

Zaaknummer: 11/04472
Zitting: 7 september 2012

Mr M.H. Wissink
conclusie inzake:

STICHTING LEENRECHT

(hierna: SL)

tegen

**VERENIGING VAN OPENBARE
BIBLIOTHEKEN**

(hierna: VOB)

1. Inleiding, feiten en procesverloop

1.1 Deze zaak gaat over de vraag of de verlenging van een uitlening door een openbare bibliotheek van een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst in de zin van artikel 12, lid 1, onder 3° jo. lid 3 van de Auteurswet danwel van een prestatie van een uitvoerende kunstenaar, fonogrammenproducent, producent van eerste vastleggingen van films of oproeporganisatie als bedoeld in de artikelen 2, 6, 7a en 8 van de Wet op de naburige rechten (hierna: WNR), moet worden beschouwd als een nieuwe uitlening van dat exemplaar. Het antwoord is van belang voor de vergoedingen die voor uitleningen aan auteurs- en nabuurrechthebbenden moeten worden betaald. In zijn in cassatie bestreden arrest van 28 juni 2011 (LJN BR2527) heeft het gerechtshof 's-Gravenhage deze vraag ontkennend beantwoord.

1.2 Ten aanzien van de feiten is het volgende vastgesteld.¹

(i) De VOB is de vereniging van openbare bibliotheken in Nederland (hierna: 'de bibliotheken'). De VOB vertegenwoordigt de bibliotheken onder meer in de Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (hierna: 'de StOL'), waarin de op grond van artikel 15c Auteurswet, alsmede de artikelen 2 lid 3, 6 lid 3, 7a lid 3 en 8 lid 3 Wet op de naburige rechten, door de bibliotheken verschuldigde vergoeding (hierna: leenrechtvergoeding) voor het uitlenen van een geheel of gedeelte van een exemplaar van een werk, uitvoering, fonogram, vastlegging van een film en omroepprogramma (hierna: exemplaar) wordt vastgesteld.

¹ Zie het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 maart 2010, rov. 2.1-2.4 en het bestreden arrest, rov. 1.

(ii) Stichting Leenrecht is de op grond van artikel 15f lid 1 Auteurswet en artikel 15a WNR aangewezen rechtspersoon die belast is met de inning en verdeling van de leenrechtvergoedingen. Stichting Leenrecht vertegenwoordigt de rechthebbende in de StOL.

(iii) Met ingang van het jaar 2000 heeft de StOL een leenrechtvergoeding per uitlening vastgesteld.²

(iv) De bibliotheken hanteren uitleenreglementen die van toepassing zijn op de uitleenovereenkomsten die zij met hun leden aangaan bij het uitlenen van een exemplaar. Deze uitleenreglementen bevatten bepalingen over de duur van de uitlening en de voorwaarden waaronder de duur kan worden verlengd. De uitleenreglementen stellen aan verlengingen onder meer de voorwaarde dat het exemplaar in de tussentijd niet is gereserveerd door een ander lid van de bibliotheek. Daarnaast brengen sommige bibliotheken een aanvullende vergoeding in rekening voor een verlenging.

1.3.1 VOB heeft in deze procedure – voor zover in cassatie nog van belang: primair³ – een verklaring voor recht gevorderd, dat het verlengen van de beperkte tijd gedurende welke een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking wordt gesteld door voor het publiek toegankelijke instellingen niet is aan te merken als een separate nieuwe openbaarmaking van dat werk in de zin van artikel 12 lid 1 sub 3 jo. lid 3 Auteurswet, voor zover voor die verlenging geen separate nieuwe vergoeding van de gebruiker wordt gevraagd

VOB zondert van de gevraagde verklaring voor recht uit de verlengingen waarvoor door de bibliotheken een separate vergoeding van de gebruiker wordt gevorderd, omdat zij het redelijk acht om uit die ontvangen extra vergoeding een leenrechtvergoeding af te dragen, ook al is zij daartoe in haar visie niet verplicht.⁴

1.3.2 SL heeft zich in conventie verweerd. In reconventie heeft SL een verklaring voor recht gevorderd, dat onder 'ter beschikking stellen voor beperkte tijd' als bedoeld in artikel 12 lid 3 Auteurswet en artikel 1k WNR mede wordt verstaan het voor beperkte tijd ter beschikking stellen van een exemplaar aan de persoon aan wie direct daaraan voorafgaand een exemplaar voor beperkte tijd ter beschikking was gesteld, ongeacht of de voor het publiek toegankelijke instelling voor die tweede terbeschikkingstelling een separate vergoeding vraagt of vereist dat het exemplaar dat daarvoor aan de persoon ter beschikking gesteld was eerst aan de voor het publiek toegankelijke instelling wordt geretourneerd.

² Tegen de tweede volzin van rov. 2.3 (waarin de rechtbank vaststelde: "De hoogte van de vastgestelde leenrechtvergoeding is onafhankelijk van de duur van de uitlening.") is in appel door SL gegriefd. Zie daarover rov. 23-27.

³ De subsidiair gevraagde verklaringen voor recht zagen op de verschuldigdheid van de billijke vergoeding als bedoeld in artikel 15c lid 1 Auteurswet.

⁴ Rov. 2 van het bestreden arrest.

1.3.3 VOB wenst dus, kort gezegd, een verklaring voor recht dat een 'gratis' verlenging geen nieuwe uitlening is. SL wenst een verklaring dat een verlenging een nieuwe uitlening is.

1.4 De rechtbank 's-Gravenhage heeft de primaire vordering van VOB toegewezen en de reconventionele vordering van SL afgewezen. SL is hiervan in hoger beroep gekomen. VOB heeft in appel verweer gevoerd. Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 28 juni 2011 het bestreden vonnis bekrachtigd.

1.5.1 Het hof heeft de zaak in de kern beoordeeld vanuit het perspectief van het Europese en Nederlandse auteursrecht (en, blijkens rov. 3 in het voetspoor daarvan, de WNR) met betrekking tot de begrippen uitlening en openbaarmaking (rov. 4 onder a t/m rov. 16).

Het hof maakt een onderscheid tussen enerzijds het intern Nederlandsrechtelijke begrip openbaarmaking en anderzijds het begrip uitlening in de Europese verhuur- en uitleenrichtlijn welke in de Auteurswet (en de WNR) is omgezet. Daaraan doet niet af de keuze van de Nederlandse wetgever om in artikel 12, lid 1 onder 3^o Auteurswet uitlenen te kwalificeren als een vorm van openbaarmaking, omdat uitlenen een autonoom Unierechtelijk begrip is en de Auteurswet richtlijnconform moet worden uitgelegd (rov. 11).

Van *openbaarmaking* in de zin van "aan het publiek er beschikking komen" zoals bedoeld in HR 27 januari 1995, NJ 1995/669 (*Bigott/Doucal*) is reeds sprake zodra een werk in het bestand van uit te lenen werken van een bibliotheek wordt opgenomen. Het "vrij zijn of komen" c.q. de mogelijkheid tot reservering van een werk leidt volgens het hof niet tot een (hernieuwd) ter beschikking komen van het grote publiek; bij verlenging is van een (tussentijdse) juridisch relevante openbaarmaking die aan de weg zou staan aan het voortduren van de uitlening daarom geen sprake (rov. 14).

Uitlening in de zin van de richtlijn en de Auteurswet is volgens het hof een rechtshandeling, waarbij het werk voor een beperkte tijd aan een bepaalde persoon uit het betreffende publiek ten gebruik wordt afgestaan (rov. 8 en 15).

Verlenging is volgens het hof niet als een, in het kader van het communautaire begrip uitlening relevante nieuwe rechtshandeling aan te merken. De periode van verlenging valt immers onder de 'beperkte tijd' gedurende welke een gebruiker het werk tot zijn (feitelijke) beschikking krijgt (rov. 15).

1.5.2 Het hof heeft voorts geoordeeld dat, achtereenvolgens, het recht op een billijke vergoeding, de drie-stappentoets, de gedachte dat een uitzondering restrictief moet worden uitgelegd en de gestelde tijdelijke uitputting niet nopen tot de opvatting dat verlenging wel als een nieuwe uitlening moet worden aangemerkt (rov. 18-22).

1.5.3 Het hof wijdt ook nog een overweging aan het overige civiele recht met betrekking tot het begrip uitlenen (rov. 17).

1.5.4 Het hof besteedt ten slotte aandacht aan de door partijen binnen de StOI gemaakte afspraken over de vaststelling van de billijke vergoeding (rov. 23-27). Deze afspraken – en de historie en uitvoeringspraktijk waarop zij zouden berusten – worden door het hof buiten het Auteursrechtelijke uitleenbegrip gehouden.

1.6 Tegen het arrest heeft SL tijdig cassatieberoep ingesteld bij exploit van 28 september 2011. VOB heeft verweer gevoerd. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en op elkaars standpunten nader gereageerd.

2. Het juridische kader

Inleiding

2.1 Evenals het hof (rov. 3) en het middel (subonderdeel 1.1) bespreek ik de in cassatie aan de orde gestelde kernvraag – kort gezegd: of een verlenging een nieuwe uitlening is – in het licht van het auteursrecht nu de WNR in dit opzicht relevante geen afwijkingen bevat. Ik schets daartoe het juridische kader, waarbij achtereenvolgens worden besproken (i) de voormalige Nederlandse leenvergoedingsregelingen, (ii) de Europese Richtlijn verhuur- en uitleenrecht (VRL), (iii) de omzetting daarvan in de Auteurswet en de WNR en (iv) de rechtspraak van het HvJ over de VRL. Ik stel voorop dat deze stukken niet rechtstreeks ingaan op de kernvraag van de onderhavige procedure. Wel beiden zij aanknopingspunten voor de beantwoording ervan.

Voormalige Nederlandse leenvergoedingsregelingen

2.2 Het idee dat een auteur een vergoeding behoort te ontvangen voor het uitlenen van een exemplaar van zijn werk door openbare bibliotheken kent een relatief recente ontstaansgeschiedenis. Vóór de opkomst van de openbare bibliotheek was uitlening (van voornamelijk boeken) in het begin van de vorige eeuw alleen tegen betaling mogelijk bij particuliere/commerciële bibliotheken. Na de Tweede Wereldoorlog wonnen openbare bibliotheken sterk aan belang, mede omdat overheden de oprichting en verbetering van bibliotheken als een eigen taak gingen beschouwen. Toen het aantal uitleningen toenam, kwamen de eerste stemmen op om een vergoeding aan de rechthebbenden te verlenen. In een aantal Europese landen, waaronder Nederland, leidde dit tot regelgeving.⁵

2.3 De basis hiervoor was destijds niet de Auteurswet. Onder Auteurswet gold toen dat, wanneer een verveelvoudiging van een beschermd werk met toestemming van de

⁵ Verslag van 12 september 2002 over het uitleenrecht in de Europese Unie, COM (2002) 502 definitief, p. 3. Zie voorts H. Cohen Jehoram, 'Leeszegel, Büchereitantième, lending rights', NJB 1961/16, p. 337 e.v.

rechthebbende in het verkeer was gebracht, de openbaarmaking ervan was voltooid; een (aanbieding tot) verdere beschikbaarstelling aan derden door verhuur, bruikleen of op andere wijze werd niet als een (verdere) openbaarmaking beschouwd.⁶ Hierin kwam de uitputtingsleer tot uitdrukking. De ratio van de uitputtingsleer is erin gelegen, een evenwicht te creëren tussen de belangen van de auteur en die van het publiek, dat belang heeft bij een vrije circulatie van de door de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaren van een auteursrechtelijk beschermd werk en de vrije toegang tot deze geestesproducten.⁷ Het belang van de rechthebbende om een aandeel te hebben in de voortgezette exploitatie van het werk door middel van, onder meer, uitlening van exemplaren ervan kwam in de Auteurswet destijds dus niet tot uitdrukking.

2.4 De zojuist bedoelde rechtspraak heeft in Nederland de discussie over een uitleenrecht in een stroomversnelling gebracht.⁸ De toenmalige minister van CRM stelde in de begroting van 1972 een aanvullende geldsom beschikbaar ten behoeve van het Fonds voor de Letteren, welke leengeldvergoeding voor bellettristische schrijvers/vertalers werd berekend op basis van de hoeveelheid jaarlijks door bibliotheken aangeschafte boeken.⁹ Deze 'administratieve leenvergoedingsregeling'¹⁰ heeft 12 jaar bestaan. Zij is opgevolgd door een eerste wettelijke regeling van leenrecht in de Welzijnswet, die onder meer het openbare bibliotheekwerk regelde.¹¹

2.5.1 De Welzijnswet voorzag in een (beperkte) leenvergoeding ten behoeve van auteurs en uitgevers voor het uitlenen van bepaalde publicaties in openbare bibliotheken. Onder het begrip publicatie viel slechts een gedrukt, niet-periodiek werk dat in beginsel tenminste 32 pagina's omvatte en, indien het tekst bevatte, in het Nederlands of Fries was gesteld (artikel 21 onder c). De financiering van de vergoeding werd opgebracht door de rijksoverheid en

⁶ HR 20 november 1987, NJ 1988/280 m.nt. LWH (*Stemra/Free Record Shop*); HR 25 januari 1952, NJ 1952/95 (*N.V. Drukkerij de Spaarnestad/Leesinrichting Favoriet v.o.f; Leesportefeuille*). Dat de uitlening van een werk dat te voren al in druk is verschenen aan een brede kring niet viel onder het openbaarmakingsbegrip, kwam reeds aan de orde in de MvA (bij destijds art. 11), Kamerstukken II 1911/12, 227, nr. 5, p. 25.

⁷ Hierop werd gewezen bij de omzetting van de Europese verhuur- en uitleenrichtlijn in de MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23247, nr. 3, p. 9-10.

⁸ A.M.L. van der Kolk-van der Torren en R.S.J. Kurvers, *Ontwikkelingen in het leenrecht*, Den Haag: Raad van Advies voor Bibliotheekwezen en Informatievoorziening (RABIN), 1990, p. 9-10 met verwijzing naar o.m. H. Cohen Jehoram, NJB 1961, p. 337 e.v.; *Het bibliotheekwezen en het Fonds voor de Letteren*, rapport van een subcommissie (Brummel) van de Raad voor de Kunst, in: *Verslag van werkzaamheden en bevindingen over het jaar 1963*, Den Haag: Raad voor de Kunst 1964, p. 38-41; *Stichting Fonds voor de letteren*, verslag over de jaren 1967 en 1968, Rijswijk: [s.n.] 1969, bijlage C, p. 11 en 19-26.

⁹ Van der Kolk-van der Torren & Kurvers, a.w., p. 11.

¹⁰ H. Cohen Jehoram, 'De Nederlandse leenvergoedingsregeling tussen recht en beleid', NJB 1987, p. 1245.

¹¹ Wet van 14 februari 1987, houdende regelen ten aanzien van de beleidsvorming en de uitvoering en bekostiging van voorzieningen op het terrein van het maatschappelijke en sociaal-culturele welzijn, Stb. 73; nadien gewijzigd bij wet van 18 december 1991, Stb. 771. Omdat de inwerkingtreding wat langer op zich liet wachten, werd reeds daaraan voorafgaand de Tijdelijke regeling leenvergoeding voor auteurs en uitgevers van 12 december 1985, Stc. 18 december 1985, nr. 245, van kracht.

door de openbare bibliotheken naar rato van hun ledental. Uitleningen werden jaarlijks uitgekeerd (artikel 28); auteurs en uitgevers moesten wel elk jaar een vergoedingsaanvraag indienen (artikel 23).¹²

2.5.2 De vergoeding werd vastgesteld aan de hand van het aantal uitleningen van de betreffende publicatie. De Toelichting bij de tijdelijke regeling vermeldde reeds dat de feitelijke exploitatie van het werk het meest zuiver tot uitdrukking komt in het aantal uitleningen en dat daarom als tel-eenheid voor de repartitie is gekozen voor een jaarlijks aantal uitleningen bij openbare bibliotheken.¹³ Het aantal uitleningen werd door de Minister van WVC aan de hand van steekproeven (bij benadering) vastgesteld. De minister stelde jaarlijks een normbedrag per uitlening vast op basis van de totaal beschikbare financiering (artikel 25). De vergoeding bestond uit normbedrag maal het aantal uitleningen van het werk, maar de vergoedingen voor vaak uitgeleende publicaties werden 'afgetopt' ten behoeve van de auteurs en uitgevers van minder gelezen werken (artikelen 26-27).

Dit systeem berustte enerzijds op cultuurpolitieke overwegingen en anderzijds op de gedachte dat door het openbare bibliotheekwerk een voortgezette exploitatie van het werk plaatsvindt waarbij voor schrijvers en anderen een vergoeding op zijn plaats kan zijn.¹⁴

2.6 Bij de voorbereiding van de Welzijnswet bestond reeds discussie over de wenselijkheid om een leenrechtregeling in de Auteurswet op te nemen.¹⁵ Hoewel daarvoor toen niet is gekozen, kwam daarmee geen einde aan die discussie.¹⁶ De Minister van (destijds) WVC heeft uiteindelijk het voornemen uitgesproken na expiratie van de Welzijnswet op 1 januari 1992 tot een auteursrechtelijke regeling van het leenrecht te komen, in de zin dat het uitlenen van een beschermd werk als een auteursrechtelijk relevante handeling zou worden aangemerkt.¹⁷ Dat voornemen zou evenwel ingehaald worden door initiatieven van de Uniewetgever.

De Europese Richtlijn verhuur- en uitleenrecht (VRL)

2.7.1 Kort na de inwerkingtreding van de Welzijnswet presenteerde de Europese Commissie de "Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring

¹² Zie nader over de (voor- en nadelen van deze) Welzijnswet H. Cohen Jehoram, NJB 1987, p. 1247-1248; J. Linssen, 'Naar een leenrecht voor auteurs en uitgevers', AA 1984, p. 715-723.

¹³ Tijdelijke regeling leenvergoeding voor auteurs en uitgevers van 12 december 1985, Stcr. 18 december 1985, nr. 245, p. 4. Zo ook MvT, Kamerstukken II 1984/85, 18957, nr 3, p. 26.

¹⁴ MvT, Kamerstukken II 1984/85, 18957, nrs. 1-4, p. 25 en 44.

¹⁵ MvT, Kamerstukken II 1984/85, 18957, nrs. 1-4, p. 25. Vgl. bijv. H. Cohen Jehoram, 'Uiteindelijk nu toch een leen-of leesrecht?', NJB 1970/9, p. 255-258; J.H. Spoor, Scripta manent – de reproductie in het auteursrecht, Groningen: H.D. Tjeenk Willink B.V. 1976, p. 125 e.v.; S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteursrecht 1912, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1988, p. 133.

¹⁶ Zie voor een kort overzicht van die kritiek D. Visser, 'Leen blijft schizofreen', Mediaforum, 1993/10, p. 98-99. Zie verder bijv. M.W.B. Asscher, 'Wegens kritiek geprolongeed: de inhoudbare situatie van het pseudo-leenrecht in Nederland', AMI 1989/5, p. 117-121.

¹⁷ Kamerstukken II 1989/90 20928, nr. 4, p. 11-12. Zie ook historische overzicht in de MvT, Kamerstukken II, 1992/93, nr. 3, p. 5 e.v.

Immediate Action" van 7 juni 1988¹⁸ (hierna: Green Paper). In de hoofdstukken 2 en 4 van de Green Paper, gewijd aan 'Piracy' resp. 'Distribution Right, Exhaustion and Rental Right', heeft de Commissie onder andere voorgesteld harmoniserende maatregelen te nemen op het gebied van naburige rechten, alsmede een consultatie aangekondigd over de vraag of rechthebbenden voor de verhuur van beschermde werken een exclusief recht danwel een vergoedingsaanspraak zouden moeten ontvangen.¹⁹ Aanvankelijk deed de Commissie geen aanbevelingen op het gebied van 'lending rights'. Dit werd als volgt gemotiveerd:

"4.4.4 The Commission has so far received no request for the introduction in all Member States of a distribution right of general application in the copyright field. Most problems that have been mentioned seem to be capable of adequate solution at national level. It has been suggested, on the other hand, that the question of public lending or rental of books and the possible right of the author to receive remuneration for this use of his work is an issue requiring a solution at the Community level.

4.4.5. The desirability of allocating resources to this subject at Community level at this time seems far from evident, however.

4.4.6. First, in reality, only relatively small sums of money are at present involved. Commercial rental of books has practically disappeared. Public lending schemes, where they exist, generate only modest total revenues. In no Member State do they appear to exceed 10 million ECU per annum.

4.4.7. Second, the schemes operate only in a minority of Member States: Denmark, Germany, the Netherlands and the United Kingdom. Moreover, their introduction has on occasion generated considerable controversy. Establishing a political consensus in those circumstances, even at national level, has proved difficult and time-consuming. The chances of arriving at a Community consensus within a reasonable period of time are not great.

4.4.8. Third, of the four schemes in operation, those in force in Denmark, the Netherlands and the United Kingdom are not strictly speaking part of the copyright system at all, but a supplementary regime whereby authors receive sums from a fund largely financed from public sources. It may be doubted whether such forms of public financing are an appropriate subject matter for Community harmonization at this time.

4.4.9. Fourth, neither the absence nor presence of such schemes appears to cause significant problems for free circulation of books or to the development of book publishing in the Community. In particular, the lending or rental of books is far less closely linked to problems of private copying and piracy such as those that affect the audio-visual sector in the manner further explained below.

4.4.10. For all these reasons, the Commission is of the opinion that Community action in respect of approximation of laws in this area at the present time would not be justified."

2.7.2 Uit een consultatie over de Green Paper, in het bijzonder een hoorzitting op 18 en 19 september 1989, bleek dat de voorgestelde regeling op dit punt wijziging behoefde:

"4.2.2. Most participants in this hearing agreed to the need for a harmonization of rental rights. An overwhelming majority held that a harmonization should concern both rental right and non-commercial lending right and thus should go beyond the suggestions made in the Green Paper. There was unanimity that not only sound recordings and videograms should be covered by such a rental/lending right, but also all categories of works under Article 2 of the Berne Convention. In the view of many participants the determination of the beneficiaries of a rental/lending right should not be decided at the Community level but should be left the legislation of Member states.

¹⁸ COM (88) 172 final.

¹⁹ J. Reinbolthe, S. von Lewinski, The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, London: Sweet & Maxwell 1993, p. 3

4.2.3 Most participants were in favour of an exclusive right (to authorize or prohibit) for commercial rental. For lending right, most participants considered that a right to remuneration would suffice, which could preferably be exercised by collecting societies or other similar bodies."²⁰

2.7.3 De Commissie gaf hieraan gehoor en betrok de harmonisatie van het leenrecht in de daarop verschenen voorstel, welke leidde tot de Richtlijn verhuur- en uitleenrecht 1992 (hierna: VRL 1992).²¹

Blijkens het Explanatory Memorandum bij het voorstel voor de VRL 1992, werd het uitleenrecht beschouwd als een complement van het verhuurrecht. De beschikbaarheid van materiaal in openbare bibliotheken vormde een "significant additional use both in terms of quantity and economically" waarin de auteurs en nabuurrechthebbenden een aandeel dienden te hebben, ook omdat openbare uitlending ten koste zou gaan van de verkoop. Voorts werd gevreesd dat verhuur zou worden verdrongen door uitlending, indien niet ook uitlending zou worden geregeld.²²

2.8 De VRL 1992 is nadien vervangen door de Richtlijnverhuur- en uitleenrecht 2006 (hierna: VRL 2006).²³ De VRL 2006 bevat een gecodificeerde versie van de enige malen gewijzigde VRL 1992 en kent voor de onderhavige zaak geen relevante inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de VLR 1992.²⁴ Ik verwijs hieronder naar beide richtlijnen gezamenlijk als 'VRL'.

2.9 Aan de VRL ligt de gedachte ten grondslag dat verhuur en uitlending van groeiend belang zijn voor auteursrechthebbenden, terwijl piraterij een steeds groter gevaar wordt; een nieuw wettelijk kader is tegen die achtergrond noodzakelijk geacht om auteurs en uitvoerende kunstenaars in staat te stellen zich van een passend inkomen te kunnen voorzien.²⁵

Volgens het HvJ beoogt de VRL te garanderen dat auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen ontvangen en dat de bijzonder hoge en riskante investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, worden terugverdiend.²⁶

2.10 De regeling van het uitleenrecht in de VRL komt erop neer dat de Lid-Staten de rechthebbende een uitsluitend recht dienen te verschaffen (artikel 1 VRL 1992 respectievelijk artikel 1 VRL 2006), maar ervoor kunnen kiezen in plaats daarvan te voorzien in een

²⁰ Follow-up to the Green Paper, 17 januari 1991, COM (90) 584 final, p. 14 en 15.

²¹ Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, PbEU 1992, L346/61.

²² Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and on certain rights related to copyright, 24 januari 1991, COM (90) 586 final – SYN 319, nrs. 9 en 44.

²³ Richtlijn 2006/115/EG van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, PbEU 2006, L 376/28.

²⁴ Vgl. HvJ 9 februari 2012, C-277/10, *Luksan/Van der Let*, rov. 13.

²⁵ Considerans VRL 1992, 4e t/m 11^e overweging, en considerans VRL 2006 sub 2 t/m 8.

²⁶ Zie HvJ 28 april 1998, C-200/96, *Metronome Musik*, Jurispr. blz. I-1953, NJ 1999/192, SEW 1998, p. 480 m.nt H.M.H. Speyart, rov. 22; HvJ 6 juli 2006, C-53/05, *Commissie/Portugal*; HvJ 26 oktober 2006, C-36/05, *Commissie/Spanje*, rov. 26; HvJ 9 februari 2012, C-277/10, *Luksan/Van der Let*, rov. 77.

vergoedingssysteem (artikel 5 VRL 1992 respectievelijk artikel 6 VRL 2006). Artikel 1 VRL 2006 bepaalt:

1. Overeenkomstig dit hoofdstuk en onverminderd artikel 6 stellen de lidstaten een recht in om de verhuur en uitlening van originelen en kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken en anderszins beschermde zaken als omschreven in artikel 3, lid 1, toe te staan of te verbieden.
2. De in lid 1 genoemde rechten worden niet uitgeput door verkoop of enige andere vorm van verspreiding van originelen of kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken of anderszins beschermde zaken als omschreven in artikel 3, lid 1."

Artikel 2, lid 1, aanhef en onder b, VRL 2006 bepaalt:

"Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

(...)

- b) "uitlening": het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen".

Artikel 6 VRL 2006 bepaalt:

1. De lidstaten kunnen ten aanzien van openbare uitlening afwijken van het in artikel 1 bedoelde uitsluitende recht, mits ten minste de auteurs een vergoeding krijgen voor deze uitlening. Met inachtneming van hun doelstellingen voor bevordering van culturele activiteiten, kunnen de lidstaten de hoogte van deze vergoeding vrij vaststellen.
2. Wanneer de lidstaten het in artikel 1 bedoelde uitsluitende uitleenrecht betreffende fonogrammen, films en computerprogramma's niet toepassen, voeren zij ten minste voor de auteurs een vergoeding in.
3. De lidstaten kunnen bepaalde categorieën instellingen vrijstellen van betaling van de in de leden 1 en 2 bedoelde vergoeding."

2.11 De aarzelingen over de wenselijkheid van een regeling van een uitleenrecht op Europees niveau zijn ook bij de totstandkoming van de VRL 1992 blijven bestaan. De mogelijkheid om te kiezen voor een vergoedingssysteem beoogde ruimte te laten voor cultuurbeleid op nationaal niveau (in het bijzonder de toegankelijkheid van openbare bibliotheken) en om het bereiken van een compromis makkelijker te maken.²⁷

2.12 De regeling van artikel 5 VRL 1992 resp. 6 VRL 2006 biedt de Lid-Staten dan ook "veel speelruimte", zoals de Commissie het formuleert in haar Verslag over de werking van het openbare uitleenrecht (COM 2002, 502 (def.)), op p. 5. Deze speelruimte bestaat bijvoorbeeld ten aanzien van de gerechtigde tot de vergoeding (in ieder geval auteurs, maar mogelijk ook anderen; vgl. lid 1); de soorten werken waarvoor het vergoedingssysteem geldt (vgl. lid 2); en of het vergoedingssysteem al dan niet in het auteursrecht wordt ondergebracht.

²⁷ Reinbolthe & von Lewinski, a.w., p. 34-35 en 77-79; Het Explanatory Memorandum bij het voorstel, COM (90) 586 final - SYN 319, nr. 4.1; Verslag over de werking van het openbare uitleenrecht (COM 2002, 502 (def.)), p. 5.

2.13.1 In het bijzonder biedt de VRL de Lid-Staten de vrijheid het vergoedingssysteem vorm te geven. Zij mogen bepalen wie de vergoeding verschuldigd is, hoe deze wordt geïnd en verder wordt verdeeld. Zij mogen ook de hoogte van de vergoeding bepalen (lid 1, tweede volzin) en desgewenst een deel afroemen om een openbaar bibliotheekstelsel op te bouwen.²⁸

2.13.2 Het Explanatory Memorandum bij het voorstel, COM (90) 586 final – SYN 319, nr. 4.1 op p. 53-54, vermeldt daarover:

"Member States will have the greatest possible freedom in respect of shaping the measure. For example, they may provide a remuneration which is distributed other than according to the extent of the use." (p. 53) en

"The fact that the remuneration has to be "equitable" means on the one hand that the total remuneration must correspond to the extent of the total use, thus to the extent of lending in the specified libraries, and on the other hand, that the distribution is "equitable" as between the individual right owners or groups of right owners such as authors, translators, performing artists or phonogram producers. The remuneration has to be adequate regarding the creative, artistic or other contribution which the right owners have made to the lent object. The legislator or the administering body may determine in general, for example by way of fixing percentages for the individual groups of right owners, what has to be regarded as equitable." (p. 54).

Hieruit lijkt te volgen dat de repartitie niet strikt hoeft te corresponderen met het aantal uitleningen van een bepaald werk (vgl. het systeem onder de Welzijnswet). In hun commentaar lijken Reinbolthe & von Lewinski (a.w., p. 80), die ambtelijk betrokken waren bij de totstandkoming van de VRL 1992, het accent iets te verleggen:

"Member States may also determine the detailed criteria according to which the remuneration is to be distributed; these criteria however must reflect the general principle that a considerable part, if not the whole amount, of the remuneration has to be paid according to the extent of the lending, as may be seen from the wording "remuneration for such lending". The extent of lending of the works concerned and the amounts of the individual payments may be ascertained by random sampling and similar methods which do not give rise to unreasonable administration costs."

2.13.3 De Commissie vermeldde in haar Verslag over de werking van het openbare uitleenrecht (COM 2002, 502 (def.)), dat

"het expliciet is voorzien dat de Lid-Staten "vrij zijn de vergoeding vast te stellen" (p. 6)

en

"De lidstaten mogen het bedrag van de vergoeding vaststellen, maar moeten daarbij rekening houden met de doeleinden die aan de richtlijn en aan de auteursrechtelijke bescherming in het algemeen ten grondslag liggen." (p. 7).

²⁸ Reinbolthe & von Lewinski, a.w., p. 79-81.

Zoals hierna (bij 2.26) zal blijken, is deze vrijheid om de vergoeding te bepalen inderdaad door het HvJ nader omljnd.

2.14.1 De VRL voorziet in een uitsluitend recht ten aanzien van dan wel een vergoeding voor uitlening. Volgens de 12^e considerans van de VRL 1992 en de considerans onder 9 van VRL 2006 moeten de begrippen 'verhuur' en uitlening worden gedefinieerd. Deze definitie is opgenomen in artikel 1, lid 3, VRL 1992 en, inhoudelijk op dezelfde wijze, in artikel 2, lid 1, aanhef en onder b, VRL 2006 (hiervoor geciteerd).

2.14.2 Het Explanatory Memorandum verwijst ter toelichting van het eerste gedeelte van de definitie – het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd – naar de toelichting van de definitie van 'rental',²⁹ waar ten aanzien van de zinsnede 'voor een beperkte tijd' wordt vermeld:

"The expression 'for a limited period of time' means that the object has to be returned after a certain time. This is distinct from sale or gift, for example, being forms of making available for use for an unlimited period of time. The definition also includes any acts by which the provisions of Article 1 are circumvented or intended to be circumvented, such as the sale with option of repurchase at a price which is lower than the selling price, because such acts are intended to have the same result as acts of rental."

Over deze definitie vermelden Reinbolthe & von Lewinski, a.w., p. 36:

"The definition comprises all cases where the rental or lending object has to be or may be returned after a certain time. Hence, even sale with an option to repurchase at a price which is lower than the selling price is covered by the definition. Generally speaking, the definition also covers acts which have a different legal structure from rental or lending within the meaning of civil law but which are intended to have the same result as acts of rental or lending (and which may in fact amount to acts of attempted circumvention). Otherwise, the rental and lending right provisions of the Directive could easily be avoided by users such as rental outlets and thereby lose their importance or become obsolete."³⁰

2.14.3 De considerans bij VRL 2006 geeft (evenals de 13^e overweging bij VRL 1992) een nadere duiding van uitlening, die erop is gericht te verduidelijken dat niet is bedoeld daaronder ook een aantal met name genoemde gevallen te brengen:

"(10) Het is duidelijkheidshalve wenselijk bepaalde vormen van ter beschikking stellen, zoals het ter beschikking stellen van fonogrammen of films voor publieke vertoning of uitzending, het ter beschikking stellen voor tentoonstelling of het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plaatse, niet te beschouwen als "verhuur" of "uitlening" in de zin van deze richtlijn. "Uitlening" in de zin van deze richtlijn dient niet het ter beschikking stellen tussen voor het publiek toegankelijke instellingen onderling te omvatten."

²⁹ Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and on certain rights related to copyright, 24 januari 1991, COM (90) 586 final – SYN 319, p. 35 en 33.

³⁰ Zie ook S. von Lewinski, 'Rental and lending rights directive', M.M. Walter, S. von Lewinski (red.), European Copyright Law: a commentary, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 261.

Daaruit wordt door Reinbolthe & von Lewinski, a.w., p. 37, afgeleid dat raadpleging ter plekke in een bibliotheek niet onder de VRL valt.

Omzetting in de Auteurswet en WNR

2.15 De voor deze zaak relevante bepalingen van de Auteurswet (en WNR) zijn ingevoerd ter omzetting van de VRL 1992.³¹ De VRL 2006 is niet afzonderlijk omgezet.³² Voor de betekenis die de wetgever aan de omzettingsbepalingen toekende, kan dus worden volstaan met een onderzoek naar de wetgeving ter omzetting van de VRL 1992.

2.16.1 Artikel 1 Auteurswet verleent aan de rechthebbende van een auteursrechtelijk beschermd werk het uitsluitende recht om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Dit omvat de bevoegdheid derden te beletten deze handelingen te verrichten of dat onder bepaalde voorwaarden toe te staan. Artikel 12 Auteurswet bepaalt wat onder openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt verstaan. Krachtens de omzettingwet wordt het verhuren en het uitlenen opgenomen in artikel 12 lid 1 onder 3°:

“3° het verhuren of uitlenen van het geheel of een gedeelte van een exemplaar van het werk met uitzondering van bouwwerken en werken van toegepaste kunst, of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht;(...)”

Artikel 12, lid 3, bepaalt vervolgens:

“3. Onder uitlenen als bedoeld in het eerste lid, onder 3°, wordt verstaan het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen.”

Artikel 15c lid 1 bepaalt:

“1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het uitlenen als bedoeld in artikel 12, eerste lid, onder 3°, van het geheel of een gedeelte van een exemplaar van het werk of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht, mits degene die de uitlening verricht of doet verrichten een billijke vergoeding betaalt. De eerste zin is niet van toepassing op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12° tenzij dat werk onderdeel uitmaakt van een van gegevens voorziene informatiedrager en uitsluitend dient om die gegevens toegankelijk te maken.”³³

³¹ Wet van 21 december 1995 tot wijziging van de Auteurswet 1912 en de Wet op de naburige rechten in verband met de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992, PbEG 1992, L 346/61 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *Stb.* 653.

³² Brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken d.d. 18 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 21 109 (Uitvoering EG-Richtlijnen), nr. 169, p. 60. Het overzicht vermeldt ter toelichting: “Betreft codificatierichtlijn”.

³³ De laatste volzin verwijst naar de in artikel 10, lid 1, onder 12°, genoemde “computerprogramma’s en het voorbereidend materiaal” en speelt in deze zaak geen rol.

2.16.2 De omzettingwet introduceerde voorts de artikelen 15d, 15f en 15g, waarin het vergoedingssysteem op hoofdlijnen wordt geregeld. Ingevolge artikel 15d wordt de hoogte van de leenrechtvergoeding vastgesteld door de een aan te wijzen onderhandelingsstichting (dat is de StOL).³⁴ De inning en verdeling van de vergoedingen wordt door artikel 15f opgedragen aan een andere stichting (dat is de SL). Artikel 15g bepaalt:

"Degene die tot betaling van de in artikel 15c, eerste lid, bedoelde vergoeding verplicht is, is gehouden, voor zover geen ander tijdstip is overeengekomen, vóór 1 april van ieder kalenderjaar aan de in artikel 15f, eerste lid, bedoelde rechtspersoon opgave te doen van het aantal rechtshandelingen, bedoeld in artikel 15c. Hij is voorts gehouden desgevraagd aan deze rechtspersoon onverwijld de bescheiden of andere informatiedragers ter inzage te geven, waarvan kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de vergoeding."

2.16.3 De omzettingwet voorziet in overeenkomstige bepalingen in de artikelen 1, 2, 6, 7a, 8 en 15 t/m 15f WNR.

2.17 In aansluiting op de VRL 1992 werden de verhuur- en uitleenrechten als exclusieve verbodsrechten geformuleerd en werd door de Nederlandse wetgever ten aanzien van uitlening gebruikt gemaakt van de door artikel 5 VRL 1992 geboden optie om een vergoedingsstelsel in te stellen. Deze keuze was het resultaat van een belangenafweging:

"Met betrekking tot de positie van het bibliotheekwerk in het kader van de in dit wetsvoorstel gemaakte keuze ten aanzien van het uitlenen van geschriften merken wij het volgende op. Het bibliotheekwerk beroept zich op zijn wezenlijke functie in het realiseren van het aanbod van informatie en het algemeen belang dat daarmee wordt gediend. Gevreesd wordt dat, indien het uitlenen van boeken te zeer wordt belast, daarmee aan de functie van het bibliotheekwerk afbreuk wordt gedaan. Het openbare bibliotheekwerk geldt als een openbare sociale en culturele voorziening waarvan de (financiële) drempel zo laag mogelijk moet zijn voor de gebruiker. Er bestaat derhalve een spanningsveld tussen het algemeen belang en de individuele belangen van de maker. Maar juist doordat steeds duidelijker wordt dat de economische infrastructuur van het boek in Nederland mede door het beperkte taal- en afzetgebied zwak is en dat de kansen op verslechtering van de markt alleen nog maar toenemen, is meer oog gekomen voor het feit dat het individuele belang van de auteur ook een algemeen belang is. Het gaat hier niet uitsluitend om het materiële belang van de auteur. Auteurs moeten de vruchten van hun arbeid economisch kunnen exploiteren teneinde hen in staat te stellen ook in de toekomst hun arbeid voort te zetten, mede ten behoeve van het algemeen belang. Deze benadering heeft sterk bijgedragen aan het inzicht dat in de huidige omstandigheden met het oog op de toekomst maatregelen geboden zijn ter versterking van de economische positie van de maker. Deze visie mondt uit in de opvatting dat de belangen van bijvoorbeeld de bibliotheek en de belangen van de maker niet meer als op gespannen voet staand beschouwd moeten worden, maar als convergerend in een algemeen belang. Evenzeer als de bibliotheken maken de auteurs deel uit van een samenhangend boekwezen waarvan een stimulerend effect uitgaat op de leescultuur. Een leescultuur kan alleen tot bloei komen als daar een breed publiek bij betrokken is en de vergoeding voor het lenen niet zo hoog is dat de kans dat er drempels opgeworpen worden inderdaad reëel wordt. Wij menen dat de in het wetsvoorstel voorziene structuur voor de vaststelling

³⁴ Een - louter informatief en onder voorbehoud gegeven - overzicht van de meest recent vastgestelde leenvergoedingen is te raadplegen via www.leenrecht.nl.

van de hoogte van de leenvergoeding, waarop in de artikelsgewijze toelichting nader zal worden ingegaan, een waarborg biedt voor redelijke afspraken terzake." (MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23247, nr. 3, p. 10-11).

en

"Met dit voorstel wordt bereikt dat de auteur of diens rechtverkrijgende deelt in de opbrengsten van de exploitatie van het werk (i.c. een geschrift) door middel van uitlening, terwijl zijn rechtmatig in het verkeer gebracht werk voor het publiek toegankelijk is." (MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23247, nr. 3, p. 10-18).

2.18 Over de billijke vergoeding worden (naast passages die ingaan op het systeem van artikel 15c e.v.) in de MvT enige opmerkingen gemaakt, waaruit blijkt dat de vergoeding is gekoppeld aan de uitleningen:

"De verplichting tot betaling van een billijke vergoeding bestaat voor iedere uitlening van een geschrift. Wij nemen aan dat de thans in het kader van de in de Welzijnswet opgenomen leenvergoedingsregeling gevolgde procedure zal worden voortgezet.

Vergoedingsplichtig is degene die de uitleenhandeling verricht of doet verrichten. Het is aan deze om te bepalen in hoeverre hij de vergoeding op de lener wil afwentelen." (Kamerstukken II, 1992/93, 23247, nr. 3, p. 18).

en

"Zo legt artikel 15g een verplichting tot opgave van het aantal uitleningen op aan de betalingsplichtige. Deze regel draagt ertoe bij dat de omvang van de betalingsverplichting op een eenvoudige wijze kan worden vastgesteld.

Met de incasso-organisatie kunnen afspraken worden gemaakt over de termijn waarbinnen opgave van de gedurende een bepaald tijdval verrichte uitleningen dienen te geschieden." (Kamerstukken II, 1992/93, 23247, nr. 3, p. 22).

2.19 Het in artikel 15c voorziene vergoedingsstelsel is een kwestie van nationaal recht, aldus de Nota n.a.v. het Eindverslag:

"Artikel 5, eerste en tweede lid, van de richtlijn biedt de lid-staten de mogelijkheid om in geval van openbare uitlening van het uitsluitend uitleenrecht af te wijken, mits tenminste de auteurs een vergoeding voor de uitleen krijgen. Dit betekent dat de richtlijn de openbare uitlening niet harmoniseert. De lid-staten zijn binnen de in artikel 5 van de richtlijn gestelde grenzen vrij om het uitleenrecht naar believen vorm te geven. De harmonisatiegedachte behoeft derhalve bij de implementatie van dit onderdeel geen gestalte te krijgen. De regeling als voorgesteld in artikel 15c is derhalve een nationale regeling, die onzes inziens nationaal handhaafbaar is. Wij verwijzen naar hetgeen wij op p. 21 van de memorie van antwoord hierover opmerkten.

Harmonisatie van de openbare uitlening bleek in de Raadswerkgroep en de Raad geen haalbare kaart; het huidige artikel 5 van de richtlijn was op dit punt het maximaal haalbare. Een diepgaande discussie over de modaliteiten van zo'n uitleenrecht heeft niet plaatsgevonden; de discussie bleef steken in een discussie ten gronde." (Nota n.a.v. het Eindverslag, Kamerstukken II, 1993/94, 23247, nr. 8, p. 8).³⁵

³⁵ De MvA op p. 21, waarnaar in het citaat wordt verwezen, gaat in op de bepaling in artikel 15c, dat het werk in Nederland openbaar gemaakt moet zijn.

2.20.1 Ten aanzien van de begrippen 'verhuren' en uitlenen sluit de omzettingwet aan bij de VRL 1992, zoals blijkt uit de MvT en de MvA:

"De in de richtlijn opgenomen definities van deze twee begrippen zijn overgenomen, respectievelijk in artikel 12 van de Auteurswet en artikel 1 van de Wet op de naburige rechten." (MvT, Kamerstukken II, 1992/93, 23247, nr. 3, p. 1).

en

"Teneinde onduidelijkheid te voorkomen zijn de in de richtlijn opgenomen definities van verhuur en uitlening in het onderhavige wetsvoorstel overgenomen. De richtlijn laat de nationale wetgever geen vrijheid om deze begrippen nadere inhoud te geven." (MvA, Kamerstukken II 1993/94, 23247, nr. 5, p.11).

2.20.2 Conform de 13^e overweging, wordt raadpleging ter plekke niet als uitlening opgevat.

"In een nieuw tweede en derde lid van artikel 12 worden overeenkomstig artikel 1, leden 2 en 3, van de richtlijn de begrippen verhuren en uitlenen gedefinieerd. Onder verhuren wordt verstaan het voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen. Uitlenen wordt omschreven als het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen. In overweging 13 van de richtlijn wordt bij wijze van voorbeeld een aantal vormen van ter beschikking stellen niet beschouwd als verhuur of uitlening in de zin van de richtlijn. Genoemd worden het ter beschikking stellen van fonogrammen of films voor publieke vertoning of uitzending; het ter beschikking stellen voor tentoonstelling of het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plaatse. Ook wordt in deze overweging bepaald dat onder uitlening niet valt het ter beschikking stellen tussen voor het publiek toegankelijke instellingen onderling. Hierbij kan worden gedacht aan het interbibliothecaire of intermuseale leenverkeer." (MvT, Kamerstukken II, 1992/93, 23247, nr. 3, p. 14).

en

"Ook het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plekke wordt volgens de considerans van de richtlijn niet als verhuur of uitlening aangemerkt. In dit laatste geval verlaat het object niet de beschikkingsmacht van degene die het voor deze raadpleging beschikbaar stelt." (MvA, Kamerstukken II 1993/94, 23247, nr. 5, p. 11. Zie ook p. 2).

2.20.3 Uit de gedachtewisseling over schoolboekenfondsen, waarbij de vraag zou kunnen rijzen of sprake zou zijn uitlenen dan wel van 'verhuren', blijkt dat volgens de wetgever een dergelijke vraag zou moeten worden beantwoord in het licht van de definities en considerans van de VRL aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.³⁶

2.21.1 Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat het vergoedingssysteem in de praktijk vorm moest krijgen.

2.21.2 Zo wordt in de Memorie van Antwoord opgemerkt naar aanleiding van de door sommige bibliotheken geboden 'sprinterservice' voor actuele titels (het aanbieden van nieuwe

³⁶ MvA, Kamerstukken II 1993/94, 23247, nr. 5, p. 12, 16-17.

bestsellers tegelijk met het verschijnen in de boekhandel tegen een leengeld van f 2,50 per uitlening per week):

"Er is immers sprake van ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen voor beperkte tijd terwijl het hogere uitleningsbedrag geen direct of indirect economisch of commercieel voordeel oplevert voor de uitlenende instelling (overweging 14 van de richtlijn). Het staat de rechthebbenden overigens vrij om in het kader van de onderhandelingen over de hoogte van de billijke vergoeding voor te stellen te differentiëren voor (deze) specifieke vormen van uitlening. Wij zien geen reden om hiervoor af te wijken van het voor het uitlenen van geschriften voorgestelde regime van een billijke vergoeding. Anders dan de leden van de fractie van D66 menen wij ook dat het wetsvoorstel de ruimte biedt om waar gewenst differentiaties toe te passen. Juist door de keuze voor een auteursrechtelijke regeling is hierin voorzien." (MvA, Kamerstukken II, 1993/94, n.,5, p. 10).

2.21.3 Ten slotte kan worden gewezen op de reactie op een voorstel van de D66-fractie om een bepaald opslagpercentage te hanteren per aangekocht exemplaar:

"Consequentie hiervan is dat de hoogte van de vergoeding wordt losgekoppeld van het aantal uitleningen dat door bibliotheken wordt verricht. Hiermede wordt het auteursrechtelijke principe verlaten. Daar komt bij dat een systeem van een opslagpercentage onvoldoende recht doet aan het wezen van huren of uitlenen als voortgezette exploitatie. Het huren en uitlenen wordt in dat geval immers onderdeel gemaakt van de primaire exploitatie, namelijk de verkoop. Er wordt een extra vergoeding in rekening gebracht bij de aankoop van exemplaren, hetgeen gaat lijken op een belastingheffing. (...)

Met betrekking tot de ervaringen opgedaan met de uitvoering van de Tijdelijke wet leenvergoeding kan het volgende worden opgemerkt. Sinds de invoering van de leenvergoedingsregeling in 1986 hebben steeds meer bibliotheken hun uitleenbestanden geautomatiseerd. Steeds meer bibliotheken zijn derhalve in staat om gegevens betreffende het aantal uitleningen van een werk te leveren en hebben hun geautomatiseerde bestanden hierop inmiddels ingesteld. Nu dit systeem nauwelijks meer problemen oplevert, is het naar onze mening niet opportuun om nu weer naar een ander systeem over te stappen. Opgemerkt dient te worden dat de gegevens betreffende het aantal uitleningen zowel voor de incassoorganisatie als voor de onderhandelingsstichting een belangrijke factor opleveren in het kader van de onderhandelingen of bij het vaststellen van de individuele vergoedingen." (Kamerstukken I 1994/95, 23247, nr. 265b, p. 2-3).

Hieruit blijkt dat de praktische mogelijkheden mede de vorm van het vergoedingssysteem bepalen.

2.22 Uit de voorgaande inventarisatie kunnen m.i. de volgende conclusie worden getrokken ten aanzien van de omzetting van de VRL in de Auteurswet (en de WNR).

De Nederlandse wetgever is bij de omzetting uitgegaan van de systematiek en begrippen van de VRL 1992.³⁷

In het bijzonder ten aanzien van het begrip uitlenen is aansluiting gezocht bij de definitie van dit begrip in de VLR 1992. Dat berustte mede op de gedachte dat de nationale wetgever in dit opzicht geen keuzevrijheid heeft.

³⁷ De omzetting van de VRL 1992 in de WNR op het punt van de wereldwijde dan wel Europese uitputting was aan de orde in HR 25 oktober 1996, LJN ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. DMFV (*Pink Floyd/Rigu Sound*). Daaruit blijkt dat de wetgever de richtlijn goed wilde omzetten, maar daarin op dit punt niet was geslaagd.

In het licht van de considerans van de VRL is onder uitlenen niet verstaan het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plekke; daarbij is opgemerkt dat in dit geval het object niet de beschikkingsmacht verlaat van degene die het voor deze raadpleging beschikbaar stelt. Voorts is onder ogen gezien dat zich in de praktijk gevallen kunnen voordoen waarbij aan de hand van de concrete omstandigheden zou moeten worden bezien, of sprake is van uitlening in de zin van de VRL.

Er is gebruik gemaakt van de optie om voor openbare uitleningen een vergoedingssysteem in te richten. Daarbij is onder ogen gezien dat dit systeem niet een geharmoniseerde, maar een nationale aangelegenheid is.

Het vergoedingssysteem werd ten opzichte van dat van de bestaande Welzijnswet opnieuw opgezet, hoewel in bepaalde opzichten daarop in de praktijk kon worden voortgebouwd. Het vergoedingssysteem zou in de praktijk vorm moeten krijgen, mede in het licht van de praktische mogelijkheden.

2.23 Volledigheidshalve wijs ik erop dat in de Tweede Kamer is geconstateerd dat thans de vraag naar de status van verlengingen speelt, waarbij wordt verwezen naar de onderhavige procedure.³⁸

2.24.1 Ik maak nog kort enige opmerkingen over de omzetting van de VRL in andere Lid-Staten. De VRL is in de Lid-Staten op verschillende wijzen is omgezet. Sommige landen werken met een vergoedingssysteem voor uitlening, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Tussen die systemen bestaan de nodige verschillen, onder meer met betrekking tot de grondslag van de heffingen en de wijze van verdeling ervan.³⁹

2.24.2 Wordt nader gezocht naar het begrip uitlenen, dan lijkt daarvoor in het Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk in beginsel te wordt aangesloten bij de VRL.

De Franse omzettingbepalingen in artikel L 133-1 Code de la propriété intellectuelle bevatten geen definitie van 'prêt', hetgeen wordt beschouwd als een verwijzing naar de begripsbepaling in de VRL.⁴⁰

§ 27, tweede lid, Urhebergesetz volgt de definitie van de VRL. Deze bepaling bestond reeds sinds 1972 en is bij de implementatie van de VRL 1992 nagenoeg ongewijzigd is gebleven.⁴¹ De opvatting dat in geval van referentieuitlening geen sprake is van uitlening, is niet onomstreden, maar wordt door een deel van de literatuur ontkennend beantwoord juist

³⁸ Zie dossiernummer 28330, i.h.b. een aangenomen motie van de leden Van Vroonhoven-Kok en Leerdam dat verband houdt met de onderhavige procedure (Kamerstukken II 2009/10, 28330, nr. 47; Handelingen TK 2009/10, 28330, p. 6143-6143; zie ook nr. 44 op p. 5 en 18-19) en de brieven van minister Plasterk van 19 juni 2009 en 19 augustus 2009 over (de hoogte van) het leenrecht (Kamerstukken II, 2008/09, 28330, nrs. 39 en 40).

³⁹ M-F. Audouard e.a., *Public Lending Right in the world: copyright and cultural policies*, Paris: Dalloz 2008.

⁴⁰ A. Lucas en H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris: LexisNexis Litec 2006, p. 218, p. 218-219. Zie voorts F.-M. Piriou, *Public Lending Right in France*, in: M-F. Audouard e.a., a.w., p. 232 e.v.

⁴¹ Zie nader I. Schmitt, *Public lending right in Germany*, in: M-F. Audouard e.a., a.w., p. 32.

met het beroep op de considerans van de VRL. Een commentaar vermeldt hierover: "*Weder im Richtlinientext noch in dessen Umsetzung wurde über die ausdrücklich geregelten Ausnahmen hinaus eine weitere Regelung getroffen. Dies bietet zumindest dort genügend Auslegungsspielraum für eine Vergütungspflicht, wo sie im Einzelfall angemessen ist.*"⁴²

Na omzetting van de VRL omschrijft artikel 18A lid 2 sub b van de Copyright, Designs and Patents Act van 1988 'lending' als "making a copy of the work available for use, on terms that it will or may be returned, otherwise than for direct or indirect economic or commercial advantage, through an establishment which is accessible to the public."⁴³ In verband met de vraag of sprake is van "making available on a temporal basis" dan wel van een uitwijkingsconstructie zegt een handboek "*It is a question of fact in each case*".⁴⁴ Aspecten van de *public lending rights* worden nog steeds beheerst door de *Public Lending Right Act 1979* en het daarop gebaseerde *Public Lending Right Scheme* van 1982, waarin wordt gewerkt met het begrip "*loans*". Dat zijn "*loans whereby books are lent out from a service point to individual borrowers, and includes loans of books not normally held at that service point.*"⁴⁵

Het begrip uitlenen lijkt verder niet of nauwelijks uitgewerkt te zijn. Relevante uitspraken van rechters van andere lidstaten over de uitleg van dit begrip heb ik (in Caselex) niet gevonden.

2.25.1 Ten aanzien van beperkingen van het auteursrecht is voorts van belang dat artikel 5 van de Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, PbEG 2001 L167/10 (hierna: de Auteursrecht-richtlijn) – tegen de achtergrond van artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie van 1886 – voor zover thans aan de orde bepaalt:

"2. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:

[...]

c) in welbepaalde gevallen, de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven;

[...]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad."

2.25.2 Hoewel de in deze bepaling vervatte beoordeling – ook wel: de drie-stappentoets – blijkens de parlementaire geschiedenis niet in de Auteurswet is opgenomen omdat het zich tot

⁴² Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2008, § 27 randnr. 17.

⁴³ <http://www.legislation.gov.uk/uk/si/1996/2967/regulation/10/made>. Zie ook J.I. Krikke, Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving, Deventer: Kluwer 2000, p. 103.

⁴⁴ H. Laddie e.a., The Modern Law of Copyright and Designs, London/Edinburgh, Dublin: Butterworths 2000, p. 684, 695.

⁴⁵ H. Laddie e.a., a.w., p. 701-702; Copinger and Skone James on Copyright, London: Sweet & Maxwell 1991, p. 379.

de wetgever richt en opnemingsrechtsonzekerheid in de hand zou werken⁴⁶, dient de rechter in bepaalde gevallen bij de uitleg van een beperking op een auteursrecht de drie-stappentoets te hanteren.⁴⁷

Rechtspraak van het Hof van Justitie

2.26 De begrippen uitlenen en 'vergoeding' zijn tot op zekere hoogte verduidelijkt in HvJ 20 juni 2011, C-271/10, LJV BR1002, NJ 2011/511, *VEWA/België*.⁴⁸ Het HvJ moest de vraag beantwoorden of artikel 5, lid 1, VRL 1992 zich verzet tegen een wettelijke regeling, die een stelsel invoert waarbij de vergoeding die bij openbare uitlening aan auteurs is verschuldigd uitsluitend wordt berekend op basis van het aantal in de openbare instellingen ingeschreven leners en een per jaar per lener vastgesteld forfaitair bedrag. Dit stelsel bleek niet te voldoen aan de VRL. Belangrijker dan die conclusie, is thans de wijze waarop het HvJ daartoe komt.

2.27.1 In het arrest *VEWA/België* overweegt het hof onder meer dat in beginsel de uitleners de vergoeding verschuldigd zijn.

"23. Teneinde, om te beginnen, uit te maken wie de bij openbare uitlening aan auteurs verschuldigde vergoeding moet betalen, zij benadrukt dat uitlening in artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/100 wordt gedefinieerd als het voor gebruik ter beschikking stellen van zaken voor een beperkte tijd en zonder economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen. Uit deze definitie en het doel van deze richtlijn kan worden afgeleid dat het ter beschikking stellen van zaken door openbare instellingen die de uitlening daarvan mogelijk maken, de activiteit is die aan de verplichting tot betaling van de aan auteurs verschuldigde vergoeding ten grondslag ligt, en niet de concrete uitlening van bepaalde zaken door in dergelijke instellingen ingeschreven personen. Bijgevolg moet de aan auteurs verschuldigde vergoeding in beginsel worden betaald door de instellingen die deze zaken ter beschikking stellen." [onderstreping toegevoegd; A-G].

2.27.2 Het hof constateert vervolgens in rov. 25-26 dat het begrip 'vergoeding' in artikel 5 lid 1 VRL 1992 een Unierechtelijk begrip is.

2.27.3 Voor wat betreft het karakter van de vergoeding – een compensatie – haakt het hof aan bij zijn rechtspraak over de Auteursrichtlijn 2001/29.⁴⁹

⁴⁶ Zie L. Wichers Hoeth, Ch. Gielen (red.), A.C.M. Alkema e.a. (bew.), Kort begrip, Deventer: Kluwer 2011, p. 483, vtnt. 227 en de aldaar genoemde kamerstukken.

⁴⁷ Zie onder andere HvJ 16 juli 2009, LJV BJ3749, IER 2009/78 m.nt. FWG, NJ 2011/288, m.nt. PBH onder 2011/289 (*Infopaq I*) rov. 58 en HvJ 4 oktober 2011, LJV BT8160, IER 2012/26, m.nt. MdCB en HMHS, NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Premier League*) rov. 181.

⁴⁸ Het arrest is signaleerd/geannoteerd door W. Bullinger, *Zur Höhe der Urhebervergütung beim öffentlichen Verleih, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2011, p. 325; L. Idot, *Prêt public et rémunération des auteurs*, Europe 2011 Août-Sept. Comm. n° 8-9 p.39; L. Costes, *Le régime du prêt public belge contesté par la CJUE, Droit de l'Immatériel: informatique, médias, communication* 2011 n° 74 p.31-33; M.M. Walter, *Bibliothekstantieme - Bemessung der Vergütung*, MR-Int: Internationale Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht 2011, p.104-105. In deze noten trof ik geen voor de onderhavige zaak relevante informatie aan.

⁴⁹ Zie HvJ 21 oktober 2010, C-467/08, LJV BO3185, IER 2011/26 m.nt. K.J. Koelman, NJ 2011/509 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan/SGEA*); HvJ 16 juni 2011, C-462/09, LJV BQ9325, NJ

27. Aangaande de context van het begrip vergoeding zij erop gewezen dat richtlijn 92/100 niet de enige tekst op het gebied van intellectuele eigendom is en dat dit begrip, gelet op de vereisten die voortvloeien uit de eenheid en de samenhang van de rechtsorde van de Unie, moet worden uitgelegd in het licht van de in het geheel van de richtlijnen betreffende intellectuele eigendom neergelegde regels en beginselen, zoals die door het Hof zijn uitgelegd.

28. In dit verband heeft het Hof bij de uitlegging van het begrip „billijke compensatie” voor de reproductie door kopiëren voor privégebruik als bedoeld in artikel 5, lid 2, sub b, van 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, blz. 10), reeds geoordeeld dat deze compensatie tot doel heeft de auteurs naar behoren te vergoeden voor het gebruik dat zonder hun toestemming van hun beschermde werken wordt gemaakt, zodat zij moet worden beschouwd als compensatie voor het nadeel dat de auteur als gevolg van de reproductiehandeling ondervindt (zie in die zin arrest van 21 oktober 2010, Padawan, C-467/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 39 en 40).

29. Hoewel de communautaire wetgever in het kader van richtlijn 92/100, waar hij voorziet in een afwijking van het uitsluitende recht van de auteurs, het woord „vergoeding” en niet het woord „compensatie” zoals in richtlijn 2001/29 heeft gebruikt, heeft ook het begrip „vergoeding” tot doel, een schadevergoeding voor de auteurs in te voeren, aangezien zij in een vergelijkbare situatie moet worden betaald, namelijk wanneer werken zonder de toestemming van de auteurs worden gebruikt voor openbare uitlening, zodat zij nadeel lijden.

2.27.4 Vervolgens constateert het HvJ dat het met begrip vergoeding in artikel 5 lid 1 VRL 1992 iets bijzonders aan de hand is, omdat uitlening overeenkomstig artikel 1 lid 3 van VRL 1992 geen economisch of commercieel doel heeft.

30. Voorts zij erop gewezen dat in artikel 5, lid 1, van richtlijn 92/100 slechts sprake is van een „vergoeding”, terwijl artikel 4, lid 1, van deze richtlijn, dat de verhuur betreft, systematisch een „billijke vergoeding” vermeldt. Het begrip „billijke vergoeding” wordt ook gebruikt in artikel 8, lid 2, van deze richtlijn, dat ziet op de uitzending en de mededeling aan het publiek. Dit verschil qua formulering alleen al impliceert dat deze twee begrippen niet op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

31. Verder blijkt uit de achttiende overweging van de considerans van richtlijn 92/100 dat voor openbare uitlening een bijzondere regeling moet worden ingevoerd om de rechten van de auteurs te beschermen. Bijgevolg wordt de regeling inzake openbare uitlening geacht zich te onderscheiden van de andere in deze richtlijn vastgestelde regelingen. Hetzelfde moet gelden voor de verschillende aspecten van die regelingen, waaronder dat van de vergoeding van de auteurs.

32. Wat ten slotte de hoogte van de vergoeding betreft, zij erop gewezen dat het Hof aangaande het begrip „billijke vergoeding” in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 reeds heeft geoordeeld dat deze vergoeding impliceert dat de billijkheid ervan met name

2011/510 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stichting de ThuisKopie*). Zie voorts HvJ 9 februari 2012, C-277/10 (*Luksan/Van der Let*), rov. 103. Vgl. de opmerking van A-G Jääskinen in diens conclusie sub 25 voor HvJ 21 juni 2012, C-5/11 (*Strafzaak tegen Donner*): “De harmonisatie van het auteursrecht in de Unie betreft een gemengd proces van gedeeltelijke en volledige harmonisatie. Voor sommige van de zogenaamde naburige rechten bijvoorbeeld is slechts sprake van minimale harmonisatie door het Unierecht, en dit op een wijze die de lidstaten een ruime beoordelingsmarge laat. Sommige andere uitsluitende rechten, zoals die welke in de artikelen 2 tot en met 4 van de auteursrechtlijn zijn vervat, zijn daarentegen volledig geharmoniseerd.” De voetnoot verwijst naar de VRL.

moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik van een beschermde zaak in het handelsverkeer (zie in die zin reeds aangehaald arrest SENA, punt 37).

33. Zoals in punt 23 van het onderhavige arrest is uiteengezet, heeft de uitlening overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/100 evenwel geen direct of indirect economisch of commercieel doel. In die omstandigheden kan het gebruik van een beschermde zaak bij openbare uitlening niet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde ervan in het handelsverkeer. (...)”

2.27.5 Dit heeft gevolgen voor de hoogte en wijze van vaststelling van de vergoeding.

“33. (...) Bijgevolg zal het bedrag van de vergoeding noodzakelijkerwijs geringer zijn dan dat van een billijke vergoeding of zal het zelfs forfaitair kunnen worden vastgesteld teneinde de terbeschikkingstelling van alle betrokken beschermde zaken te compenseren.

34. Dit gezegd zijnde, moet de vast te stellen vergoeding conform de zevende overweging van de considerans van richtlijn 92/100 het de auteurs mogelijk maken een passend inkomen te ontvangen. Het kan dus niet om een zuiver symbolisch bedrag gaan.”

2.27.6 Wat betreft de wijze van vaststelling van de vergoeding hebben de Lid-Staten een ruime beoordelingsmarge, maar moeten zij bepaalde elementen in acht nemen die voortvloeien uit het feit dat (ook) de vergoeding van artikel 5 lid 1 VRL een compensatie vormt voor nadeel.

“35. Aangaande meer bepaald de criteria voor de vaststelling van de hoogte van de bij openbare uitlening aan auteurs verschuldigde vergoeding, zij in herinnering gebracht dat er geen enkele objectieve reden is voor de vaststelling door de gemeenschapsrechter van precieze methodes ter bepaling van een uniforme vergoeding, waardoor het Hof zich noodzakelijkerwijs in de plaats zou moeten stellen van de lidstaten, waaraan richtlijn 92/100 geen enkel bijzonder criterium oplegt. Het staat dus uitsluitend aan de lidstaten om op hun grondgebied de meest relevante criteria vast te stellen om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name door richtlijn 92/100 gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd (zie naar analogie reeds aangehaald arrest SENA, punt 34).⁵⁰

36. In dit verband laten de bewoordingen van artikel 5, lid 1, van richtlijn 92/100 de lidstaten een ruime beoordelingsmarge. Zij kunnen de hoogte van de bij openbare uitlening aan auteurs verschuldigde vergoeding namelijk vaststellen rekening houdend met hun eigen doelstellingen voor bevordering van culturele activiteiten.

37. Aangezien de vergoeding, zoals in de punten 28 en 29 van het onderhavige arrest is geconstateerd, de compensatie vormt voor het nadeel dat auteurs ondervinden als gevolg van het feit dat hun werken zonder hun toestemming worden gebruikt, kan de hoogte van deze vergoeding evenwel niet worden bepaald zonder dat in het minst acht wordt geslagen op de bestanddelen van een dergelijk nadeel. Daar dit nadeel

⁵⁰ Vergelijkbare overwegingen kwamen reeds voor in de rechtspraak van het HvJ over de billijke vergoeding van artikel 8 lid 2 VRL. Zie HvJ 6 februari 2003, C-245/00, LJV AJ9991, NJ 2006/374, IER 2008, 29 m. nt. JMBS (SENA/NOS), rov. 34 en 36; HvJ 14 juli 2005, C-192/04, LJV AY7996, NJ 2006/467 (*Lagardère Active Broadcast/ Société pour la perception de la rémunération equitable, Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*), rov. 48-49. Zie voorts over artikel 8 lid 2 HvJ 15 maart 2012, C-162/10, LJV BW2188, IER 2012/37 (*Phonographic Performance/Ierland*); HvJ 15 maart 2012, C 135/10, LJV BW2187, IER 2012/36 (*Società Consortile Fonografici/Marco Del Corso*).

resulteert uit openbare uitlening, dat wil zeggen de terbeschikkingstelling van beschermde zaken door voor het publiek toegankelijke instellingen, moet bij de bepaling van de hoogte van de verschuldigde vergoeding rekening worden gehouden met de omvang van deze terbeschikkingstelling.

38. Hoe meer beschermde zaken door een openbare-uitleeninstelling ter beschikking worden gesteld, des te groter is namelijk de aantasting van de auteursrechten. Bij de vaststelling van de hoogte van de door een dergelijke instelling te betalen vergoeding moet dan ook het aantal aan het publiek ter beschikking gestelde zaken in aanmerking worden genomen, zodat grote openbare-uitleeninstellingen een hogere vergoeding dienen te betalen dan kleinere instellingen.

39. Evenzeer relevant is voorts het betrokken publiek, te weten het aantal bij een uitleeninstelling ingeschreven leners. Hoe meer personen tot de beschermde zaken toegang hebben, des te groter is namelijk de aantasting van de rechten van de auteurs. Bijgevolg moet bij de bepaling van de hoogte van de aan de auteurs te betalen vergoeding tevens rekening worden gehouden met het aantal bij die instelling ingeschreven leners."

2.28 Uit het arrest *VEWA/België* kunnen, voor wat betreft de onderhavige zaak, de volgende conclusies worden getrokken.

Blijkens rov. 23 berust de vergoedingsplicht reeds op het ter beschikking stellen van exemplaren van een werk om te worden uitgeleend, en niet pas wanneer er concreet een bepaald exemplaar wordt uitgeleend. Hiermee strookt dat de vergoeding rekening moet houden met de omvang van deze terbeschikkingstelling (rov. 37). Binnen deze grenzen kunnen de Lid-Staten de criteria voor de bepaling van de vergoeding vaststellen. Deze vergoeding mag forfaitair worden vastgesteld, zij het niet slechts symbolisch zijn.

Het in rov. 23 van het arrest *VEWA/België* gemaakte onderscheid tussen "het ter beschikking stellen van zaken door openbare instellingen" en "de concrete uitlening" betekent m.i. overigens niet dat de financiering en/of verdeling van de vergoeding niet kan worden bepaald aan de hand van het aantal uitleningen. In rov. 23 gebruikt het HvJ dit onderscheid om aan te geven waarom de vergoedingsplicht in beginsel bij de bibliotheken ligt (en, kennelijk, niet bij de leners zelf); ook de Nederlandse wetgever is ervan uitgegaan dat de vergoedingsplicht ligt bij de bibliotheken als degene die de uitleningshandeling verrichten of doen verrichten (zie bij 2.18).

Het aantal concrete uitleningen is voorts een manier om de omvang van de terbeschikkingstelling te bepalen met het oog op het bepalen van de hoogte van de vergoeding (rov. 37). Weliswaar wordt in de rov. 38-39 de omvang van de terbeschikkingstelling verbijzonderd naar het aantal ter beschikking gestelde zaken en het aantal leners, maar dat is m.i. ingegeven door de omstandigheden van de betreffende zaak. Hieruit kan m.i., mede gezien de in de rov. 35-36 aan de Lid-Staten geboden (en door hen benutte) beoordelingsmarge, niet worden afgeleid dat niet op andere wijze rekening zou mogen worden gehouden met de omvang van de terbeschikkingstelling.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 De onderdelen 1 t/m 4 zien op het begrip uitlening en de vaststelling van de inhoud daarvan. Onderdeel 5 betreft de proceskostenvergoeding.

Onderdeel 1

3.2.1 De kern van dit onderdeel wordt gevormd door subonderdeel 1.2 en het daarop voortbouwende subonderdeel 1.4. Subonderdeel 1.1 bevat geen klacht.

3.2.2 Volgens subonderdeel 1.2 moet een onderscheid worden gemaakt tussen (a) het Unierechtelijke begrip uitlenen in de VRL en (b) het Nederlandsrechtelijke begrip uitlenen "als de handeling die in het Nederlandse auteursrechtelijk systeem een leenrechtvergoeding doet ontstaan". Het openbaarmakingsbegrip en in het verlengde daarvan het begrip uitlenen valt binnen de Europese harmonisatie voor zover het gaat om de definitie van de handelingen die onder artikel 6 VRL 2006 aanleiding kunnen geven voor afwijking van artikel 1 VRL 2006. VRL 2006 geeft de lidstaten alle vrijheid om een vergoedingsstelsel als waaraan artikel 6 VRL 2006 refereert vorm te geven. De invulling van het begrip "uitlening die in een Lid-Staat in concreto tot een vergoeding aanleiding geeft" is zuiver nationaalrechtelijk van aard, aldus het subonderdeel.

Het subonderdeel klaagt in de eerste plaats dat het hof aan het Europese begrip uitlenen heeft getoetst (zoals blijkt uit de rov. 4 sub a, 5, 8, 11,⁵¹ 15, 16 en 22) in plaats van aan het Nederlandse begrip. Het subonderdeel stelt voorts dat hof een en ander wel heeft onderkend in rov. 8, 10 en 11 zodat het arrest innerlijk tegenstrijdig is.

3.2.3 Subonderdeel 1.4 klaagt dat het hof bij de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag de relevantie heeft miskend van de wijze waarop het Nederlandse leenrechtstelsel is ingericht, in het bijzonder van de rechtshandelingen die leiden tot in bezit hebben of houden van een exemplaar.

Volgens het subonderdeel is in dit stelsel "iedere rechtshandeling die leidt tot het in bezit hebben of houden van een exemplaar" relevant. Verlengingen zijn als dergelijke rechtshandelingen te kwalificeren, omdat zij (ook) op rechtsgevolg gericht zijn: in tegenstelling tot de inhoud van de eerdere leenovereenkomst mag de lener het exemplaar langer houden althans hoeft hij dat niet terug te brengen. Het hof zou dat ook hebben onderkend in rov. 15.

3.3 Bij de bespreking van deze klachten richt ik mij op het gestelde onderscheid tussen het Unierechtelijke begrip uitlenen en het nationaalrechtelijke begrip uitlenen. Hoewel het onderdeel ook spreekt van het "openbaarmakingsbegrip (...) in art 2 lid 1b VRL 2006 (en/of 1992)", wordt daarover verder in de klachten en de toelichting daarop niet gerept. De door

⁵¹ Vgl. p. 8-9 van de cassatiedagvaarding; s.t. zijdens SL nr. 7.3.

het onderdeel gekozen invalshoek is verder niet in feitelijke instanties aan de orde gekomen,⁵² maar dat belemmert niet een onderzoek naar de daarop gerichte rechtsklachten.

3.4 Het onderdeel bestrijdt niet het oordeel in rov. 11, dat het begrip uitlenen in de VRL een autonoom Unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd op het grondgebied van de Lid-Staten.

Er is geen reden om aan te nemen, dat het begrip uitlening in de VRL in meer dan één betekenis zou worden gebruikt (dat betoogt het middel ook niet). Uitlening in artikel 1 en 6 VRL 2006 heeft dezelfde betekenis, namelijk de betekenis die daaraan blijktens artikel 2 lid 1 sub b VRL 2006 toekomt.

3.5 Het onderdeel gaat er voorts terecht van uit, dat het hof het begrip uitlening in de Auteurswet op dezelfde wijze heeft uitgelegd als het begrip uitlening in de VRL. Zie bijvoorbeeld rov. 9, 11, 15, 16 en 22 (tweede alinea).

Uit dit laatste volgt dan dat het hof óók het Nederlandse begrip uitlening in de Auteurswet heeft gehanteerd.⁵³

3.6 Volgens het hof is het Nederlandse begrip uitlening in de Auteurswet hetzelfde als het Unierechtelijke begrip uitlening in de VRL. Het hof is daarmee naar mijn mening van een juiste rechtsopvatting uitgegaan.

In de Auteurswet (en de WNR) is blijkens de omzettingwet uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij het begrip uitlening van de VRL. Er werd bij de omzetting van uitgegaan dat er geen ruimte was om de definitie van uitlenen in de VRL 1992 nadere inhoud te geven (zie bij 2.20.1).

Ook de systematiek van de VRL is overgenomen in de Auteurswet, in de zin dat sprake is van een verbodsrecht (artikelen 1 lid 1 VRL resp. artikel 12 lid 1, aanhef en onder 3^o Auteurswet) met een uitzondering daarop (artikel 5 VRL 1992/6 VRL 2006 resp. 15c Auteurswet) ter zake van uitlenen (zoals omschreven in artikel 1 lid 2 VRL 1992/2 lid 1 onder b VRL 2006 resp. 12 lid 3 Auteurswet).

3.7 Het hof is er voorts terecht van uitgegaan dat de Auteurswet in dit opzicht richtlijnconform moet worden uitgelegd. Deze aanpak is niet alleen juist, omdat hij voorvloeit uit de Unierechtelijke verplichting van de nationale rechter om zijn nationale recht zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen en toe te passen.⁵⁴ Hij is – ook los daarvan – eveneens juist, omdat de strekking van de Nederlandse omzettingwet evident is om in de Auteurswet (en WNR) met hetzelfde begrip uitlening te werken als in de VRL. Ook beoordeeld naar

⁵² Vgl. de s.t. zijdens VOB nrs. 11-12.

⁵³ Zoals de s.t. zijdens VOB nr. 10 terecht opmerkt.

⁵⁴ HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, LJN AR5022, NJ 2005/333 (*Pfeiffer et al/Deutsches Rotes Kreuz*), rov. 110-116; HvJ 4 juli 2006, nr. C-212/04, LJN AY0534, NJ 2006/593, m.nt. MRM (*Adeneler et al/Ellinikos Organismos Galaktos*), rov. 108-111; HvJ 24 juni 2010, nr. C-98/09, LJN BN0181, NJ 2010/578 (*Sorge/Poste Italiane*), rov. 51-53.

(alleen) het interne Nederlandse recht, moet het begrip uitlenen dus worden opgevat zoals de richtlijn dat doet. Het hof brengt een en ander onder woorden in rov. 1, 1^e en 2^e volzin.

3.8 Nu onderschrijft SL weliswaar dat artikel 12 Auteurswet de richtlijndefinitie van uitlenen overneemt, maar zij vat het begrip uitlenen in artikel 15c op als een nationaalrechtelijk begrip. Zij plaatst het begrip uitlenen in artikel 15c in het kader van het nationale vergoedingssysteem, dat met artikel 15c wordt ingevoerd, en wijst daarbij op de kwalificatie van uitlenen als een rechtshandeling in artikel 15g Auteurswet (zie onder meer de s.t. zijdens SL nrs. 6.4-6.9, 6.12, 7.4).

3.9 Artikel 15c Auteurswet voorziet inderdaad in een niet-geharmoniseerd, dus nationaal vergoedingssysteem. Gezien de vrijheid die de Lid-Staten hebben bij het opzetten van een vergoedingssysteem, is denkbaar dat in een dergelijk systeem het begrip uitlenen gedetailleerder wordt uitgewerkt. Misschien kan men nog verder gaan en zeggen dat een dergelijke nadere uitwerking in zekere zin voor de hand ligt. In het nationale vergoedingssysteem zullen immers allerlei praktijksituaties een plaats moeten krijgen, waaraan op Europees niveau geen aandacht is besteed. Daarbij zij wel bedacht, dat er verschillen bestaan tussen de nationale vergoedingssystemen ten aanzien van de financiering en de verdeling van de vergoeding. Afhankelijk van de opzet van het nationale vergoedingssysteem, zullen daarom andere uitwerkingsvragen kunnen rijzen. Met andere woorden, dat in Nederland de vraag is gerezen of een verlenging een uitlening is, hoeft niet te betekenen dat die vraag ook (op dezelfde wijze) zou kunnen spelen in een Lid-Staat met een ander vergoedingssysteem.

3.10 Uitlenen in de VRL is naar mijn idee een begrip op hoofdlijnen. De definitie moest volstaan om het exclusieve recht te kunnen omlijnen en om aan te geven dat te dien aanzien de Lid-Staten desgewenst een vergoedingssysteem kunnen inrichten. Het begrip uitlenen wordt in de VRL weliswaar omschreven, maar niet gedetailleerd uitgewerkt met het oog op de werking van een vergoedingssysteem. Op Europees niveau kon men ter zake van het uitleenrecht een compromis op hoofdlijnen bereiken, waarbij de opzet van het vergoedingssysteem werd overgelaten aan de Lid-Staten die voor een dergelijk systeem zouden kiezen. Het Unierecht biedt de Lid-Staten in dit opzicht een ruime beoordelingsmarge, maar stelt daaraan wel enige grenzen zoals bijvoorbeeld blijkt uit het arrest *VEWA/België*. Uitwerking en detaillering van uitlenen op nationaal niveau in het kader van het daar geldende vergoedingssysteem strookt in beginsel met de VRL.

3.11 Gegeven dat uitlenen in de VRL een begrip op hoofdlijnen is en dat uitlenen in een nationaal vergoedingssysteem een gedetailleerder begrip kan worden, onderschrijf ik – in zoverre – de gedachte van subonderdeel 1.2 dat moet worden onderscheiden tussen het Unierechtelijke begrip uitlenen en het begrip uitlenen in de praktijk van het nationale

vergoedingssysteem, althans in die zin dat het laatste een uitgewerkter en gedetailleerder regeling kan bevatten.

Anders dan het middel meen ik echter niet, dat om deze reden het begrip uitlenen in artikel 15c respectievelijk 15g Auteurswet als een nationaalrechtelijk begrip moet worden beschouwd, waarvan de inhoud afwijkt van het begrip uitlenen in de VRL. Het begrip uitlenen in de Auteurswet is hetzelfde als het begrip uitlenen in de VRL. Dat volgt uit hetgeen bij 3.6 werd opgemerkt. Dat geldt, zoals hieronder nog meer specifiek zal worden aangegeven, óók voor de artikelen 15c en 15g Auteurswet. In de Nota n.a.v. het Eindverslag (zie bij 2.19) werd (dan ook) niet het begrip uitlening in artikel 15c een nationale regeling genoemd, maar de "regeling als voorgesteld in artikel 15c".

De Auteurswet verzet zich niet tegen uitwerking en detaillering van het begrip uitlening, maar dit geschiedt in de uitvoeringspraktijk van het vergoedingssysteem. Ter gelegenheid van de omzetting van de VRL is voorzien dat dit nodig zou zijn (vgl. bij 2.21.1-3 alsmede de bij 2.18 genoemde verwijzing naar de gevolgde procedure in het kader van de vergoedingsregeling onder de Welzijnswet). Ik onderschrijf de gedachte van het hof (zie rov. 24 e.v.) dat de betekenis van een verlenging dient te worden bepaald in het kader van de 'billijke vergoeding'.

3.12 Zoals aangekondigd, moet nog worden ingegaan op artikel 15g Auteurswet, waarin het uitlenen als een rechtshandeling wordt gekwalificeerd, en dat verwijst naar artikel 15c Auteurswet. Naar aanleiding hiervan is tussen partijen een discussie ontstaan over de vraag of een verlenging van een uitlening al dan niet moet worden beschouwd als een nieuwe rechtshandeling en dus een als nieuwe uitlening.

Zo betoogt subonderdeel 1.4 (zie de s.t. nrs. 7.16-7.19 en de repliek nr. 2) dat een verlenging is gericht op rechtsgevolg, omdat in tegenstelling tot de inhoud van de eerdere leenovereenkomst de lener het exemplaar langer mag houden/niet hoeft terug te brengen. VOB heeft (allereerst aangevoerd dat de kwalificatie van uitlenen als rechtshandeling nog niets zegt over de inhoud van dat begrip, en voorts) betoogd dat een verlenging niet heeft te gelden als een rechtshandeling, omdat deze handeling niet wordt uitgevoerd met de bedoeling een bepaald rechtsgevolg tot stand te brengen nu de verlenging erop is gericht de maximale duur van de uitlening veilig te stellen waarop de lener toch al recht heeft (s.t. nrs. 19-22).

3.13 De toepassing van het vermogensrechtelijke begrip rechtshandeling is normaliter sterk met de feiten verweven. De discussie in deze zaak is echter meer in abstracto gevoerd. In abstracto zijn voor beide bij 3.12 bedoelde standpunten argumenten aan te voeren.

Het hof heeft en wat andere benadering gekozen. Anders dan subonderdeel 1.4 (slot) veronderstelt, heeft het hof in rov. 15 geen argument ontleend aan de aard van een uitlening als rechtshandeling. Het hof gebruikt in deze overweging conform de tekst van artikel 15g Auteurswet de term rechtshandeling, maar beargumenteert aan de hand van het begrip uitlenen zoals dat in de VRL en in artikel 12 lid 3 Auteurswet is gedefinieerd. Volgens het hof

is een verlenging geen nieuwe uitlening, omdat de periode van verlenging valt onder de "beperkte tijd" gedurende welke een gebruiker het werk (feitelijk) tot zijn beschikking krijgt.

3.14.1 De discussie of een verlenging als een afzonderlijke rechtshandeling moet worden gezien, is naar mijn mening niet relevant voor de betekenis van het begrip uitlenen in de Auteurswet. De kwalificatie 'rechtshandeling' in artikel 15c Auteurswet beoogt naar mijn mening niet om de betekenis van het begrip uitlenen te nader te bepalen.

3.14.2 In de eerste plaats kan worden gewezen op de samenhang tussen de relevante bepalingen die bij de omzetting van de VRL in de Auteurswet zijn opgenomen. Artikel 15g verplicht, kort gezegd, bibliotheken om "opgave te doen van het aantal rechtshandelingen, bedoeld in artikel 15c". Artikel 15c, lid 1, spreekt van "uitlenen als bedoeld in artikel 12, eerste lid, onder 3°". Artikel 12, lid 1, onder 3° spreekt vervolgens van "uitlenen". Dit begrip wordt gedefinieerd in artikel 12, lid 3, Auteurswet. Artikel 15g verwijst dus uiteindelijk naar de definitie van uitlenen in artikel 12 lid 3.

Er is geen reden om aan te nemen, dat het begrip uitlening in de Auteurswet in meer dan één betekenis zou worden gebruikt. Dat geldt ook voor de VRL (zie bij 3.4), terwijl de Auteurswet beoogt de VRL in dit opzicht getrouw om te zetten (zie bij 3.6).

3.14.3 In de tweede plaats kan worden gewezen op de reden waarom artikel 15g spreekt van "het aantal rechtshandelingen, bedoeld in artikel 15c". In de MvT bij artikel 15g (Kamerstukken II, 1992/93, nr. 3, p. 22, geciteerd bij 2.18) wordt de keuze voor de term *rechtshandeling* niet besproken. Aldaar wordt wel gesproken van "het aantal uitleningen" en van de "uitleenhandeling". Ook in de Nota n.a.v. het Eindverslag (Kamerstukken II, 1993/94, nr. 8, p. 16) wordt eenvoudig gesproken van "de opgave van het aantal uitleningen".

Het feit dat de toelichtende stukken niets doen met het element *rechtshandeling* is verklaarbaar in het licht van de strekking van de regel van artikel 15g, lid 1. Uit de geciteerde passages in MvT blijkt, dat deze regel ertoe strekt om ertoe bij te dragen "dat de omvang van de betalingsverplichting op een eenvoudige wijze kan worden vastgesteld." Om dat bereiken volstaat een telling van het aantal 'uitleningen' of 'uitleenhandelingen'. Een kwalificatie als *rechtshandeling* is daartoe niet nodig.

Uit een en ander blijkt m.i. dat de wetgever in artikel 15g weliswaar uitleningen als rechtshandelingen heeft betiteld, maar niet dat die kwalificatie mede bepalend is voor de betekenis die aan uitlenen moet worden toegekend. Zou in artikel 15g niet de term 'rechtshandelingen' zijn gebruikt, maar de term 'handelingen' of 'uitleningen', dan zou daarmee hetzelfde tot uitdrukking zijn gebracht.

3.15 Aan de kwalificatie 'rechtshandeling' kan m.i. dan ook geen argument worden ontleend – direct zoals in subonderdeel 1.4 noch indirect zoals in de s.t. zijdens SL nr. 6.12 – voor de betekenis die de Auteurswet aan de term uitlenen toekent.

3.16 In cassatie is er voorts debat geweest over de vraag of in de praktijk van het vergoedingssysteem, onder het regime van de Welzijnswet en nadien onder dat van de Auteurswet, verlengingen al dan niet als (nieuwe) uitleningen werden geregistreerd (s.t. zijdens SL nr. 1.2 e.v., 7.12 en 7.53; dupliek zijdens VOB nr. 2 e.v.). Uit het bovenstaande volgt, dat die praktijk niet van invloed kan zijn op de uitlegging van het begrip uitlening in de VRL en, in het verlengde daarvan, de Auteurswet. De verwijzing in de MvT (zie bij 2.18) naar de procedure onder de Welzijnswet, wat daarvan verder zij, kan daaraan niet afdoen.

3.17 Dat specifiek het in bezit 'houden' van een exemplaar relevant is, zoals subonderdeel 1.4 betoogt, heb ik niet uit de omzettingwet kunnen afleiden. Evenmin leid ik uit de in de s.t. zijdens SL nt. 7.9 genoemde arresten HvJ 6 september 2011, C-277/10 (*Luksan/Van der Let*), 21 oktober 2010, C-467/08 (*Padawan/SGEA*), en 16 juni 2011, C-462/09 (*Thuiskopie/Opus*), af dat het HvJ daarin heeft aangegeven dat het nationale vergoedingssysteem moet voorzien in een vergoeding in geval van specifiek (ook) 'verlenging'.

3.18 Op het voorgaande stuiten de klachten van de subonderdelen 1.2 en 1.4 af. Dat geldt ook voor subonderdeel 1.3.

Subonderdeel 1.5 klaagt dat het hof in rov. 17 heeft aangeknoopt bij de figuur van de bruikleenovereenkomst. De klacht faalt want zij is gericht tegen een ten overvloede gegeven overweging. Het oordeel van het hof berust op het auteursrecht (zoals bijvoorbeeld in rov. 24, 3^e volzin, uitdrukkelijk wordt overwogen) terwijl rov. 17 wordt ingeleid met de woorden "voor zover nog van belang".

Subonderdeel 1.6, zoals toegelicht in de s.t. nr. 7.23, klaagt dat het hof artikel 25 Rv heeft geschonden door niet ambtshalve te onderzoeken of op grond van de artikelen 15c en 15g Auteurswet, en de (wets)geschiedenis van het Nederlandse vergoedingssstelsel, bij verlenging sprake is van een vergoedingsplichtige uitleen-rechtshandeling. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft immers de betekenis van de artikelen 15c en 15g Auteurswet in dit verband onderzocht en vastgesteld. Het hof is niet gehouden in zijn arrest tot uitdrukking te brengen waarom het niet van een andere rechtsopvatting uitgaat.

Onderdeel 1 faalt derhalve.

Onderdeel 2

3.19 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 13-15 en 18. Blijkens subonderdeel 2.1, dat geen klacht bevat, berust het onderdeel in tegenstelling tot onderdeel 1 op de veronderstelling dat het onderhavige geschil beoordeeld moet worden aan de hand van de vraag of een verlenging heeft te gelden als een aparte openbaarmaking.

3.20 Subonderdeel 2.2 klaagt in dat licht dat het hof ten onrechte heeft miskend dat een verlenging, ook onder de feitelijke omstandigheden zoals door het hof vastgesteld, een openbaarmaking vormt in de zin van artikel 12 lid 1 onder 3 Auteurswet, zoals mede te

begrijpen in het licht van de artikelen 3 en 4 van de Auteursrechtlijn en artikel 2 lid 1, onder b VRL 2006, middels welke regeling het begrip uitlenen Unierechtelijk geharmoniseerd is en waarmee een uitzondering is gecreëerd op de – eveneens Unierechtelijk geharmoniseerde – uitputtingsregeling.

Subonderdeel 2.3 klaagt dat (i) het hof onvoldoende betekenis heeft toegekend aan het feit dat aan het einde van de eerste uitleentermijn het exemplaar weer voor alle leners beschikbaar is: een verlenging houdt dan in dat het exemplaar opnieuw aan die lener ter beschikking wordt gesteld voor de duur van de verlenging; (ii) het hof miskend heeft dat niet terzake doet dat het om dezelfde lener gaat, nu (a) het exemplaar gedurende de verlenging niet aan een andere lener ter beschikking kan worden gesteld, (b) het ter beschikking stellen tijdens de verlenging een zelfstandige economische waarde heeft, en (c) het systeem van reserveren illustreert dat in de periode van de verlenging net zo goed een derde het exemplaar te leen kan krijgen.

Subonderdeel 2.4 betoogt dat het hof onvoldoende betekenis heeft toegekend aan het feit dat het door de bibliotheek ter reservering aanbieden van het exemplaar voor de periode na de eerste uitlening kwalificeert als een openbaarmaking.

Subonderdeel 2.5 bevat een motiveringsklacht voor het geval het hof geacht moet worden een en ander wel afdoende te hebben meegewogen.

3.21 Het onderdeel stelt daarmee aan de orde (i) de uitlegging van het begrip 'uitlening' in de VRL 2006 en, in het verlengde daarvan, in de Auteurswet en (ii) het begrip openbaarmaking in de Auteurswet.

3.22 Ik denk dat de bespreking van de klachten zich op de eerste vraag moet concentreren en niet op de tweede. Ik licht dat hieronder toe.

3.23 Door de omzetting van het in de VRL bedoelde exclusieve recht ter zake van uitlenen in artikel 12 Auteurswet, vormt het Nederlandse openbaarmakingsbegrip als het ware een schil rond het begrip uitlenen. Het hof heeft in rov. 11 overwogen, ten eerste, dat de relevante bepalingen van Auteurswet richtlijnconform moeten worden uitgelegd en, ten tweede, dat de kwalificatie van uitlenen als een openbaarmaking een keuze is van de Nederlandse wetgever die niet mag leiden tot een andere betekenis van het begrip uitlenen in de Auteurswet dan die welke het in de VRL heeft. Dit eerste oordeel wordt door onderdeel 1 m.i. vergeefs bestreden. Het tweede oordeel komt mij juist voor. Nu de VRL werkt met het begrip uitlenen en de Auteurswet ertoe strekt met hetzelfde begrip uitlenen te werken (zoals hiervoor bij onderdeel 1 is besproken), ligt de aanpak van het hof m.i. voor de hand. Tegen dit tweede oordeel in rov. 11 keert onderdeel 2 zich niet, althans niet met zoveel woorden.

3.24.1 Het onderdeel verwijst wel naar de artikelen 3 en 4 van de Auteursrechtlijn, waaraan de s.t. nr. 7.30 een verwijzing naar de 9e, 10^e en 29^e considerans van deze richtlijn toevoegt. Artikel 3 ziet op het recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van

beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek. Artikel 4 ziet op het distributierecht. De overwegingen in de considerans zien op het hoge beschermingsniveau, de passende vergoeding en het vraagstuk van de uitputting. In dat verband blijkt uit de considerans 29 onder meer, kort gezegd, dat het vraagstuk van de uitputting niet rijst voor het verhuren en het uitlenen van het origineel of kopieën van werken of andere zaken die de aard van diensten hebben.

3.24.2 Blijkens de s.t. nr. 7.31 verwijst het onderdeel onder meer naar de Auteursrichtlijn omdat het Nederlandse openbaarmakingsbegrip in artikel 12 lid 1 sub 3 Auteurswet moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Auteursrichtlijn.

Het uitgangspunt dat de Auteursrichtlijn relevant is voor de uitlegging van het Nederlandse openbaarmakingsbegrip, wat niet ter discussie staat, betekent echter nog niet dat het aldus richtlijnconform uit te leggen openbaarmakingsbegrip in de Auteurswet daarmee relevant wordt door de uitlegging van het begrip uitlening in de VRL (en in het voetspoor daarvan in de Auteurswet). Mogelijk is de Auteursrechtlijn van invloed op de uitleg van de VRL, maar daarvoor is dan, uiteraard, niet de tussenkomst van het Nederlandse openbaarmakingsbegrip nodig. Uit rov. 27-29 van het arrest *VEWA/België* blijkt dat de Auteursrechtlijn inderdaad van invloed kan zijn op de uitleg van de VRL. Deze invloed ziet op het karakter van de vergoeding als compensatie voor nadeel (rov. 37). Uit de rov. 30-33 blijkt echter dat het begrip vergoeding in artikel 5 VRL 1992 (= artikel 6 VRL 2006) overigens op eigen wijze moet worden uitgelegd.

3.24.3 Blijkens de s.t. nr. 7.30 verwijst het onderdeel ook naar de Auteursrichtlijn ter ondersteuning van het betoog, dat de definitie van uitlenen niet beperkt moet worden geïnterpreteerd. Nu volgt dat reeds uit de VRL zelf (zie bij 2.14.2). Dan gaat het met name om het ondervangen van ontwijkingsconstructies. Verder strekt ook de VRL er al toe de auteurs een passend inkomen te verschaffen (zie bij 2.9). Het beroep op de Auteursrechtlijn voegt om deze redenen naar mijn mening geen wezenlijke nieuwe elementen aan het debat toe.

3.25 De subonderdelen 2.1 t/m 2.3 worden in de s.t. nrs. 7.26-7.38 gezamenlijk toegelicht.

Blijkens de s.t. nrs. 7.32-7.37 betogen deze subonderdelen dat het hof in rov. 14 heeft miskend dat het Nederlandse openbaarmakingsbegrip niet alleen omvat het opnemen van een exemplaar in het bestand van een bibliotheek om uitgeleend te worden, maar dat van een separate openbaarmaking sprake is wanneer het exemplaar vervolgens daadwerkelijk wordt uitgeleend.

Deze klacht, wat daarvan verder zij, behoeft geen behandeling omdat beantwoording ervan ziet op het Nederlandse openbaarmakingsbegrip terwijl het, zoals hiervoor is aangegeven, gaat om de vaststelling van de betekenis van het begrip uitlening als zodanig. Om deze reden behoeft ook subonderdeel 2.4 geen behandeling.

3.26 Onderdeel 2, in het bijzonder subonderdeel 2.3, zoals toegelicht in de s.t. nrs. 7.27-7.29 laat zich ook los van het openbaarmakingsbegrip bespreken (s.t. zijdens VOB nrs. 27-31 ; repliek nrs. 3-4, 6), omdat het specifiek ingaat op het begrip uitlenen in de VRL en in het verlengde daarvan de Auteurswet. Ik zal de klachten hieronder vanuit deze invalshoek bespreken.

3.27 Bij die bespreking moet dan worden vooropgesteld, dat er ook in verband met onderdeel 2 gewerkt kan worden met twee begrippen uitlenen. Bij onderdeel 1 ging om de (door mij ontkennend beantwoorde) vraag of een Unierechtelijk begrip en een nationaalrechtelijk begrip uitlenen zouden moeten worden onderscheiden. Thans gaat het om het onderscheid tussen (a) het aanbieden tot uitlenen (dat wil zeggen het opnemen van een exemplaar in het bestand van de bibliotheek zodat het uitgeleend kan gaan worden aan de klanten) en (b) het daadwerkelijk uitlenen van dat exemplaar.

3.28 Dit onderscheid is in rov. 14 van het bestreden arrest door het hof verweven met het openbaarmakingsbegrip. Zie ik het goed, dan heeft het hof:

(a) het aanbieden tot uitlenen wel aangemerkt als een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet, maar niet als een uitlening in de zin van de VRL en de Auteurswet (hierin komt zijn in rov. 11 aangekondigde aanpak tot uitdrukking); en

(b) het daadwerkelijk uitlenen niet aangemerkt als een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet, maar wel als een uitlening in de zin van de VRL en de Auteurswet. Het hof gaat hier blijkens rov. 7-8 en 15 uit van een begrip uitlenen waarbij de zaak uit de macht van de uitlener geraakt. Die uitleg strookt met de opvatting van de omzettingwetgever en is begrijpelijk in het licht van de considerans van de VRL (zie bij 2.14.3, 2.20.2 en 2.24.2).

3.29 In zijn arrest *VEWA/België*, dat ongeveer een maand na het in cassatie bestreden arrest werd gewezen, maakt het HvJ in rov. 23 en 37 een onderscheid tussen (a) "het ter beschikking stellen van zaken door openbare instellingen" en (b) "de concrete uitlening". De verschuldigdheid van een vergoeding berust volgens het HvJ reeds op het ter beschikking stellen van zaken door openbare instellingen en de vergoeding moet rekening houden met de omvang van die terbeschikkingstelling.

3.30 Tussen de benadering van het hof in het bestreden arrest en de benadering van het HvJ in het arrest *VEWA/België* bestaat dus verschil.

3.31 Voor de Nederlandse omzettingwetgever en het Haagse hof was de 13^e considerans, die onder meer raadpleging ter plekke niet als uitlening beschouwde, een argument voor de bij 3.28 onder (b) bedoelde opvatting dat het begrip uitlening in de VRL (en daarmee in de Auteurswet) verwijst naar de concrete uitlening.

Deze overweging is echter ook te verzoenen met de interpretatie van uitlenen als "het ter beschikking stellen van zaken door openbare instellingen" in het arrest *VEWA/België*. Immers,

ook bij deze interpretatie maakt de considerans duidelijk dat referentiebibliotheken geen in het licht van de VRL relevante activiteiten verrichten, welke dus ook niet tot een vergoedingsplicht aanleiding geven.

3.32 Het arrest *VEWA/België* richt zich in het bijzonder op het element 'ter beschikking stellen' in de definitie van uitlenen in de VRL. Die definitie bevat ook het element 'beperkte tijd'. Het strookt met de benadering van het HvJ om het element 'beperkte tijd' meer in abstracto op te vatten. Het element dient er dan slechts toe om, zoals in het Explanatory Memorandum wordt opgemerkt, verhuren en uitlenen af te bakenen van bijvoorbeeld verkopen. Daarbij is aangetekend, dat dit met het oog op handelingen die (bedoeld zijn om) de regeling te ontduiken ruim moet worden uitgelegd (zie bij 2.14.2). Het gaat dus niet om de vraag of de duur van een concrete uitlening (al dan niet na verlenging) van bijvoorbeeld 3, 6, of 9 weken nog als een voor een 'beperkte tijd' kan worden beschouwd. Die laatste vraag is in de onderhavige zaak overigens ook niet aan de orde gekomen.

3.33 Blijkens rov. 14, laatste volzin, is het hof er (zij het in verband met het begrip openbaarmaking en niet in verband met het begrip uitlening) vanuit gegaan dat, wanneer een exemplaar van een werk is opgenomen in het bestand van de bibliotheek er vanaf dat moment sprake is van een voortdurende terbeschikkingstelling aan het publiek. Die gedachte strookt met de wijze waarop het HvJ in het arrest *VEWA/België* terbeschikking opvat in verband met het begrip uitlenen van de VRL.⁵⁵

3.34 Dit leidt tot het volgende beeld. In het licht van het arrest *VEWA/België* is onjuist de opvatting, dat het aanbieden aan het publiek van een exemplaar door dit op te nemen in het bestand van de bibliotheek, niet als uitlening in de zin van de VRL kan worden beschouwd. Dit is wat het HvJ, in iets andere bewoordingen, juist onder uitlenen verstaat.

Tevens kan worden opgemerkt, dat de in Nederland gevolgde uitleg van uitlening als "concrete uitlening" in de visie van het HvJ niet de activiteit is die aan de verplichting tot betaling van de aan de auteurs verschuldigde vergoeding ten grondslag ligt.

3.35 Uit het arrest *VEWA/België* volgt daarmee naar mijn mening, dat vraag of een verlenging nog onder een uitlening in de zin van de VRL valt, ontkennend moet worden beantwoord. De discussie over de status van een verlenging van een uitlening ziet op wat het HvJ een "concrete uitlening" noemt. Op dat concrete begrip uitlenen ziet de definitie van uitlenen in de VRL volgens het HvJ echter niet.

3.36 De situatie doet zich voor, dat de Nederlandse omzettingswetgever enerzijds beoogde de begrippen van de VRL ongewijzigd om te zetten in het Nederlandse recht en anderzijds

⁵⁵ Het is daarom niet nodig in te gaan op de discussie (s.t. zijdens VOB nr. 36; s.t. zijdens SL nr. 7.13 en repliek nr. 7) over de tijdelijke uitputting in verband met het openbaarmakingsbegrip dan wel met artikel 1 lid 4 VRL 1992/artikel 1 lid 2 VRL 2006.

daarbij achteraf een andere uitleg van het begrip uitlening blijkt te hebben gehanteerd dan die welke door het HvJ in zijn arrest *VEWA/België* is vooropgesteld.

Denkbaar is, dat in dit opzicht het meeste gewicht zou moeten toekomen aan strekking, tekst en systematiek van de omzettingwetgeving en niet aan de in de parlementaire geschiedenis gegeven uitleg aan het begrip uitlenen. Het is echter niet nodig deze vraag in de onderhavige procedure te beantwoorden. Zoals bij de bespreking van onderdeel 1 werd geconcludeerd (bij 3.11) dient de betekenis van een verlenging te worden bepaald in het kader van de 'billijke vergoeding'. De uitleg die het HvJ in het arrest *VEWA/België* geeft aan het begrip uitlening in de VRL, bevestigt de juistheid van die benadering. Zoals opgemerkt bij 2.27, betekent het arrest *VEWA/België* niet dat het aantal concrete uitleningen niet als telmechanisme aan de basis van het nationale vergoedingsstelsel zou mogen liggen.

3.37 Gezien het voorgaande kan het betoog van onderdeel 2, in het bijzonder subonderdeel 2.3, niet opgaan. Dit betoog is, kort gezegd, dat de verlenging van een uitlening betekent dat het exemplaar opnieuw ter beschikking wordt gesteld voor de duur van de verlenging en dat daarmee sprake is van een nieuwe uitlening. Het subonderdeel hanteert de begrippen terbeschikkingstellen en uitlenen daarmee in de betekenis van een "concrete uitlening", terwijl het daar voor de vaststelling van de betekenis van het begrip uitlenen in de VRL niet om gaat. Subonderdeel 2.5 behoeft na het voorgaande geen afzonderlijke bespreking meer. De klachten van onderdeel 2 kunnen niet slagen.

Onderdeel 3

3.38 Onderdeel 3 bestrijdt rov. 21 en 22, waarin het hof zijn oordeel, dat een verlenging geen nieuwe uitlening is, beziet in het licht van een aantal door SL aangevoerde argumenten.

3.39 Subonderdeel 3.1 klaagt in het verlengde van onderdeel 2, dat het hof miskend heeft dat het uitleenrecht een uitzondering vormt op de hoofdregel van het verbodsrecht en als zodanig beperkt uitgelegd dient te worden.

3.40 Dat een uitzondering beperkt uitgelegd dient te worden, is een bekend gezichtspunt in de rechtspraak van het HvJ. Zo oordeelde HvJ 6 juli 2006, C53/05, *Commissie/Portugal*, rov. 22 en HvJ 26 oktober 2006, C-36/05, *Commissie/Spanje*, rov. 31, dat artikel 5 lid 3 van de VRL 1992 als een afwijking van artikel 5 lid 1 VRL 1992 eng moet worden uitgelegd.

De optie van een vergoedingssysteem in artikel 5 VRL 1992/artikel 6 VRL 2006 is een afwijking van het in artikel 1 VRL vooropgestelde exclusieve recht. Het HvJ overweegt daaromtrent in *VEWA/België*:

"22. Aangezien de toepassing van deze facultatieve afwijking een inbreuk op het uitsluitende recht van de auteurs betekent doordat hun het recht wordt ontnomen om een bepaalde vorm van uitlening toe te staan of te verbieden, wordt deze mogelijkheid afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de auteurs een vergoeding voor die uitlening krijgen."

3.41 Het arrest *VEWA/België* bevat geen overweging die ertoe strekt dat deze facultatieve afwijking eng moet worden uitgelegd. In het licht van de ontstaansgeschiedenis van de VRL, het compromiskarakter van de daarin vervatte regeling van het uitleenrecht en de aan de Lid-Staten geboden ruime beoordelingsmarge bij de inrichting van het vergoedingssysteem zou dat m.i. ook niet voor de hand hebben gelegen. Van een typische verhouding als hoofdregel/uitzondering kan niet gesproken worden. Maar ook als daarover anders gedacht zou moeten worden, kan de klacht niet slagen. Ten eerste, omdat, zoals bij onderdeel 2 werd besproken, de klacht ziet op een uitwerking van wat onder een "concrete uitlening" moet worden verstaan, terwijl het HvJ van een ander begrip uitlening in de VRL uitgaat. Voorts omdat ook toepassing van het bedoelde gezichtspunt niet zonder meer tot de conclusie leidt – anders dan in de s.t. nr. 7.47 wordt betoogd – dat een verlenging als een vergoedingsplichtige uitlening moet worden beschouwd. Subonderdeel 3.1 slaagt daarom niet.

3.42 Subonderdeel 3.2 stelt dat het hof heeft miskend dat de nationale rechter op grond van het toepasselijke Unierecht, het nationale recht zo dient uit te leggen dat de rechthebbenden een passend inkomen ontvangen. Subonderdeel 3.3 kwalificeert het oordeel als onbegrijpelijk omdat het tot het rechtens onaanvaardbare gevolg zou leiden dat rechthebbenden voor verlengingen geen vergoeding ontvangen, en anders als onvoldoende gemotiveerd. Subonderdeel 3.4 betoogt in het verlengde daarvan dat rechtens onjuist en onbegrijpelijk is, het oordeel dat de door het hof voorgestane uitleg geen afbreuk doet aan de normale exploitatie en dat de belangen van de auteur niet onredelijk geschaad worden. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.43 Volgens de in cassatie niet bestreden rov. 19, volgt uit het feit dat over de verlenging geen *separate* vergoeding wordt betaald, niet dat daarvoor geen vergoeding wordt betaald; de verlengingsperiode valt dan onder de vergoeding voor de totale periode van uitlening aan een gebruiker.

De Lid-Staten hebben bij de inrichting van het vergoedingstelsel voorts een ruime beoordelingsmarge. Zij mogen de hoogte van de vergoeding volgens artikel 5 VRL 1992/artikel 6 VRL 2006 vrij vast stellen. De uitleenvergoeding mag blijkens het arrest *VEWA/België*, rov. 34, echter niet symbolisch zijn. Dat sprake zou zijn van een symbolische vergoeding wanneer verlengingen niet als afzonderlijke uitleningen zouden worden geteld, is terecht niet aangevoerd.

Het hof heeft in rov. 19 voorts overwogen, dat of de vergoeding, gelet op de periode van maximale uitlening aan een gebruiker billijk is, in het kader van de StOL moet worden vastgesteld.

3.44 Hieruit volgt dat niet als vaststaand worden aangenomen, zoals subonderdeel 3.4 aanvoert, dat sprake is van een evidente inkomensderving. Dat veronderstelt immers dat verlengingen in het vergoedingssysteem afzonderlijk worden vergoed als nieuwe uitleningen

ceteris paribus. Of de omstandigheden ongewijzigd zullen blijven, zal echter mede afhangen van de resultaten van het onderhandelingsproces en het beleid van bibliotheken ten aanzien van uitleenperiodes en verlengingen.

Voor zover het onderdeel het hof verwijt niet te zijn ingegaan op de stellingen van SL over de historische praktijk om verlengingen wel als afzonderlijke uitleningen te behandelen, kan worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen bij 3.16 is opgemerkt.

3.45 In het licht van het voorgaande valt verder niet in te zien dat, enkel omdat voor een verlenging geen separate vergoeding wordt betaald, geconcludeerd zou moeten worden dat de vergoedingsregeling in strijd is met het Unierecht (en/of artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM waarnaar de s.t. zijdens SL nr. 7.51 verwijst), danwel tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, danwel de belangen van de auteur onredelijk schaadt. Die waarderingen hangen af van meer variabelen.

Onderdeel 4

3.46 Dit onderdeel ziet op rov. 7, 8, 12 en 15. In de rov. 7 en 8 geeft het hof zijn omschrijving van het begrip uitlenen in de VRL en de Auteurswet. In rov. 15 concludeert dat het hof dat een verlenging geen uitlening is. In rov. 12 gaat het hof in op de feitelijke situatie bij het uitlenen en overweegt daarover onder meer:

“Bij de uitlening van een werk door openbare bibliotheken is sprake van het feitelijk meegeven van het werk aan de gebruiker. Het werk wordt buiten de feitelijke macht van de bibliotheek gebracht en in de macht van de gebruiker gebracht. Partijen zijn het erover eens dat bij verlenging van de uitlening door dezelfde persoon geen sprake hoeft te zijn van het terugbrengen en opnieuw in gebruik geven van het werk. Verlenging kan ook telefonisch of via internet plaatsvinden. Partijen gaan er derhalve beide vanuit [...] dat de wijze van verlenging voor het antwoord op de voorliggende vraag niet terzake doet. Bij die stand van zaken is uitgangspunt voor de beoordeling dat het werk bij verlenging niet eerst aan de bibliotheek wordt teruggegeven en vervolgens door deze opnieuw ten gebruik wordt afgestaan”

3.47 Blijkens subonderdeel 4.1 heeft het hof bij zijn uitleg van het begrip uitlenen in de VRL en/of de Auteurswet ten onrechte doorslaggevende betekenis toegekend aan feit dat de verlenging mogelijk is zonder dat de lener het exemplaar eerst terugbrengt naar de bibliotheek.

Hiermee zou het hof volgens subonderdeel 4.2 hebben miskend dat het zo-even genoemde gegeven rechtens irrelevant is; veeleer is relevant dat de lener het exemplaar tot zijn/haar beschikking krijgt, hetgeen aan de orde is zowel tijdens de eerste uitlening als tijdens de verlenging. Voor de andersluidende opvatting van het hof is geen steun te vinden in de wet, waarmee het arrest onbegrijpelijk zou zijn en ontoereikend zou zijn gemotiveerd.

Daarnaast zou het hof met dat oordeel volgens subonderdeel 4.4 essentiële stellingen hebben gepasseerd en buiten de grenzen van de rechtsstrijd zijn getreden, nu tussen partijen niet in geschil was dat de wijze van verlenging irrelevant was voor de beantwoording van de

voorliggende vraag. Het hof heeft, zo vervolgt het subonderdeel, de relevante en gestelde feiten genegeerd⁵⁶ en geweigerd deze in de beoordeling mee te nemen, door uit te gaan van de feitelijk onjuiste veronderstelling dat werken nooit worden teruggebracht worden bij de uitlenende instelling voor verlenging.

Zou het hof geen doorslaggevende betekenis hebben toegekend aan het voornoemde gegeven, dan blijkt dat volgens subonderdeel 4.3 onvoldoende uit het arrest.

3.48 Voor de veronderstellingen dat het hof doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan het gegeven dat (het mogelijk is dat) de lener bij verlenging het exemplaar niet eerst hoeft in te leveren bij de bibliotheek, en dat het hof het partijdebat op dit punt heeft genegeerd, biedt het arrest naar mijn mening geen grond. Het hof heeft aansluiting gezocht bij het element van terbeschikkingstelling. Met de overweging aan het slot van rov. 12 heeft het hof niet toch betekenis gehecht aan de wijze van verlenging maar aan de terbeschikkingstelling. Het onderdeel mist dus feitelijke grondslag.

3.49 Aanvullend merk ik nog het volgende op. In subonderdeel 4.2 wordt een onderscheid gemaakt tussen twee invalshoeken: het uitlenersperspectief en het inlenersperspectief. Het uitlenersperspectief doelt op het oordeel van het hof (in rov. 7 en 8) dat uitlenen ziet op het buiten de feitelijke macht van de uitlener brengen. Het inlenersperspectief wordt in het subonderdeel omschreven als het "ter beschikking staan" respectievelijk als het "ter beschikking krijgen" van het exemplaar, wat volgens het subonderdeel het geval is zowel tijdens de periode van het lenen als tijdens de periode van de verlenging.

Aan de invulling die het hof aan de terbeschikkingstelling heeft gegeven – te weten: een "concrete uitlening" – is bij de bespreking van onderdeel 2 reeds aandacht besteed. Het door subonderdeel 4.2 bedoelde inlenersperspectief is een andere manier om deze "concrete uitlening" te bezien. In het inlenersperspectief krijgt de inlener het exemplaar namelijk twee maal tot zijn beschikking (de eerste keer bij de initiële uitlening en de tweede keer bij de verlenging), terwijl tegelijkertijd vanuit het uitlenersperspectief slechts een maal de macht is afgestaan. Wat er verder ook zij van deze benadering,⁵⁷ zij kan niet tot cassatie leiden nu het begrip uitlening in de VRL niet ziet op de "concrete uitlening". Ik verwijs verder naar hetgeen bij 3.35 en 3.36 is opgemerkt.

3.50 Afrondend merk ik nog het volgende op. Mocht Uw Raad, zoals hierboven is voorgesteld, tot de slotsom komen dat de onderdelen 1 t/m 4 falen, dan blijft het oordeel van het hof over de status van de verlenging overeind staan. Volgens dat oordeel geldt, kort gezegd, een gratis verlenging van een uitlening niet als een nieuwe uitlening in de zin van de VRL en in het verlengde daarvan de Auteurswet (en de WNR). In zoverre is de discussie over de verlenging

⁵⁶ Het nut van de toevoeging "(opzettelijk)" in de klacht ontgaat mij.

⁵⁷ Taalkundig kan men wel zeggen dat het exemplaar tijdens de verlengingsperiode nog steeds ter beschikking van de lener "staat", maar het is het m.i. wat gewrongen om te zeggen dat de lener het dan – nog of weer? – tot zijn beschikking "krijgt".

dan gesloten. Voor het overige verwees het hof partijen voor die discussie naar het institutionele onderhandelingskader binnen de StOL.

Onderdeel 5

3.51 Onderdeel 5 ziet op de proceskostenveroordeling. De rechtbank heeft artikel 1019h Rv van toepassing geacht (rov. 4.15 en 4.18) en SL op die voet veroordeeld in de kosten van VOB welke werden begroot op € 41.716,34. In haar MvG heeft SL het hof verzocht om VOB in beide instanties te veroordelen in de kosten conform artikel 1019h Rv (MvG nr. 93) en in nr. 94 een voorwaardelijke grief gericht tegen de proceskostenveroordeling in eerste instantie.

Het hof heeft blijkens rov. 28 de grief niet besproken omdat het niet aan een oordeel over de toepasselijkheid van artikel 1019h Rv toekwam zodat de voorwaarde niet was vervuld. In rov. 29 heeft het hof ten aanzien van de proceskostenveroordeling in hoger beroep overwogen dat, reeds bij gebreke van een specificatie van de kosten van VOB, diens vordering tot vergoeding van haar proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv niet kan worden toegewezen. Om die reden, zo begrijp ik, is het hof verder niet toegekomen aan een oordeel over de toepasselijkheid van artikel 1019h Rv in deze procedure. Die toepasselijkheid, zo begrijp ik, zou zien op de vraag of de onderhavige procedure er een is ter zake van handhaving van rechten van intellectuele eigendom als bedoeld in artikel 1019h Rv.

3.52 Ik vat klachten van de subonderdelen 5.1 en 5.2 aldus samen, dat het hof de voorwaardelijke grief zo had moeten begrijpen dat, als het vonnis in stand bleef, een oordeel van het hof werd gevraagd over de toepasselijkheid van artikel 1019h Rv in deze procedure. Het hof heeft de grief onbegrijpelijk uitgelegd en geweigerd daarop in te gaan.

3.53 De toepasselijkheid van artikel 1019h Rv *ratione materiae* is in deze zaak niet ter discussie geweest. SL heeft in cassatie deze toepasselijkheid nog beargumenteerd (s.t. nrs. 8.1 e.v.). Mede in het licht van HR 22 juni 2012, LJN BW0393, NJ 2012/397 (*NEN-normen*), rov. 3.14, dient m.i. van deze toepasselijkheid te worden uitgegaan. Een inhoudelijke bespreking van de klachten kan achterwege blijven, omdat SL daarbij belang mist. Immers, ook wanneer het hof wel de toepasselijkheid van artikel 1019h Rv zou hebben onderzocht, dan zou dat hebben moeten leiden tot de conclusie dat de rechtbank terecht artikel 1019h Rv van toepassing heeft geacht. Onderdeel 5 faalt daarom.

3.54 Ten aanzien van de kostenveroordeling voor de cassatieprocedure speelt ook een discussie, waarover ik mij nog een enkele opmerking veroorloof. VOB heeft bij schriftelijke toelichting aangegeven aanspraak te maken op de kosten ex artikel 1019h Rv en deze kosten gespecificeerd (bij de dupliek is een bijgewerkt kostenoverzicht gevoegd). Bij repliek nr. 14 betoogt SL dat de vordering tot vergoeding van proceskosten ex artikel 1019h Rv in cassatie ten minste ten tijde van het nemen van de conclusie van antwoord moet worden ingesteld, zodat de wederpartij in de schriftelijke toelichting op die vordering kan reageren.

3.55 Uit HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556 m.nt. E.J. Dommering, IER 2008, 58 m.nt. JMBS (*Endstra*), rov. 5.4.1, blijkt dat vergoeding van volledige proceskosten (in die zaak nog: op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn) dient te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig te worden opgegeven en gespecificeerd dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren. Dit belemmert niet dergelijke kosten bij schriftelijke toelichting in cassatie te vorderen onder opgave en specificatie daarvan, omdat, naar mag worden aangenomen, de mogelijkheid om bij schriftelijke repliek of dupliek te reageren op de schriftelijke toelichting de wederpartij in beginsel nog een effectieve gelegenheid biedt om verweer te voeren. Inmiddels zijn reeds in aan aantal gevallen kosten die bij s.t. werden gevorderd, toegewezen.⁵⁸ Nu SL de door VOB gevorderde kosten verder niet heeft betwist, kan m.i. toewijzing daarvan volgen (dat geldt overigens ook andersom).

Conclusie

De conclusie strekt verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



A-G

⁵⁸ Vgl. HR 29 januari 2010, LJN BK1599, RvdW 2010/223 (*Gavita/Helle & ATS*); HR 22 juni 2012, LJN BW4006, NJ 2012/472 m.nt. Ch. Gielen (*Pharmachemie/Glaxo*), rov. 3.8 (opgave en specificatie voor het eerst bij Borgersbrief is te laat, maar leidde niet tot afwijzing nu de wederpartij had laten weten geen opmerkingen te hebben over het in die brief gespecificeerde bedrag).