

HARMONISERING VAN IE-RECHT EN DE CASSATIE- PRAKTIJK, EN OVER HONDEN VERMOMD ALS KOEIEN

Thijs van Aerde

Als Rob Meijer een merk zou zijn, ingeschreven voor juridische dienstverlening in zaken voor de Hoge Raad die het recht van de intellectuele eigendom (IE) betreffen (Nice-klasse 45), dan zou dit merk binnen het Benelux-gebied zonder enige twijfel bekend zijn bij een aanmerkelijk deel van het relevante publiek.¹ De naam ‘R.S. Meijer’ prijkt op vele spraakmakende IE-arresten van de Hoge Raad.

Een aantal van deze zaken heb ik met Rob mogen behandelen.² In mei 2008 wisselde ik als advocaat-stagiair van de Amsterdamse ‘feitelijke’ IE/IT-sectie naar de Haagse cassatiepraktijk. Van de ‘culture shock’ was ik snel bekomen: op het Haagse kantoor heersten een amicale sfeer en een serene rust, die het mogelijk maakten om geconcentreerd door te werken, wat mij goed beviel.

Rob is oprecht betrokken: zowel bij zijn cliënten als bij zijn stagiairs en medewerkers. Toen Rob en ik eens tot middernacht aan een cassatiemiddel werkten, terwijl de treinen niet meer reden vanwege hevige sneeuwval, was ik van harte welkom aan de Wagenaarweg om daar te overnachten. Stagiairs en medewerkers die op Robs kamer moesten zijn voor de bespreking van een door Rob bewerkt concept³ – als leermeester was Rob (terecht) geen zachte heelmeester – bood Rob

1 Vgl. HvJ EU 14 september 1999, ECLI:NL:XX:1999:AC3725, NJ 2000, 376 (*Chevy*).

2 Het betreft HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7324, RvdW 2009, 1329 (*Norma/Thuiskopie*); HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011, 302 (*Lego/Mega Brands*); HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012, 532 (*ACI Adam c.s./Thuiskopie*); HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1983, RvdW 2013, 740 (*Apple/Samsung*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, RvdW 2013, 789 (*Cruijff/Tirion Uitgevers c.s.*); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0265, NJ 2013, 400 (*Allposters/Pictoright*); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:690 (*GBT c.s./Ajinomoto c.s.*). Toen deze bijdrage werd geschreven, waren nog aanhangig de cassatieberoepen van Hof Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0096 (*Ryanair/PR Aviation*) en Hof Den Haag 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078, IER 2012, 38 (*Norma/NLKabel c.s.*).

3 Vermoedelijk zal dit ook voor partners gelden, maar daarop heb ik weinig zicht.

steevast drop aan, uit een ellipsvormig, aquamarijnkleurig blikje. Dit gebruik dateert al uit de tijd dat Rob nog pijp rookte; klaarblijkelijk was Rob begaan met de luchtwegen van de stagiair.

Rob heeft in zijn loopbaan als cassatieadvocaat in IE-zaken de toenemende invloed van het Europese recht kunnen meemaken. Het intellectuele eigendomsrecht is een rechtsgebied dat in steeds verdergaande mate geharmoniseerd is (en wordt). Niet langer kijkt men alleen en vooreerst naar de lijnen die de Hoge Raad uitzet, maar de 'focus' verschuift naar het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Dat geldt niet alleen voor de rechtswetenschap, maar ook voor correspondenten en cliënten. Zo kreeg ik enige tijd geleden van een cliënt de uitdrukkelijke instructie de zaak te 'escaleren' naar het HvJ EU.

In deze bijdrage wil ik enkele aspecten van deze toenemende harmonisering nader belichten, mede aan de hand van zaken die Rob als cassatieadvocaat heeft behandeld. Aangezien deze zaken ook door mij zijn behandeld, zal ik moeten breken met de regel dat de advocaat niet schrijft over zaken die hij zelf heeft behandeld. Ik acht mij vrij om dat te doen, nu ik niet bedoel na te pleiten, maar te beschouwen.

Unierecht in de nationale rechtsorde

Zoals artikel 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)⁴ bepaalt, brengt de Unie een interne markt tot stand. Deze omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd (art. 26 lid 2 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie; VWEU).⁵ Zo'n interne markt vooronderstelt daarop geldende gelijke mededingingsvoorwaarden: een '*level playing field*'. Ter verwezenlijking en handhaving van de interne markt stelt de Unie maatregelen vast (art. 26 lid 1 VEU), waarmee verschillende regels worden vervangen door één Europese norm: *harmonisatie*. Harmonisatie kan plaatsvinden door middel van verscheidene instrumenten, waaronder richtlijnen en verordeningen (art. 288 VWEU).⁶ Verordeningen en richtlijnen vinden hun rechtsbasis in het VWEU en behoren tot het secundaire Unierecht. Het primaire Unierecht vloeit voort uit het VEU, het VWEU en in de HvJ EU-rechtspraak ontwikkelde algemene beginselen van Unierecht.⁷ Het primaire Unierecht laat ik verder rusten.

4 *PbEU* van 30 maart 2010, C 83, p. 13-45 (geconsolideerde versie).

5 *PbEU* van 30 maart 2010, C 83, p. 47-199 (geconsolideerde versie).

6 Zie over de marktintegratie van de EU: F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 275-288.

7 Asser/Hartkamp 3-1*, Deventer: Kluwer 2011, 105, onder verwijzing naar Audioux, C-101/08, punt 63; NCC, C-174/08, punt 42.

Verordeningen hebben een algemene strekking en zijn verbindend in al hun onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (art. 288 VWEU). Verordeningen behoeven geen omzetting in nationale wetgeving; zij zijn aldus te vergelijken met wetten in materiële zin.⁸ De rechtstreekse werking van verordeningen is verticaal,⁹ omgekeerd verticaal¹⁰ en, in beginsel,¹¹ ook horizontaal.¹²

Richtlijnen zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd zijn, maar aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen (art. 288 VWEU). Een richtlijn is een instructie aan de lidstaten om, binnen een door de richtlijn vastgestelde termijn, hun wetgeving met de richtlijn in overeenstemming te brengen; zij werken derhalve niet rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde. Als een richtlijn correct is omgezet in het nationale recht, dan is daarmee de ('indirecte') werking van die richtlijn in de nationale rechtsorde verzekerd.

De vraag naar de doorwerking van een richtlijn in de nationale rechtsorde dient zich vooral aan wanneer een richtlijn niet correct of niet tijdig in het nationale recht is omgezet. In zo'n geval kan een particulier de bepalingen van de richtlijn inroepen jegens zijn lidstaat (verticale werking), omdat de lidstaat niet mag profiteren van het feit dat hij zijn uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen.¹³ Hiermee hangt samen dat een lidstaat zich niet jegens een particulier kan beroepen op een door hem nog niet omgezette richtlijn (geen omgekeerde

8 Asser/Hartkamp 3-1* 2011, par. 191, p. 159.

9 Bij verticale rechtstreekse werking beroept de burger zich jegens de overheid op een verordening. Zie in dit verband: HvJ EG 17 mei 1972, zaak 93/71, *Jur.* 1972, p. 287 (*Leonesio*), waarin het HvJ EG oordeelde dat landbouwers zoals mevrouw Leonesio jegens de Italiaanse Republiek een rechtstreeks beroep konden doen op Gemeenschapsverordeningen 1975/69 en 2195/69 ter verkrijging van een slachtpremie.

10 Bij omgekeerde verticale rechtstreekse werking beroept de overheid zich jegens de burger op een verordening. Een voorbeeld hiervan biedt HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, *NJ* 2005, 80 m.nt. E. Alkema (*Rijtijden*): daarin werd werkgever A vervolgd voor het overtreden van de voorschriften van art. 8 en 9 van EEG-Verordening 3820/85 (inhoudende dat een bestuurder van een voertuig een dagelijkse rusttijd van ten minste negen achtereenvolgende uren geniet).

11 In beginsel, want vereist is wel dat de betrokken regel voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is. Zie hierover bijv. A-G Geelhoed in par. 47 van zijn conclusie voor het in noot 16 vermelde arrest *Muñoz*.

12 HvJ EG 17 september 2002, zaak 2200/96, *NJ* 2003, 702 m.nt. M.R. Mok (*Muñoz & Fruiticola/Frumar & Redbridge*), waarin Muñoz, producent van 'Superior seedless'-druiven, zich jegens importeur Frumar & Redbridge beriep op EG-Verordeningen 1035/71 en 2200/96, opdat het concurrent Frumar & Redbridge werd verboden deze druiven onder de benaming Coryn te verhandelen, terwijl deze druiven in werkelijkheid tot de variëteit Superior seedless behoorden. Het HvJ EG oordeelde dat de naleving van de bepalingen met betrekking tot de kwaliteitsnormen voor groenten of fruit moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces van een marktdeelnemer tegen een concurrent.

13 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall*), r.o. 47-49; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *NJ* 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 22-23.

verticale rechtstreekse werking).¹⁴ Uit de aard van een richtlijn als instructie tot de lidstaten volgt dat een richtlijn – anders dan een verordening¹⁵ – uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen (geen horizontale rechtstreekse werking);¹⁶ zelfs niet indien de richtlijn bepaling duidelijk, nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijk is.¹⁷

Pleidooien voor de horizontale werking van richtlijnen zijn er wel geweest, onder andere¹⁸ van A-G Lenz in zijn conclusie voor het arrest *Faccini Dori*.¹⁹ In deze zaak had mevrouw Faccini Dori in januari 1989 in het centraal station te Milaan een overeenkomst gesloten met Interdiffusion Srl voor een schriftelijke cursus Engels. Enkele dagen later deelde zij aan Interdiffusion bij aangetekende brief mee dat zij haar bestelling annuleerde. Op grond van artikel 5 lid 1 van de Colportagerichtlijn, van welke de omzettingstermijn op 23 december 1987 was verstreken,²⁰ had Faccini Dori recht om de overeenkomst te ontbinden gedurende ten minste zeven dagen na het sluiten ervan.²¹ Omdat Italië ten tijde van deze feiten evenwel geen enkele maatregel had genomen om de richtlijn om te zetten in het nationale recht, rees de vraag of Faccini Dori nu gebonden was aan de overeenkomst. A-G Lenz bepleitte dat de horizontale werking van richtlijnen moest worden aangenomen, omdat deze volgens hem ‘noodzakelijk [is] om recht te laten wedervaren aan degene die aanspraken ontleent aan een door de gemeenschapswetgever vastgestelde juridisch bindende bepaling, zodat zijn positie niet voor onbepaalde tijd van de goede wil van een nalatige Lid-Staat afhankelijk is’.²² Het HvJ EU bleek niet gevoelig voor dit pleidooi. Het hield vast aan zijn eerdere rechtspraak en oordeelde kort en bondig:

‘Wanneer maatregelen tot omzetting van de richtlijn in nationaal recht dus niet tijdig zijn vastgesteld, kunnen de consumenten niet voor de nationale rechter met een beroep op de richtlijn een recht

14 F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 185; HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis*), r.o. 6-10.

15 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *NJ* 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 24.

16 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall*), r.o. 48; HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis*), r.o. 9; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *NJ* 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 20.

17 HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, *NJ* 2005, 333 m.nt. M.R. Mok (*Pfeiffer*), r.o. 109.

18 Zie voorts de pleitbezorgers aangehaald in voetnoten 34-36 van A-G Lenz' conclusie (aangehaald in noot 23 hierna).

19 Conclusie A-G Lenz van 9 februari 1994, zaak C 91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori*), par. 43-73.

20 Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten (*PbEG* 1985, L 372, p. 31).

21 Vgl. art. 25 lid 1 Colportagewet.

22 Conclusie A-G Lenz van 9 februari 1994, zaak C 91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori*), par. 43-73.

van afstand geldend maken tegenover de handelaren met wie zij een overeenkomst hebben gesloten.²³

Wél moet de nationale rechter zijn nationale recht zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.²⁴ Daartoe moet de rechter het gehele nationale recht in beschouwing nemen en alle uitlegmethoden die hem ten dienste staan, toepassen.²⁵ Deze verplichting vindt haar begrenzing in (met name) het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht;²⁶ zij houdt daar op, waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het tot een richtlijnconform resultaat leidt. De verplichting om richtlijnconform te interpreteren verplicht niet tot een interpretatie *contra legem*.²⁷ Wanneer het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitleg kan worden bereikt, kan de justitiabele de lidstaat aansprakelijk houden voor zijn daaruit voortvloeiende schade.²⁸

Grenzen van richtlijnconforme interpretatie: de zaken Adam c.s./ThuisKopie en Ryanair/PR Aviation

Inleidende opmerkingen

Hierboven kwam al aan de orde dat richtlijnen geen rechtstreekse horizontale werking hebben, maar dat de nationale rechter zijn nationale recht – nadat de omzettingstermijn is verstreken – wel zo veel mogelijk richtlijnconform moet uitleggen, opdat het door de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt. Volgens A-G Wissink heeft de nationale rechter daarmee een zware inspanningsverplichting om op zoek te gaan naar de uiterste uitlegmogelijkheden van zijn nationale recht, waarbij van hem een actieve en grensverkennende houding wordt gevraagd.²⁹ Deze verplichting vindt haar grens wanneer zij zou neerkomen op een interpretatie *contra legem*.

23 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, NJ 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 25.

24 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann*), r.o. 26; HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis*), r.o. 12; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, NJ 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 26.

25 HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, NJ 2005, 333 m.nt. M.R. Mok (*Pfeiffer*), r.o. 115-118; HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, NJ 2006, 593 (*Adelener*), r.o. 111.

26 HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis*), r.o. 13; HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, NJ 2006, 593 (*Adelener*), r.o. 110.

27 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, NJ 2006, 500 (*Pupino*), r.o. 47; HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, NJ 2006, 593 (*Adelener*), r.o. 110.

28 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, NJ 1994, 2 (*Francoovich*), r.o. 39; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, NJ 1995, 321 (*Faccini Dori*), r.o. 27.

29 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2013:BZ1780 (*Albron Nederland/FNV Bondgenoten*), par. 2.6.2 (voor HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013, 389 m.nt. E. Verhulp).

Zoals Prechal in 1991 schreef, moet de te interpreteren norm wél voor richtlijnconforme uitleg ruimte bieden: ‘Zelfs de rechter kan niet onder alle omstandigheden van een koe een hond maken.’³⁰ De vraag rijst wanneer van zo’n interpretatie *contra legem* sprake is.

Wissink schrijft in zijn proefschrift dat *contra legem* ook wel ruimer wordt opgevat dan strijdig met de duidelijke bewoordingen van de wet, namelijk als mede omvatend interpretaties die ingaan tegen vaste rechtspraak of heersende leer. Volgens Wissink gaat die ruime opvatting echter niet zo ver, dat de kwalificatie ‘*contra legem*’ al van toepassing is om de enkele reden dat de richtlijnconforme uitlegging afwijkt van de interpretatie die in het verleden aan de regel is gegeven.³¹

De Hoge Raad lijkt grote ruimte voor richtlijnconforme interpretatie te laten.³² Het arrest *Ingeborg Buyck/Van den Aemele B.V.*³³ bijvoorbeeld laat zien dat de Hoge Raad een Nederlandse wetbepaling restrictief interpreteert teneinde het door de richtlijn gewenste doel te realiseren.³⁴ De casus was deze: bij een overgang van onderneming van Bonte op Van den Aemele B.V. was werknemer Buyck meegedeeld dat haar dienstverband werd beëindigd, terwijl voor deze beëindiging geen toestemming was verkregen. Toen Buyck vorderde te verklaren voor recht dat tussen haar en Van den Aemele een arbeidsovereenkomst bestond, kreeg zij artikel 9 lid 2 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) tegengeworpen, dat voorzag in een vervaltermijn van zes maanden voor het invoeren van de nietigheid van een beëindiging van een dienstbetrekking. Buyck had nagelaten de nietigheid van de beëindiging van haar dienstverband in te roepen, zodat de rechtbank oordeelde dat tussen haar en Van den Aemele geen arbeidsovereenkomst bestond. De Hoge Raad oordeelde – anders dan A-G Mok in zijn conclusie – dat de betrokken vervaltermijn niet voor toepassing in aanmerking kwam (r.o. 3.4):

‘[art. 4 lid 1 van EEG-Richtlijn 77/187] brengt mee dat van de werknemer geen nadere handeling wordt vereist zoals het invoeren van de nietigheid van het ontslag. Nu de Nederlandse wetgeving op het onderhavige terrein de strekking heeft om het stelsel van de richtlijn in het Nederlandse recht tot gelding te brengen, moet worden aangenomen dat art. 9 lid 2 BBA niet eraan in de weg staat dat de

30 S. Prechal, ‘Richtlijnconforme uitleg: Alice in Wonderland’, *WFR* (1991) 1596, p. 1596-1604.

31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, par. 5.15.2, p. 203, met bronverwijzingen aldaar.

32 L.A.D. Keus, ‘Het rechtszekerheidsbeginsel’, *WPNR* (2011) 6901, par. 5.

33 HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1943, *NJ* 1996, 418 m.nt. P.A. Stein (*Ingeborg Buyck/Van den Aemele B.V.*).

34 Asser/Hartkamp 3-1* 2011, par. 185.

nietigheid van een beëindiging van de dienstbetrekking wegens overgang van een onderneming niet hoeft te worden ingeroepen om haar werking te hebben, zodat ook de voormelde vervaltermijn dan niet voor toepassing in aanmerking komt.’

Het voert te ver om uitvoerig stil te staan bij (talrijke) andere voorbeelden van richtlijnconforme interpretatie in de Nederlandse rechtspraak, zodat ik volsta met een verwijzing naar enkele van die voorbeelden.³⁵ Mijn indruk is dat het oordeel dat een richtlijnconforme uitleg ‘contra legem zou gaan’, uitzonderlijk is.³⁶ Mij zijn slechts drie gevallen bekend waarin de Hoge Raad in de hierboven bedoelde zin heeft geoordeeld.³⁷ Allereerst het arrest *Van Asseldonk/Ter Schure*.³⁸ In deze zaak kon een interpretatie van artikel 5 lid 3 Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) conform de Richtlijn gelijke behandeling mannen en vrouwen³⁹ niet leiden tot het resultaat dat bisschop Ter Schure mevrouw Van Asseldonk moest toelaten tot de diakenopleiding van de rooms-katholieke kerk. In de tweede plaats het (IE-)arrest *Pink Floyd/Rigu Sound*.⁴⁰ In deze zaak kon een interpretatie van (het toenmalige) artikel 6 lid 2 Wet op de naburige rechten (WNR) conform artikel 9 lid 2 van de Verhuurrichtlijn⁴¹ niet leiden tot het resultaat dat de uitsluitende rechten van de fonogrammenproducent slechts dan zouden zijn uitgeput, indien de reproductie van het fonogram voor het eerst *in een EG-lidstaat* in het verkeer zou zijn gebracht (in plaats van: waar ook ter wereld). En, in de derde plaats, de *effectenlease*-arresten van 5 juni 2009 van de Hoge Raad. Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat uitlegging van de Wet op het consumentenkrediet (Wck) in het licht van de Richtlijn consumentenkrediet 1986 niet als resultaat kon hebben dat de Wck op effectenleaseovereenkomsten van toepassing was, omdat de bewoordingen

35 HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0328, NJ 1992, 225 m.nt. P.A. Stein (*Dekker/VJV*); HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435 NJ 1998, 6 (*Assoud/SNS*); HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6320 (*Thuiskopie/Opus*); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0265, NJ 2013, 400 (*Allposters/Pictoright*); HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013, 389 (*Albron Nederland/FNV Bondgenoten*).

36 Vgl. ook concl. A-G Wissink, par. 2.14 in de al aangehaalde zaak *Albron Nederland/FNV Bondgenoten*.

37 Zie verder Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4648, NJ 2010, 466 m.nt. M.R. Mok (*werknemer/werkgever*), r.o. 3.9.5; Hof Arnhem 26 juli 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR4284, JAR 2011, 241 m.nt. Y. Konijn (*werknemer/Ploeg Ede*), r.o. 5.12.

38 HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1846, NJ 1996, 330 (*Van Asseldonk/Ter Schure*), r.o. 3.5.

39 Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (76/207/EEG).

40 HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997, 649 m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*), r.o. 3.3-3.4.

41 Richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992 (92/100/EEG), *PbEG* 1992, L 346/61.

van artikel 1 Wck effectenleaseovereenkomsten ondubbelzinnig uitsloten van het toepassingsbereik ervan.⁴² De Hoge Raad besliste dit geschilpunt dus in het voordeel van Aegon Bank, die in cassatie mede werd bijgestaan door Rob.

Thans zal ik de grenzen van richtlijnconforme interpretatie nader onderzoeken aan de hand van twee zaken die Rob en ik in cassatie hebben behandeld (of nog behandelen).

De zaak ACI Adam c.s./Thuiskopie

De zaak *ACI c.s./Thuiskopie*⁴³ gaat over de uitleg van artikel 16c Auteurswet 1912 (Aw). Het verveelvoudigen van een auteursrechtelijk beschermd werk is in beginsel uitsluitend aan de auteursrechthebbende voorbehouden (art. 1 jo. art. 13 Aw). Artikel 16c Aw voorziet in een uitzondering op dit uitsluitend recht. Het artikel is in de Aw opgenomen ter implementatie van de Auteursrechtlijn (ARTl). Op grond van artikel 16c lid 1 Aw wordt *niet* als inbreuk op auteursrecht op een werk beschouwd: het reproduceren van een werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt. Kort gezegd: eenieder mag voor zichzelf op een informatiedrager⁴⁴ een kopietje maken van een auteursrechtelijk beschermd werk.⁴⁵ Tegenover dit (toegelaten) thuis kopiëren staat dat een billijke vergoeding, ook wel ‘thuiskopievergoeding’ genoemd, verschuldigd is ten behoeve van de auteursrechthebbende wiens werk gekopieerd wordt. Deze vergoeding moet worden betaald door de fabrikanten of importeurs van de dragers waarop de kopieën gemaakt worden (art. 16c lid 2 Aw). De thuiskopievergoeding moet worden betaald aan Stichting De Thuiskopie, die belast is met de inning en de verdeling hiervan.

Al tijdens de parlementaire geschiedenis van de aanpassingswet ter implementatie van de Auteursrechtlijn is gedebatteerd over het toepassingsbereik van

42 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012, 184 m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting GeSp/Aegon Bank*), r.o. 4.2.3; zie ook concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, par. 5.22-5.23. De Wck was van toepassing op zogenoemde ‘geldkredieten’ en ‘goederenkredieten’. Effectenleaseovereenkomsten konden als geen van beide worden beschouwd, zodat de Wck daarop niet van toepassing was. De Richtlijn consumentenkrediet 1986 was van toepassing op ‘kredietovereenkomsten’, welke definitie ruimer was dan die van ‘geldkrediet’ en ‘goederenkrediet’ tezamen.

43 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012, 532 (*ACI Adam c.s./Thuiskopie*). Rob en ik traden in cassatie op voor ACI Adam c.s.

44 Art. 16c Aw is niet van toepassing op reprografisch verveelvoudigen voor privégebruik. Dergelijke reproducties van papier naar papier of daarmee gelijk te stellen dragers vallen onder art. 16b Aw.

45 De thuiskopie-exceptie is echter niet van toepassing op elektronisch toegankelijke gegevensverzamelingen (art. 16c lid 8 jo. art. 12 lid 3 Aw) en evenmin op computerprogramma’s (art. 45n jo. art. 10 lid 1 onder 12o Aw).

artikel 16c Aw, en meer specifiek over de vraag of de thuiskopie-exceptie van artikel 16c Aw een legaal origineel vereist:⁴⁶

‘De leden van de CDA-fractie vroegen, verwijzend naar het pleidooi voor het opnemen van de eis dat het origineel legaal moet zijn, hoe de reproductie via Napster, KazaA en anderen wordt beoordeeld. Leidt het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, ertoe dat van een illegale bron legale kopieën worden gemaakt (witwassen)? Kan van de gebruiker in alle gevallen gevergd worden dat wordt beoordeeld of er sprake is van een legaal origineel?’

Volgens de minister van Justitie was een legaal origineel niet vereist:

‘(...) De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KazaA en vergelijkbare peer-to-peer-diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt. (...) Het heeft mijn voorkeur dat alleen van een legale bron een privé-kopie wordt gemaakt. Artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn en artikel 16c staan er evenwel niet zonder meer aan in de weg dat van een illegale bron een legale privé-kopie kan worden gemaakt.’

De minister van Justitie heeft dit standpunt later meermaals herhaald: in 2003 tijdens de parlementaire behandeling,⁴⁷ in 2007, in antwoord op Kamervragen,⁴⁸ en in 2009, in de kabinetsreactie op het rapport van de werkgroep auteursrecht.⁴⁹ Ook in de literatuur werd overwegend aangenomen dat het maken van een kopietje door

46 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5 (NV), p. 32-33.

47 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 8 (NV), p. 13.

48 *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 2256, p. 4779.

49 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 838, nr. 22 (Brief minister 30 oktober 2009), p. 14.

de gebruiker van zogenoemde ‘peer-to-peer software’ geen inbreuk op auteursrecht maakt,⁵⁰ hoewel er ook een tegengeluid klonk.⁵¹

Inzet van de procedure van ACI c.s. (allen betalingsplichtigen) tegen ThuisKopie is (onder meer) een verklaring voor recht dat de in artikel 16c Aw bedoelde billijke vergoeding uitsluitend is bedoeld om het nadeel te compenseren dat rechthebbenden ondervinden van reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van artikel 16c lid 1 Aw vallen en dat bij de bepaling van de hoogte van de thuisKopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met schade die het gevolg is van kopiëren uit een illegale – dat wil zeggen: met schending van auteursrecht tot stand gekomen – bron. Toewijzing van deze vordering tot verklaring van recht heeft volgens ACI c.s. (navenante) gevolgen voor de omvang van de vergoedingsplicht.⁵² ACI c.s. voerden ter onderbouwing van hun vordering (onder meer) aan dat toepassing van artikel 16c Aw zonder onderscheid naar de bron (legaal of illegaal) in strijd komt met de zogenoemde ‘driestappentoets’ van artikel 5 lid 5 ARtI. Dit artikel bepaalt dat beperkingen en restricties op het exclusieve reproductierecht van de auteur (zoals de thuisKopie-exceptie) (1) slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast, mits (2) daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en (3) de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Volgens ACI c.s. komt het toepassen van de thuisKopie-exceptie op het kopiëren uit illegale bron in strijd met al deze drie stappen: van een ‘bepaald bijzonder geval’ is geen sprake, gezien de grote schaal van het kopiëren uit illegale bron (stap 1); door het legitimeren van het kopiëren uit illegale bron wordt afbreuk gedaan aan de normale exploitatie van werken (stap 2) en daardoor worden eveneens de wettige belangen van de rechthebbende onredelijk geschaad (stap 3).

Het Hof ’s-Gravenhage wees de door ACI c.s. gevorderde verklaring af: als de driestappentoets zich al verzet tegen downloaden uit illegale bron omdat dit tot gevolg heeft dat illegaal uploaden wordt gestimuleerd, dan is de afstand tussen hetgeen de Auteursrechtlijn voorschrijft en hetgeen het Nederlandse recht inhoudt zo groot dat de grens van richtlijnconforme interpretatie is bereikt, aldus

50 P.B. Hugenholtz, ‘Napster: een bliksemonderzoek’, *Computerrecht* 2000, p. 228; P.B. Hugenholtz, annotatie bij Pres. Rb. Amsterdam 19 november 2001, *AMI* 2002, p. 25 (*Kazaa/BumaStemra*); D.J.G. Visser, ‘Napsteren, Gnutellen en de afwezigheid van legale muziek op Internet’, *Computerrecht* 2001, p. 131.

51 J.M.B. Seignette, ‘Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk’, *AMI* 2001, p. 29 e.v.

52 Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5 (NV), p. 33: ‘Tenslotte zij er op gewezen dat de opname van de eis dat het slechts mag gaan om een legale bron met zich mee brengt dat de hoogte van de billijke vergoeding naar beneden toe moet worden bijgesteld. De billijke vergoeding is namelijk uitsluitend verschuldigd voor verlies van inkomsten door rechthebbenden vanwege het privé-kopiëren ingevolge artikel 16c. Dat verlies moet worden onderscheiden van omzettafval vanwege illegale, buiten de reikwijdte van artikel 16c vallende kopieën.’

het hof. Bij de bepaling van hetgeen het Nederlandse recht inhoudt, had het hof zich gebaseerd op hierboven vermelde uitlatingen van de minister. Volgens het hof zou de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze in het gedrang komen wanneer artikel 16c Aw op het punt van het downloaden uit illegale bron zou worden uitgelegd op de wijze als door ACI c.s. bepleit.⁵³

ACI c.s. klaagden in cassatie erover dat het hof in staat en verplicht was om de door ACI c.s. verdedigde Auteursrechtlijnconforme uitleg over te nemen, eens temeer omdat aan uitlatingen van een minister in het wetgevingsproces geen beslissend gewicht toekomt waar het gaat om de vraag (1) of een voorstel voor een aanpassingswet al dan niet richtlijnconform is, en (2) of de rechter van die ministeriële opvatting mag afwijken. De parlementaire geschiedenis is weliswaar een inspiratiebron, maar geen middel waarmee de wetgever de uitleg van zijn eigen producten kan afdwingen.⁵⁴

De Hoge Raad was dit met ACI c.s. eens. In zijn arrest beschrijft de Hoge Raad eerst de omvang van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie (r.o. 5.1.2). Vervolgens overweegt hij (r.o. 5.1.3):

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

53 Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3982, IER 2011, 27 (ACI Adam c.s./Thuiskopie), r.o. 7.15.

54 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1009-1010 (MvA II Inv). Zie ook W. Sniijders, ‘Parlementaire geschiedenis. Zin en onzin’, *WPNR* 6774 (2008), p. 846. Aldus ook bijv. W.H.M. Reehuis, ‘De wil van de wetgever’, in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 64-72; Asser/Vranken, *Algemeen deel***, 1995, nr. 141-154.

richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat. Het onderdeel treft dus doel.’

De nationale rechter kan dus niet, vanwege de totstandkomingsgeschiedenis van een wet, afzien van zijn verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. Dit is slechts anders als de wetgever ondubbelzinnig tot uitdrukking heeft gebracht dat hij welbewust heeft willen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten. In zo’n geval verlangt de rechtszekerheid dat de justitiabele daarop moet kunnen afaan.⁵⁵ Het laat zich echter niet snel denken dat de wetgever welbewust afwijkt van waartoe een richtlijn verplicht.⁵⁶

Opmerkelijk is dat tot voor kort wel werd aanvaard dat de thuiskopie-exceptie ook op kopiëren uit illegale bron van toepassing was, terwijl richtlijnconforme interpretatie nu tot het tegenovergestelde resultaat kan leiden.⁵⁷ Men zou zich de vraag kunnen stellen of de rechter hier ‘van een koe een hond maakt’. In die vraag zelf ligt echter al een bepaalde uitleg van ‘de aard van het beestje’ besloten (het dier is een koe en daarvan wordt nu een hond gemaakt) die mogelijk onjuist is (het dier is altijd een hond geweest; alleen een die even leek op een koe). In ieder geval hebben opmerkingen van de wetgever tijdens het wetgevingsproces onvoldoende gezag voor het oordeel dat de thuiskopie-exceptie ‘een koe is waarvan de rechter geen hond kan maken’.

De zaak Ryanair/PR Aviation

Soortgelijke vragen doen zich voor in de zaak *Ryanair/PR Aviation*.⁵⁸ In deze zaak stelt Ryanair, kort samengevat, dat PR Aviation inbreuk maakt op de Ryanair toekomende geschriftenbescherming door vlucht- en prijsgegevens over te nemen van Ryanairs website. Op grond van de geschriftenbescherming kan de opschriftsteller zich (slechts) verzetten tegen bewijsbare ontlening door eenvoudige herhaling van de op schrift gestelde gegevens.⁵⁹

55 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758 (*Wandelvierdaagse*), r.o. 3.4.

56 R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HR 21 september 2012 (*ACI c.s./Thuiskopie*), AB 2012, 367.

57 Afhankelijk van de antwoorden van het HvJ EU op de hem gestelde vragen.

58 Hof Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0096, *AMI* 2012/4, nr. 17, p. 172-179 m.nt. J.I. Krikke. Rob en ik hebben in cassatie voor Ryanair opgetreden.

59 HR 27 januari 1961, *NJ* 1962, 355 m.nt. HB (*Explicator*); HR 25 juni 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB5946, *NJ* 1966, 116 m.nt. HB (*Televizier*); HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6093, *NJ* 2002, 515 m.nt. J.H. Spoor (*EP Controls/Regulateurs c.s.*); HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, *NJ* 2003, 149 m.nt. J.H. Spoor (*NVM/De Telegraaf; ‘El Cheapo’*). Zie voorts J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 3.19 en 3.22, p. 83-85 en 88-92.

De geschriftenbescherming vindt tot op heden onderdak in artikel 10 lid 1 sub 1° Aw.⁶⁰ Op grond van dat artikel wordt onder ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’ verstaan: boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften *en alle andere geschriften*. Door middel van laatstgenoemde woorden heeft de wetgever in 1912 zijn handhaving van de geschriftenbescherming tot uitdrukking willen brengen.⁶¹

In Nederland wordt al enige tijd betoogd dat geschriftenbescherming niet langer verenigbaar zou zijn met het Unierecht. Zeer kort samengevat: omdat het auteursrechtelijke werkbegrip inmiddels is geharmoniseerd en onpersoonlijke geschriften niet aan de oorspronkelijkheidseis voldoen, zou daaraan geen (vorm van) auteursrechtelijke bescherming meer toekomen. In een Auteursrechtlijnconforme interpretatie van artikel 10 lid 1 sub 1° Aw zou dat artikel niet langer de geschriftenbescherming bieden die het van oudsher altijd geboden heeft.

Wederom laat zich de vraag stellen: wordt hierdoor van een koe een hond gemaakt? Uit de zaak *ACI c.s./Thuiskopie* bleek al dat de opvattingen van de wetgever voor het antwoord op deze vraag niet doorslaggevend zijn. Echter: een richtlijnconforme interpretatie van artikel 10 lid 1 sub 1° Aw waarin dat artikel niet langer geschriftenbescherming biedt, zou mijns inziens niet alleen ingaan tegen de opvatting van de wetgever, maar ook tegen de vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Tot op heden heeft de Hoge Raad immers altijd aangenomen dat artikel 10 lid 1 sub 1° Aw onpersoonlijke geschriften beschermt.⁶²

A-G Verkade is van opvatting dat richtlijnconforme interpretatie van artikel 10 lid 1 sub 1° Aw meebrengt dat dit artikel niet langer voorziet in geschriftenbescherming. Volgens de A-G zou zo’n uitleg niet de grens van een *contra legem*-uitleg van de Aw overschrijden.⁶³ De Hoge Raad zal hierover uitsluitel moeten geven.

Afrondende opmerkingen

Hoewel richtlijnen volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU geen rechtstreekse horizontale werking hebben, kan het door de richtlijn beoogde resultaat veelal worden bereikt door middel van richtlijnconforme interpretatie. Daarbij komt dat de Hoge Raad ruim baan geeft aan richtlijnconforme interpretatie en slechts bij uitzondering aanvaardt dat zo’n interpretatie neerkomt op een uitlegging *contra legem*. Bij deze stand van zaken zijn de vragen gerechtvaardigd wat dan nog het bezwaar is

60 Spoor, Verkade & Visser 2005, par. 3.17.

61 Spoor, Verkade & Visser 2005, par. 3.18.

62 Zie de in noot 63 genoemde arresten.

63 De conclusie van A-G Verkade van 12 juli 2013 is gepubliceerd op ‘blogs’ IE-Forum.nl (*IEF* 12864) en Boek9.nl (*B912429*).

tegen rechtstreekse horizontale werking en waarom tussen verordeningen en richtlijnen nog onderscheid wordt gemaakt.⁶⁴

Bij het ter perse gaan van dit *liber amicorum* staat de zaak *Ryanair/PR Aviation* voor arrest op de rol van de Hoge Raad van vrijdag 6 december 2013: vier dagen nadat Rob, op maandag 2 december 2013, de leeftijd van 65 jaar zal hebben bereikt. Het is te hopen dat Rob ook na zijn 65ste verjaardag nog lang aan Houthoff Buruma verbonden blijft. Eigenlijk verwacht ik dat ook wel. Een oprecht betrokken advocaat als Rob kan zijn cliënten en kantoorgenoten niet zomaar achterlaten.

64 Deze vragen worden ook gesteld door Amtenbrink & Vedder 2010, par. 5.4.6, p. 194.