming hebben gekregen om de databank te gebruiken. Tegen die achtergrond kunnen de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van richtlijn 96/9, die voorzien in rechten voor rechtmatige gebruikers en aldus een beperking inhouden van de rechten van de maker van de databank, slechts worden toegepast wanneer het gaat om een databank waarop de maker ervan rechten heeft op grond van het in artikel 5 van de richtlijn neergelegde auteursrecht dan wel op grond van het in artikel 7 van de richtlijn neergelegde recht sui generis. Deze artikelen zijn echter irrelevant als het een databank betreft waarop de maker geen van de genoemde rechten heeft op grond van richtlijn 96/9.

41 Anders dan PR Aviation aanvoert, heeft deze uitlegging van richtlijn 96/9 niet tot gevolg dat het minder interessant wordt om aanspraak te maken op de door die richtlijn in het leven geroepen rechtsbescherming omdat het de maker van een krachtens die richtlijn beschermde databank, in tegenstelling tot de maker van een databank die niet wordt beschermd krachtens de richtlijn, niet contractueel vrijstaat om de rechten van de gebruikers van zijn databank te beperken.

42 Een dergelijk betoog gaat immers voorbij aan het juridische en economische belang dat voor de persoon die heeft geïnvesteerd in het aanleggen van een databank, besloten ligt in de in de lidstaten geharmoniseerde automatische bescherming die verbonden is aan het uit het auteursrecht voortvloeiende uitsluitend recht om de verschillende in artikel 5 van richtlijn 96/9 genoemde handelingen aan zichzelf voor te behouden, en aan het recht om op grond van het recht sui generis de in de artikelen 7, leden 1 en 5, en 8, lid 2, van de richtlijn genoemde handelingen te verbieden. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft aangegeven, zijn voor het verkrijgen van deze bescherming geen formaliteiten vereist en hoeven er geen voorafgaande afspraken te worden gemaakt.

43 Indien de maker van een door richtlijn 96/9 beschermde databank toestemming geeft voor het gebruik van zijn databank of van een kopie daarvan, kan hij, zoals ook naar voren komt uit punt 34 van de considerans van de richtlijn, niettemin gebruiksregels vaststellen via een met de rechtmatige gebruiker gesloten overeenkomst waarin met inachtneming van de bepalingen van de richtlijn „de doeleinden en de gebruikswijzen” voor het gebruik van de databank of de kopie zijn vastgelegd.

44 Gaat het echter om een databank waarop richtlijn 96/9 niet van toepassing is, dan geniet de maker daarvan niet de door deze richtlijn in het leven geroepen rechtsbescherming, zodat hij slechts op grond van het toepasselijke nationale recht aanspraak kan maken op bescherming van zijn databank.

45 Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat richtlijn 96/9 aldus moet worden uitgelegd dat zij geen toepassing vindt wanneer een databank niet op grond van deze richtlijn wordt beschermd door het auteursrecht of door het recht sui generis, zodat de artikelen 6, lid 1, 8 en 15 van de richtlijn zich er niet tegen verzetten dat de maker van een dergelijke databank contractuele beperkingen stelt aan het gebruik ervan door derden, onverminderd het toepasselijke nationale recht.”

1.4 Partijen hebben hun standpunten naar aanleiding van het prejudiciële arrest nader schriftelijk toegelicht, waarna is gere- en gedupliceerd.

2. Nadere bespreking van onderdeel 2 van het cassatiemiddel

2.1 Onderdeel 2 wordt in rov. 3.6 van het verwijzingsarrest door Uw Raad zo op- en samengevat:

“3.6 (...) Het onderdeel houdt kort gezegd in dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, het beroep van Ryanair op de omstandigheid dat PR Aviation de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Ryanair heeft aanvaard, en dat deze voorwaarden onder meer het hiervoor in 3.1. onder (ii)⁹ geciteerde beding in houden, heeft verworpen. PR Aviation heeft, hoewel haar dit contractueel was verboden, aan de databank van Ryanair gegevens onttrokken voor commerciële doeleinden, zonder met Ryanair een schriftelijke licentieovereenkomst te hebben gesloten, zodat zij wanprestatie heeft gepleegd, aldus nog steeds het onderdeel.”

Na te hebben beargumenteerd in rov. 3.7.1 t/m 3.8.1 dat in cassatie uitgangspunt is dat PR Aviation toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Ryanair heeft geaccepteerd met inbegrip van het verbod van commercieel gebruik zonder schriftelijke licentieovereenkomst, volgt rov. 3.8.2, waarin volgens PR Aviation een aantal misslagen zouden staan:

“3.8.2 Daarvan uitgaande spitst de beoordeling van het onderdeel zich erop toe of het toepassingsgebied van de DbRI mede databanken omvat die niet, op de voet van hoofdstuk II van de Richtlijn, worden beschermd door het auteursrecht en ook niet, op de voet van hoofdstuk III van die Richtlijn, door een recht sui generis. Het gaat in dit verband met name om de vraag of de beperkingen van de contractsvrijheid die volgen uit de art. 6 lid 1, 8 en 15 DbRI, ook gelden voor databanken die niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke of sui generis bescherming.”

⁹ Dat is het hiervoor in 1.1 weergegeven contractuele verbod van commercieel gebruik zonder schriftelijke licentieovereenkomst.

De gedachte die daarbij heeft voorgezeten (vgl. rov. 3.8.3 van het verwijzingsarrest) is dat de uniformerende strekking van de Databankenrichtlijn mogelijk kan meebrengen dat wat voor beschermde databanken niet mag worden verboden, ook bij onbeschermde databanken niet contractueel kan worden beperkt. Uit het antwoord uit Luxemburg volgt dat dat niet zo is.

2.2 PR Aviation betoogt bij s.t. na verwijzing onder 38 in samenvatting dat rov. 3.8.2 niet alleen berust op een onjuiste aanname ten aanzien van het “niet-beschermd” zijn op grond van art. 3 DbRI, in Nederland geïmplementeerd in art. 10 lid 3 Aw, maar ook overigens berust op een misslag omdat de beoordeling van onderdeel 2 zich niet toespitst op de vraag naar het toepassingsgebied van art. 24a Aw. Onderdeel 2 gaat volgens PR Aviation nu juist niet over het toepassingsgebied, daar gaat onderdeel 1 over, maar neemt de omstandigheid dat deze zaak binnen het toepassingsgebied van art. 24a Aw valt als vertrekpunt. Dit uitgangspunt is volgens PR Aviation onbestreden in cassatie. Onderdeel 2 klaagt in essentie slechts over de vraag of het hof – uitgaande van het feit dat de casus binnen het toepassingsgebied van art. 24a Aw valt, het handelen van PR Aviation terecht heeft gekwalificeerd als “normaal gebruik” door een “rechtmatige gebruiker”. Daar wil PR Aviation vervolgens uit afleiden dat het Luxemburgse arrest niet zal kunnen leiden tot gegrondverklaring van de door Ryanair voorgestelde klachten. In feite betoogt PR Aviation dat de gestelde prejudiciële vraag zinloos is geweest, omdat het in onze zaak niet zou gaan om een onbeschermde databank. Dat lijkt mij op grond van het volgende niet juist.

2.3 Volgens rov. 4.16 *in fine* van het arrest a quo slaagt grief 6 van PR Aviation, door het hof zo geparafraseerd:

“4.16 (...) 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. (...)”

Dat werkt het hof vervolgens uit in rov. 4.17 t/m 4.23 (en onderdeel 2 is als gezegd gericht tegen rov. 4.19 t/m 4.23). Het hof heeft in de bestreden uitspraak veronderstellenderwijs aangenomen dat Ryanairs gegevensverzameling onder het geschriftenbeschermingsregime van art. 10 lid 1 onder 1° Aw valt, maar vervolgens geoordeeld dat in dat geval art. 24a Aw een beroep op die auteursrechtelijke grondslag in de weg staat, omdat de beperking uit Ryanairs gebruiksvoorwaarden in strijd zijn met dwingend recht (en nadat het hof de databankrechtelijke grondslag, langs dezelfde lijnen als de rechtbank, al had verworpen: geen substantiële investering). Het hof heeft daarna de meer subsidiaire grondslagen van de vordering van Ryanair beoordeeld. De onrechtmatigedaadsgrondslag is afgewezen en over de gestelde wanprestatie is overwogen: ook als ervan wordt uitgegaan dat PR Aviation de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Ryanair heeft aanvaard, is PR Aviation niet gebonden aan art. 3 van die voorwaarden vanwege art.

24a lid 3 Aw, dat correspondeert met art. 15 DbRI. Op deze grond heeft het hof geoordeeld dat ook de gestelde wanprestatie de vordering van Ryanair niet kan dragen.

2.4 Aan de inhoudelijke beoordeling van onderdeel 1 over het falende beroep op de geschriftenbescherming is in het verwijzingsarrest wegens gebrek aan belang niet toegekomen. Vgl. in rov. 3.5.1 van het verwijzingsarrest:

“(…) 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 (…).”

Dat is volgens Uw Raad zo, omdat geschriftenbescherming voor databanken als van Ryanair niet langer kan worden gehandhaafd. Het is gelet op het *Football Dataco* arrest¹⁰ in strijd met de Databankenrichtlijn; overigens is geschriftenbescherming inmiddels integraal wettelijk afgeschaft per 1 januari 2015¹¹.

Dat in combinatie met het in cassatie niet bestreden gegeven dat de databank van Ryanair niet aan het auteursrechtelijke oorspronkelijkheidscriterium voldoet¹², maakt dat de auteursrechtelijke grondslag van de baan is en daarmee zijn ook de overwegingen van het hof die zien op de verwerping van de auteursrechtelijke grondslag langs de lijn van art. 10 lid 3 jo. art. 24a Aw onjuist. Aan de door het hof gehanteerde vaststelling dat niet in geschil is dat de data¹³ van Ryanair een systematisch en methodisch geordende en afzonderlijk met elektronische middelen toegankelijke gegevensverzameling vormen in de zin van art. 10 lid 3 Aw komt dan ook, anders dan PR Aviation aanvoert, geen zelfstandige, andere, nadere betekenis toe (en al helemaal niet dat dit een databank in de zin van hoofdstuk II DbRI zou zijn); het hof heeft dit alleen gehanteerd in zijn naar inmiddels is gebleken foute uitleg van art. 24a Aw. PR Aviation doet een poging uit deze foute uitleg van het hof te construeren dat er toch sprake is van een langs de weg van hoofdstuk II DbRI beschermde databank, maar dat mist feitelijke grondslag; daar heeft Ryanair zich helemaal niet op beroepen (alleen subsidiair op geschriftenbescherming¹⁴), zodat het hof er ook van uit kon gaan dat zo'n databank in deze zaak niet aan de orde is. Volgens mij ziet PR Aviation over het hoofd dat voor art.

¹⁰ HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, NJ 2012/433, m.nt. Hugenholtz.

¹¹ Wet van 5 november 2014 tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van de bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker, Stb. 2014, 428.

¹² Rov. 3.5.1 van het verwijzingsarrest: “In het oordeel van het hof ligt besloten dat de gegevensverzameling (hierna ook: de databank) van Ryanair niet aan dit oorspronkelijkheidsvereiste voldoet, hetgeen in cassatie niet is bestreden.”

¹³ Let wel: het hof rept in rov. 4.18 niet van de *databank* van Ryanair, zoals PR Aviation wil doen geloven, maar van de *vlichtgegevens* als een gegevensverzameling in de zin van art. 10 lid 3 Aw en dat is wat anders.

¹⁴ Op wat PR Aviations nadere s.t. “object B” noemt, de gewone auteursrechtelijke bescherming ten aanzien van de materialen die zijn opgenomen in de databank, wordt volgens mij, anders dan PR Aviation ingang wil doen vinden, in deze procedure geen beroep gedaan (voor zover dit wat anders zou moeten zijn dan de ingeroepen geschriftenbescherming).

10 lid 3 Aw bescherming evengoed een (verzamel) originaliteitsvereiste geldt in databankenrechtelijke context en Unierechtelijk uiteindelijk niet aan een verzameling onpersoonlijke geschriften auteursrechtelijke bescherming kan worden verleend buiten de Infopaq-criteria om¹⁵.

2.5 In cassatie dient (veronderstellenderwijs) tot uitgangspunt dat PR Aviation de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Ryanair heeft aanvaard. Uitgaande van een databank zonder hoofdstuk II (die auteursrechtelijke databankbescherming wordt in deze procedure door Ryanair als gezegd niet ingeroepen) en hoofdstuk III Richtlijn-bescherming (de sui generis bescherming is in twee instanties verworpen, waarover in cassatie niet wordt geklaagd) in samenhang met de lezing door Uw Raad van onderdeel 2, diende zich in cassatie de vraag aan of het Unierechtelijk-databankenrechtelijk is toegestaan om met betrekking tot zo'n onbeschermd databank contractuele beperkingen op te nemen, die dwingendrechtelijk zijn verboden bij beschermde databanken (vanwege de ruime definitie van databank in hoofdstuk I van de DbRI). Het HvJEU heeft deze vraag nu ontkennend beantwoord.

2.6 Ik meen dat subonderdelen 2.1-2.2 dan, zoals opgevat door Uw Raad, naar de kern genomen dan slagen. Het oordeel van het hof dat het in strijd met de voorwaarden van Ryanair gebruiken van gegevens uit haar databank voor commerciële doeleinden Ryanair *niet* baat vanwege art. 24a lid 3 Aw, kan geen stand houden. Ryanair mag *wel* contractuele beperkingen stellen aan gebruik van haar gegevens door marktpartijen als PR Aviation in dit geval van een onbeschermd databank.

2.7 Zelfs als PR Aviation gevolgd zou moeten worden in haar betoog dat de grenzen van de rechtsstrijd in cassatie te ruim zouden zijn getrokken door Uw Raad (dat kan volgens mij in het midden blijven), dan moeten onderdelen 2.1 en 2.2 naar dezelfde kern genomen slagen, zoals Ryanair bij nadere repliek onder 12 aanvoert. Eng opgevat houden die klachten in dat het hof de begrippen "rechtmatige gebruiker" en "normaal gebruik" onjuist heeft verstaan, omdat het hof een mogelijkheid ziet voor een disculperend beroep op art 24a Aw/art. 6 DbRI. Uit het Luxemburgse arrest blijkt dat dat niet kan, zodat het oordeel van het hof over genoemde begrippen onjuist is, zodat de daartegen gerichte klachten moeten slagen.

2.8 Overigens heeft dit Luxemburgse antwoord – dat bij eerste beschouwing misschien aanspreekt: contractsvrijheid voor databanken die niet door de richtlijn worden bestreken – tot niet aanstonds aansprekend gevolg dat producenten van databanken die *niet* in aanmerking komen voor

¹⁵ In voetnoot 3 van de nadere s.t. stelt PR Aviation dat bij inleidende dagvaarding onder 25 een beroep is gedaan op het kort gezegd hoofdstuk II DbRI auteursrecht (wat zij "object A" noemt), maar dat lijkt mij niet juist. Op die plaats in de inleidende dagvaarding wordt juist een beroep gedaan op de auteursrechtelijke geschriftenbescherming (wat in de nadere s.t. wordt aangeduid met "object D"). Daarop ontspoort dit betoog. Ook Ars Aequi-annotator Visser (vgl. hiervoor voetnoot 2) analyseert dat Ryanair zich niet op het commune auteursrecht beroept in deze zaak.

auteursrechtelijke of databankenrechtelijke bescherming *meer* wegcontracteervrijheid hebben tegenover gebruikers van die databanken dan producenten van databanken *met* bescherming volgens de Richtlijn. Met annotator Hugenholtz (in diens NJ noot onder het verwijzingsarrest) zie ik geen aansprekende reden waarom de waarborgen voor de gebruiker van *beschermde* databanken, die dwingendrechtelijk zijn, *groter* zouden moeten zijn, dan bij *onbeschermde* databanken, waar zij gelet op de uitkomst van de Luxemburgse verwijzing *ontbreken*. Dat ligt in lijn met vorenbedoelde *a fortiori* verwachting van IER-annotator Speyaert en de “meerdere/mindere” redenering van AMI-annotator Schmieman onder het verwijzingsarrest. Ook GRUR-annotator Czychowski¹⁶ onder het HvJEU-arrest wijst hierop en geeft aan dat het Luxemburgse hof hier in punten 41-43 wel iets over roept, maar eigenlijk geen echt argument geeft voor dit feitelijk in een sterkere positie plaatsen (voor beperkingsmogelijkheden) van deze onbeschermde databanken ten opzichte van beschermde databanken: “Das ist aber auch genau das Dilemma, das entsteht, wenn man überhaupt Verträge über urheberrechtlich nicht geschützte Gegenstände zulässt.” Hij zoekt de nationaalrechtelijke oplossing daarvoor in het algemene voorwaardenrecht¹⁷. Ik acht dat een interessant gezichtspunt. De parallel doet enigszins denken aan contractuele bescherming van know-how, die niet in stelling te brengen is tegen niet (meer) geheime kennis die is doorgedrongen tot het publieke domein anders dan door schending van de gesloten geheimhoudingsverbintenissen.

2.9 Het is volgens mij nu eerst (waar nog mogelijk) aan het verwijzingshof om de vragen die dit kan oproepen (overigens: naar het contractueel ingeroepen toepasselijke recht) over mogelijke spanning van dit stelsel met mededingingsrecht, consumentenrecht en grondrechten onder ogen te zien bij de beoordeling of de door Ryanair ingeroepen wanprestatiegrondslag in deze zaak uiteindelijk opgaat bij deze onbeschermde databank¹⁸.

¹⁶ Zie voor vindplaatsen van deze annotaties hiervoor voetnoot 2.

¹⁷ “Es dürfte sich anbieten, dieses Dilemma am ehesten über AGB-rechtliche Einschränkungen zu lösen, damit der Anbieter einer nicht geschützten Datenbank sein vertragliche “Machtsposition” nicht über Gebühr ausnutzt.”

¹⁸ Bij s.t. na verwijzing neemt Ryanair daar al dit voorschot op in 4.4:

“De hierboven beschreven uitkomst is ten slotte ook rechtvaardig. Ryanair heeft nooit enig bezwaar gehad tegen prijsvergelijking: integendeel, als goedkoopste luchtvaartmaatschappij in Europa juicht zij prijsvergelijking juist toe. Ryanair is bereid met ieder een schriftelijke licentieovereenkomst af te sluiten, waarin de desbetreffende partij uitsluitend voor het doel van prijsvergelijking toegang wordt verleend tot de informatie van Ryanair over prijzen, vluchten en dienstregelingen. Dit staat met zoveel woorden in het litigieuze beding (8) en zelfs heeft Ryanair aan PR Aviation aangeboden zo’n licentievergoeding te sluiten, op grond waarvan PR Aviation rechtmatig en ongestoord toegang tot Ryanairs gegevensverzameling zou kunnen verkrijgen. Dit heeft PR Aviation echter steeds geweigerd (9). Ryanair benadrukt dit omdat PR Aviation telkens weer de onjuiste suggestie wekt dat Ryanair wel prijsvergelijking in de weg zou staan en ook de A-G daarvoor gevoelig is gebleken (10; verwezen wordt naar de conclusie van A-G Verkade voor het verwijzingsarrest onder 3.48.3). Het probleem is echter *niet* dat PR Aviation prijzen vergelijkt, maar dat PR Aviation ongevraagd en ongeautoriseerd Ryanair-tickets verkoopt, waarbij zij per ticket bemiddelingskosten in rekening brengt. Enerzijds profiteert PR Aviation hiermee om niet en tegen de wil van Ryanair van Ryanairs inspanningen en investeringen in haar databank. Anderzijds brengt dit Ryanairs business model in gevaar, omdat Ryanair daardoor inkomsten misloopt en zij reputatieschade lijdt voor zover reizigers menen dat Ryanair niet de goedkoopste luchtvaartmaatschappij van Europa zou zijn.

Of dit bijvoorbeeld mededingingsrechtelijk/consumentenrechtelijk afdoende concludent is, lijkt mij op dit moment in de procedure *in cassatie* niet nader aan de orde te kunnen komen.

2.10 Subonderdeel 2.3 lijkt mij te falen op de gronden aangeduid in de conclusie van A-G Verkade (onder 3.42.1-3.42.2) voor het verwijzingsarrest, die ik graag onderschrijf:

“3.42.1 Daarnaast is het hof hiermee volgens subonderdeel 2.3 buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, nu PR Aviation die 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.”

2.11 PR Aviation voert bij dupliek in cassatie nog aan dat belang zou ontbreken bij de behandeling van deze klachten in cassatie¹⁹. PR Aviation verliest uit het oog, zoals volgt uit rov. 3.7.1-3.7.2 van het verwijzingsarrest, dat de rechtbank aan de beoordeling van de wanprestatiegrondslag niet is toegekomen – en deze dus ook niet heeft afgewezen. Met het slagen van het principaal appel tegen de auteursrechtelijke (geschriftenbeschermings)grondslag stonden de overige door de rechtbank nog niet behandelde grondslagen open (vgl. rov 4.24 van het hofarrest). Het hof moest als gevolg van de (positieve zijde van de) devolutieve werking van het hoger beroep de door Ryanair niet prijsgegeven grondslagen in zijn beoordeling te betrekken. Het hof kwam daarmee aan de onrechtmatigedaads- en wanprestatiegrondslagen toe en heeft die op de aangegeven wijze afgedaan en is daarbij voor wat de wanprestatiegrondslag betreft uitgegaan van de naar inmiddels is gebleken onjuiste veronderstelling dat art. 24a Aw in de weg stond aan een beroep op contractuele beperkingen. De omstandigheid dat door Ryanair in het principaal hoger beroep slechts is geconcludeerd het bestreden vonnis te bekrachtigen, waarin een door de rechtbank zelf naar een auteursrechtelijke leest toegeschreven dictum staat²⁰, staat hieraan volgens mij niet in de weg. Het

¹⁹ Dupliek onder 15.

²⁰ Anders dan de algemeen luidende vorderingen van Ryanair in de inleidende dagvaarding.

andere aspect van het belangverweer van PR Aviation, dat ziet op de door partijen ingenomen stellingen in feitelijke instanties, vergt afwegingen van feitelijke aard waarvoor in cassatie geen ruimte is²¹.

3. Nadere bespreking van onderdeel 3 van het cassatiemiddel

3.1 Onderdeel 3 van het cassatiemiddel omvat een louter voortbouwende veegklacht tegen rov. 4.25, 4.26, 4.27-4.29, 5 en het dictum onder 6. Voor zover gericht tegen 4.26 (verwerping van de wanprestatiegrondslag) 4.27 (voor zover daarin mede de wanprestatiegrondslag wordt verworpen), 4.28 en 4.29 (over de proceskostenveroordelingen), 5 (afwijzing van de vorderingen van Ryanair, opnieuw voor zover daaronder begrepen de wanprestatiegrondslag) en 6 (het dictum, idem) is die klacht terecht, gelet op het slagen van subonderdelen 2.1 en 2.2.

4. Proceskostenveroordeling

4.1 Een enkel woord nog over de proceskostenvergoeding in deze gemengde zaak, deels op IE-rechtelijke grondslag, deels niet. In cassatie spelen alleen nog de auteursrechtelijke (geschriftenbeschermings)grondslag en wanprestatie. PR Aviation stelt dat onderdeel 1 over het geschriftenbeschermingsaspect gaat en dus ziet op een IE-grondslag van de vordering van Ryanair en onderdeel 2 over de verworpen wanprestatieclaim en dus een contractuele grondslag van die vordering betreft. De klachten van onderdeel 2 zien volgens PR Aviation niet op de handhaving van IE rechten, maar op wanprestatie en komen daarom niet voor vergoeding op de voet van art. 1019h Rv in aanmerking. Dat geldt ook voor de kosten van de verwijzingszaak in Luxemburg. Ryanair stelt daar tegenover dat PR Aviation de contractuele grondslag met een IE-verweer heeft bestreden, wat aanleiding was tot het stellen van prejudiciële vragen over de Databankenrichtlijn, waar Ryanair als winnaar uitkomt, zodat die kosten op de voet van art. 1019h Rv moeten worden vergoed.

4.2 De eerste visie lijkt mij juist, al is deze niet helemaal bevredigend. Als bij een gemengde zaak wordt toegewezen op een commuun civiele grondslag – en de vordering gebaseerd op de IE-grondslag wordt afgewezen – bestaat alleen aanspraak op een proceskostenveroordeling volgens het liquidatietarief²². Er vindt dan geen “verrekening” van de verloren IE-grondslag plaats volgens art.

²¹ Dupliek onder 16.

²² Zie o.m. Hof ‘s-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7194: liquidatietarief bij toewijzing op subsidiaire slaafse nabootsingsgrondslag onder afwijzing van de primaire auteursrechtelijke grondslag, rov. 4.18: “(...) De verwerping van de auteursrechtelijke grondslag is op zichzelf onvoldoende reden om Blond c.s. de in het kader van dat debat door Xenos gemaakte kosten te laten dragen. (...) Het stond Blond c.s. (...) in beginsel vrij om primair een van de in artikel 1019h Rv bedoelde grondslagen aan te dragen. (...)”; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:2013:GHARL:2013:6389: bij een gemengde zaak wordt een schatting gemaakt van proceskosten die aan het IE-deel van de procedure moeten worden toegerekend, rov. 3.26: “(...)”

1019h Rv, in de zin dat eiser dan als het ware de zaak gebaseerd op de IE-grondslag “verliest”, zodat de daarmee gemoeide kosten van de wederpartij (die de zaak verliest) volgens art. 1019h Rv in rekening moeten worden gebracht *ten laste van eiser* (winnaar op algemeen civiele grondslag). Dat zou per saldo in een noemenswaardig aantal gevallen neerkomen op een netto-betaling door de winnaar aan de verliezer. Dat is evident niet de bedoeling van het stelsel uit de Handhavingsrichtlijn. Zo wordt dit ook niet toegepast in de praktijk²³.

4.3 Dat betekent voor onze zaak het volgende. Onderdeel 1 faalt (al verworpen in het verwijzingsarrest), onderdeel 2 slaagt uiteindelijk (net als de meeste veegklachten uit onderdeel 3). De kosten van de verwijzingsprocedure bij het HvJEU en de kosten gemaakt in de cassatieprocedure na verwijzing zien volledig op onderdeel 2. Onderdeel 2 ziet op verwerping door het hof van de wanprestatiegrondslag: commercieel gebruik van de databank door PR Aviation in strijd met de overeengekomen gebruiksvoorwaarden. Het hof baseert die verwerping weliswaar op art. 24a lid 3 Aw, dat aanleiding vormde tot het stellen van een prejudiciële vraag over de reikwijdte van de Databankenrichtlijn, maar dat maakt niet dat daarmee de wanprestatiegrondslag “van kleur verschiet” en opeens een vordering wordt die ziet op handhaving van IE-rechten. Een dergelijke op wanprestatie gebaseerde vordering kan niet leiden tot een proceskostenveroordeling volgens art. 1019h Rv. De afwijzing van de primaire IE-grondslag, waar onderdeel 1 op leest, leidt zoals we hebben gezien niet tot een component art. 1019h Rv “verrekening” of iets dergelijks ten gunste van de uiteindelijke verliezer van de procedure. Ryanair wint op een niet IE-grondslag, wat in cassatie volgens mij moet resulteren in een proceskostenveroordeling volgens het liquidatietarief.

De opvatting van KMG dat dit tot gevolg zou moeten hebben dat een verliezende partij aanspraak heeft op een (volledige) proceskostenveroordeling indien de vordering op de andere grondslag wordt toegewezen, berust op een verkeerde lezing van artikel 1019h Rv. De rechtbank heeft KMG terecht als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld met toepassing van het algemene liquidatietarief”;

Hof Amsterdam 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3474: “3.5 (...) De vorderingen van Ajax in conventie zullen alsnog geheel worden afgewezen en die van [geïntimeerde] in reconventie worden gedeeltelijk toegewezen.

Nu de vorderingen voor zover die over en weer op merkenrechtelijke grondslag zijn ingesteld worden afgewezen, ziet het hof aanleiding om bij de kostenveroordeling de gevorderde toepassing van artikel 1019h Rv af te wijzen.

Ajax zal worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie op basis van het liquidatietarief, de kosten van het geding in reconventie zullen worden gecompenseerd. Gelet op de uitkomst van het geding in hoger beroep acht het hof het geraden dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.”

Zie ook HR 20 december 2012, ECLI:NL:HR:2013:2042, NJ 2014/49 (*Mag/Edco*) rov. 3.5: alleen voor het gedeelte toegewezen op auteursrechtelijke grondslag volgt een proceskostenveroordeling volgens art. 1019h Rv, waarna wordt overwogen: “(...) voor toewijzing van verdere kosten met betrekking tot de andere grondslagen van de vordering bestaat geen grond.”

²³ Dat hier toch niet een voor alle gevallen aansprekend resultaat wordt bereikt, wordt inzichtelijk als deze casus wordt vergeleken met die van (toegegeven: enigszins academisch) twee separate procedures tussen dezelfde partijen, waarin de ene stoelt op een IE-grond die leidt tot afwijzing en een tweede op een algemeen civiele grond die leidt tot toewijzing (beide gebaseerd op hetzelfde feitensubstraat, wel te verstaan). In dat geval heeft de eiser in de eerste zaak normaal gesproken wel de redelijke en evenredige proceskosten van gedaagde te dragen volgens art. 1019h Rv (en gedaagde in de tweede procedure die van eiser volgens het liquidatietarief). Ik moet zeggen dat dit verschil niet direct aanspreekt, ook al is het een licht theoretisch voorbeeld. Misschien is daar met een redelijkheidstoets een mouw aan te passen.

4.4 Mocht Uw Raad dat anders zien, zodat wel (deels) wordt toegekomen aan proceskostenbegroting volgens art. 1019h Rv (tenzij tot kostencompensatie wordt gekomen, maar ook daar zie ik geen termen voor nu Ryanair de cassatiezaak in mijn opvatting wint), dan komen wij daarbij naar mij wil voorkomen niet toe aan de "Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad", die vanaf 1 januari 2015 gelden. Die vinden in lopende zaken alleen toepassing als nog geen s.t. is gegeven. In onze zaak zijn al s.t.'s gegeven voorafgaand aan het verwijzingsarrest, ruim voor die datum. De s.t.'s van na 1 januari 2015 vormen daar alleen een nadere uitwerking van na beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag.

Overigens is niet in geschil dat de kosten gemaakt vóór het verwijzingsarrest van Uw Raad door partijen voor 80% moeten worden toegerekend aan het IE-gedeelte en voor 20% aan het niet-IE-gedeelte. Mocht er anders dan door mij verdedigd wel plaats zijn voor toewijzing van een art. 1019h Rv component in de ogen van Uw Raad, dan is de toeschatting daarvan ten aanzien van de procedure vóór verwijzing gegeven de verschaft specificaties en de in confesso zijnde 80%/20%-verdeling naar mij voorkomt niet problematisch. De kosten na verwijzing zijn allemaal terug te voeren op onderdeel 2.

5. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



Advocaat-Generaal