

07/13259
8 juni 2012

Mr. F.F. Langemeijer
Conclusie inzake:
Stichting De Thuis kopie
tegen
1. M. van der Lee
2. H. van der Lee
3. Opus Supplies Deutschland GmbH

Cohen
Dehoram
Rösch

In dit geding, over de uitleg van art. 16c Auteurswet, wordt de procedure voortgezet na het tussenarrest van de Hoge Raad van 20 november 2009¹ en na het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 16 juni 2011².

1. De feiten en het procesverloop

1.1. Voor de feiten waarvan in cassatie kan worden uitgegaan en voor het procesverloop tot aan het tussenarrest van 20 november 2009 wordt verwezen naar dat arrest. De Hoge Raad heeft onderdeel I van het cassatiemiddel verworpen. Naar aanleiding van onderdeel II heeft de Hoge Raad de volgende vragen van uitleg voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“(i) Biedt richtlijn 2001/29/EG in het bijzonder in art. 5, lid 2 onder b en lid 5, aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wie in de nationale wetgeving behoort te worden aangemerkt als de schuldenaar van de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde ‘billijke vergoeding’? Zo ja, welke?

(ii) Indien sprake is van een koop op afstand waarbij de koper in een andere lidstaat is gevestigd dan de verkoper, noopt art. 5 lid 5 van de richtlijn dan tot een zo ruime uitleg van het nationale recht dat ten minste in één van de bij de koop op afstand betrokken landen de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde ‘billijke compensatie’ is verschuldigd door een bedrijfsmatig handelende schuldenaar?”

1.2. Bij arrest van 16 juni 2011 heeft het Hof van Justitie hierop geantwoord:

“(i) 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, in het bijzonder artikel 5, leden 2, sub b, en 5 ervan, moet aldus worden uitgelegd dat de eindgebruiker die voor privégebruik een reproductie vervaardigt van een beschermd werk, in beginsel moet worden aangemerkt als de schuldenaar van de in voornoemd lid 2, sub b, bedoelde billijke compensatie. Het staat de lidstaten evenwel vrij een vergoeding voor privégebruik in te voeren die dient te worden betaald door de personen die installaties, apparaten of informatiedragers ter beschikking stellen van de eindgebruiker, wanneer die personen beschikken over de mogelijkheid om het

¹ HR 20 november 2009 (LJN: BI6320), NJ 2009/581.

² HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09, (LJN: BQ9325), NJ 2011/510 m.nt. P.B. Hugenholtz.

bedrag van die vergoeding door te berekenen in de door de eindgebruiker betaalde prijs van die terbeschikkingstelling.

(ii) Richtlijn 2001/29, in het bijzonder artikel 5, leden 2, sub b, en 5 ervan, moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaat die een stelsel heeft ingevoerd waarin de vergoedingen voor het kopiëren voor privégebruik van beschermde werken moeten worden betaald door de fabrikant of importeur van informatiedragers, en op wiens grondgebied het nadeel ontstaat dat auteurs lijden als gevolg van het privégebruik van hun werken door de aldaar wonende kopers, verplicht is om te garanderen dat die auteurs daadwerkelijk de billijke compensatie ontvangen die is bestemd om hen schadeloos te stellen voor dat nadeel. Dienaangaande is de enkele omstandigheid dat de bedrijfsmatig handelende verkoper van installaties, apparaten en informatiedragers is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de kopers wonen, niet van invloed op die resultaatsverplichting. Het staat aan de nationale rechter om, wanneer het onmogelijk is om de billijke compensatie bij de kopers te incasseren, het nationale recht aldus uit te leggen dat die compensatie bij een schuldenaar die optreedt als handelaar kan worden geïncasseerd."

1.3. Stichting De ThuisKopie heeft naar aanleiding van dit antwoord haar standpunt schriftelijk nader laten toelichten. Opus GmbH heeft afgezien van nadere toelichting.

2. Verdere bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Onderdeel II is gericht tegen de oordelen van het hof die de Hoge Raad in rov. 3.2.3 van het tussenarrest heeft aangehaald. Het middelonderdeel klaagt over een schending van art. 16c van de Auteurswet (Aw), zoals deze bepaling behoort te worden geïnterpreteerd in het licht van art. 5, lid 2 onder b en lid 5, van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (Pb EG L 167/10), betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij, en van de hierna te noemen verdragsbepalingen. Deze algemene klacht is uitgewerkt in vier deklachten, die zeer kort samengevat inhouden³:

- a. het hof heeft het begrip "importeur" in art. 16c Aw niet uitgelegd in overeenstemming met Richtlijn 2001/29/EG;
- b. het hof heeft het begrip "importeur" in art. 16c Aw niet uitgelegd in overeenstemming met art. 9 lid 2 van de Berner Conventie, art. 9 lid 1 van het TRIPS-verdrag en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM;
- c. het hof heeft het begrip "importeur" in art. 16c Aw niet uitgelegd in overeenstemming met de uitleg die naar nationaal recht daaraan moet worden gegeven, in het bijzonder in het licht van de parlementaire geschiedenis van deze bepaling;

³ Omdat de klachten in de conclusie voor het tussenarrest al zijn besproken, wordt op deze plaats volstaan met een zeer korte samenvatting.

d. de vaststelling door het hof dat de aflevering van de blanco informatiedragers aan de koper plaatsvindt in Duitsland (en niet in Nederland) is om diverse redenen rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk.

2.2. In rov. 3.4 van het tussenarrest heeft de Hoge Raad vastgesteld dat de Nederlandse wetgever de richtlijn 2001/29/EG heeft geïmplementeerd in art. 16c, leden 1 – 5 Aw. De verplichting tot betaling van de heffing, uit de opbrengst waarvan de billijke compensatie aan de rechthebbenden wordt voldaan, rust volgens art. 16c lid 2 Aw op de fabrikant of importeur van de met de heffing belaste voorwerpen. Richtlijn 2001/29/EG maakt geen gebruik van de begrippen 'fabrikant' of 'importeur'. Het tussen partijen (bedoeld zijn: de partijen bij de koopovereenkomst) toepasselijke Nederlandse recht brengt mee dat levering van de informatiedragers plaatsvindt door bezitsoverdracht. Partijen mogen in hun overeenkomst bepalen waar en hoe deze zal geschieden. Dat hebben zij in dit geval gedaan als in het tussenarrest in 3.1 onder (ii) aangeduid. Naar de letter van het desbetreffende beding rust op de particuliere koper, als importeur van de informatiedragers in Nederland, de verplichting tot betaling van de vorenbedoelde billijke compensatie. Daardoor is zij in feite oninbaar. In dit licht is de vraag gerezen of voormeld resultaat verenigbaar is met de richtlijn, althans of de richtlijn ertoe noopt dit begrip 'importeur' ruimer op te vatten dan naar zijn taalkundige betekenis het geval zou zijn, door mede rekening te houden met de uiteindelijke, ook voor de bedrijfsmatig handelende verkoper kenbare, bestemming van de informatiedragers.

2.3. In een Spaanse procedure is een verwante vraag aan het Hof van Justitie gesteld⁴. Het ging in dat geval om een thuiskopieheffing die werd geïncasseerd bij Padawan SL, een verkoper van cd's, dvd's en MP3-spelers. Deze weigerde betaling, met het argument dat toepassing van deze heffing, zonder onderscheid te maken naar het gebruik waarvoor de digitale dragers zijn bestemd (privé of zakelijk), in strijd is met Richtlijn 2001/29/EG. Op de desbetreffende prejudiciële vragen van de Spaanse rechter verklaarde het Hof van Justitie voor recht (in Nederlandse vertaling):

"1. Het begrip 'billijke compensatie' in de zin van art. 5 lid 2 sub b Richtlijn 2001/29/EG (...) is een autonoom unierechtelijk begrip dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik hebben ingevoerd, ongeacht hun bevoegdheid om binnen de door het Unierecht en in het bijzonder door die richtlijn gestelde grenzen de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van deze billijke compensatie te bepalen.

⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, (LJN: BO3185), NJ 2011/509 m.nt. P.B. Hugenholtz; IER 2011/26 m.nt. K.J. Koelman.

2. Art. 5 lid 2 sub b Richtlijn 2001/29/EG moet aldus worden uitgelegd dat het tussen de betrokken personen te vinden 'rechtvaardige evenwicht' impliceert dat de billijke compensatie moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik. Een regeling volgens welke de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze op die grond juridisch of feitelijk ter beschikking van privégebruikers stellen of daarmee ten behoeve van hen reproductiediensten verrichten, de billijke compensatie dienen te financieren, voldoet aan de vereisten van dit 'rechtvaardige evenwicht', aangezien die personen de daadwerkelijke last van die financiering kunnen afwentelen op de privégebruikers.

3. Art. 5 lid 2 sub b Richtlijn 2001/29/EG moet aldus worden uitgelegd dat er een verband moet bestaan tussen de toepassing van de heffing voor de financiering van de billijke compensatie op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie en het vermoedelijke gebruik van deze installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik. Bijgevolg is de ongedifferentieerde toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik, met name op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie die niet ter beschikking van privégebruikers worden gesteld en duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privégebruik, niet in overeenstemming met Richtlijn 2001/29/EG."

2.4. De mogelijkheid om van een auteursrechtelijk beschermd werk een kopie te maken voor privégebruik is een uitzondering op het verbod van verveelvoudiging zonder toestemming van de rechthebbende. Een juiste uitleg van de richtlijn brengt volgens het Hof van Justitie mee dat de billijke compensatie voor de rechthebbenden, die in art. 5, lid 2 onder b, van deze richtlijn als voorwaarde wordt gesteld, moet worden berekend op basis van de schade die door de auteurs van beschermde werken wordt geleden als gevolg van de uitzondering (in de nationale wetgeving) voor het kopiëren voor privégebruik⁵. Met betrekking tot de vraag voor wiens rekening deze billijke compensatie komt, overwoog het Hof van Justitie in de zaak Padawan het volgende:

"44. Het maken van een kopie voor privégebruik door een natuurlijk persoon moet worden beschouwd als een handeling die de auteur van het betrokken werk kan benadelen.

45. De persoon die de exclusieve houder van het reproductierecht benadeelt is dus degene die voor privégebruik een dergelijke reproductie van een beschermd werk vervaardigt zonder vooraf toestemming te vragen aan bedoelde houder. In beginsel is dan ook die persoon verplicht het nadeel te vergoeden dat gepaard gaat met die reproductie, door het bekostigen van de compensatie die aan die houder zal worden betaald.

46. Gelet op de praktische moeilijkheden om de particuliere gebruikers te identificeren en om hen te verplichten om de rechthebbenden te compenseren voor de schade die zij hen berokkenen, en op het feit dat de schade als gevolg van elk individueel gebruik op zichzelf beschouwd minimaal kan zijn en bijgevolg geen betalingsverplichting in het leven kan roepen, zoals de laatste zin van punt 35 van de considerans van Richtlijn 2001/29 aangeeft, staat het de lidstaten evenwel vrij om met het oog op de financiering van de billijke compensatie een 'heffing voor het kopiëren voor privégebruik' in te voeren die niet door de betrokken particulieren dient te worden betaald, maar door de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze daartoe juridisch of feitelijk ter beschikking stellen van particulieren of aan hen reproductiediensten verlenen. In het kader van een dergelijke regeling dienen de personen die over die installaties beschikken de heffing voor het kopiëren voor privégebruik te betalen.

⁵

Zie de punten 39 – 42 in het arrest in de zaak Padawan.

47. Het is juist dat bij een dergelijk stelsel, in tegenstelling tot hetgeen punt 31 van de considerans van Richtlijn 2001/29 lijkt te verlangen, de billijke compensatie niet door de gebruikers van beschermd materiaal wordt gefinancierd.

48. Evenwel moet enerzijds worden opgemerkt dat de activiteit van de betalingsplichtigen, te weten de terbeschikkingstelling aan privégebruikers van installaties, apparaten en dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt, of de reproductiediensten die zij verlenen, de noodzakelijke feitelijke premisse vormt voor het verkrijgen van kopieën voor privégebruik door natuurlijke personen. Anderzijds staat niets eraan in de weg dat die betalingsplichtigen het bedrag van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik doorberekenen in de prijs van de terbeschikkingstelling van die installaties, apparaten en dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt of in de prijs voor de reproductiedienstverlening. Aldus zal de last van de compensatie uiteindelijk worden gedragen door de privégebruiker die deze prijs betaalt. In die omstandigheden moet de privégebruiker aan wie de installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie ter beschikking worden gesteld of die gebruik maakt van een reproductiedienst worden geacht in feite de 'indirecte betalingsplichtige' van de billijke compensatie te zijn."

2.5. In de onderhavige zaak, tegen Opus GmbH (zie rov. 22 – 28), heeft het Hof van Justitie verscheidene van deze overwegingen uit het arrest inzake Padawan herhaald. Hieruit volgde zijn oordeel dat de eindgebruiker (de consument) die voor privégebruik een reproductie vervaardigt van een beschermd werk *in beginsel* moet worden aangemerkt als de schuldenaar van de in art. 5, lid 2 sub b, van de richtlijn bedoelde billijke compensatie. Met dat uitgangspunt is, vanzelfsprekend, niet in strijd dat de thuiskopieheffing rechtstreeks wordt geïncasseerd bij de eindgebruiker. Met dat uitgangspunt is echter evenmin in strijd dat de thuiskopieheffing wordt geïncasseerd bij een derde, die bij de vaststelling van zijn verkoopprijzen het bedrag van de heffing vervolgens doorberekent aan de eindgebruiker.

2.6. Voor de lidstaten van de Europese Unie die een uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik hebben ingevoerd stelt art. 5, lid 2 onder b, van richtlijn 2001/29/EG de voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen. Bovendien mag, gelet op het bepaalde in lid 5 van dat artikel, de invoering van een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik de wettige belangen van de auteursrechthebbende niet schaden. Hieruit volgt, aldus het Hof van Justitie, dat die bepalingen – opdat niet elk nuttig effect eraan wordt ontnomen – aan de lidstaat die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik in zijn nationale recht heeft ingevoerd een *resultaatsverplichting* opleggen. Deze houdt in dat die lidstaat, binnen het kader van zijn bevoegdheden, behoort te verzekeren dat de billijke compensatie die bedoeld is om de benadeelde auteurs te compenseren voor het nadeel dat zij ondervinden, met name wanneer dit is ontstaan op het grondgebied van die lidstaat, daadwerkelijk wordt geïncasseerd⁶.

⁶ HvJ EU 16 juni 2011, reeds aangehaald, punten 33 en 34.

2.7. In overweging 46 van het arrest inzake Padawan, herhaald in het arrest inzake Opus, heeft het Hof van Justitie gewezen op de praktische moeilijkheden bij het incasseren van de thuiskopieheffing bij de eindgebruiker⁷. In rov. 3.4 van het tussenarrest had de Hoge Raad al geconstateerd dat een thuiskopieheffing in feite oninbaar is, indien – overeenkomstig de letter van het beding – de verplichting tot betaling van de billijke compensatie op de particuliere kopers rust, als importeurs van de informatiedragers in Nederland. Indien artikel 16c Aw zodanig zou worden uitgelegd dat de betalingsverplichting uitsluitend op de particuliere koper rust, en deze uitleg tot gevolg heeft dat aan de auteursrechthebbenden of rechthebbenden van naburige rechten in feite geen billijke compensatie wordt betaald voor de schade die zij lijden, is dat resultaat in strijd met deze resultaatsverplichting. Dit is ook de feitelijke situatie: het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft in cassatie onbestreden vastgesteld dat voor de door Opus GmbH aan Nederlandse klanten geleverde informatiedragers geen thuiskopievergoeding aan de Stichting wordt betaald en dat Opus GmbH ook in Duitsland niet een met de thuiskopieheffing vergelijkbare vergoeding voor deze informatiedragers betaalt.

2.8. In theorie kan de hier bedoelde strijdigheid met de richtlijn 2001/29/EG worden opgeheven door aan de rechthebbenden een billijke compensatie te betalen ten laste van de algemene middelen. De billijke compensatie zou dan worden opgebracht door de belastingbetaler⁸. Dat standpunt is in de onderhavige zaak door geen der partijen verdedigd; in elk geval is in Nederland hierin niet bij wet voorzien. Het profijtbeginsel wijst in de richting dat het billijker is degene die de privékopie maakt (uiteindelijk) te laten betalen voor de billijke compensatie van de rechthebbende dan dat de belastingbetaler hiervoor opdraait. Anderzijds is bij de discussie over dit onderwerp ook een algemeen maatschappelijk belang betrokken, namelijk dat de overheid de privacy en de vrijheid van informatiegaring respecteert, door zich niet in te laten met de vraag van welke data personen kopieën maken voor privégebruik. Verder zou de hier bedoelde strijdigheid met de richtlijn kunnen worden voorkomen door een algeheel verbod van het maken van kopieën voor privégebruik. Een dergelijk verbod zou in de praktijk echter niet te handhaven zijn. Hoe dan ook, de Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen voor het maken van een privékopie een

⁷ Zie ook punt 26 van de conclusie van de A-G Jääskinen, die een koppeling legt met het effectiviteitsbeginsel, te weten dat niet het nuttig effect (*effet utile*) aan de regel wordt ontnomen: "Het nuttig effect van die bepalingen kan naar mijn mening in de praktijk alleen worden bereikt indien de lidstaat een stelsel invoert waarin de rechthebbenden worden gecompenseerd via een collectieve regeling". In punt 34 van het arrest inzake Opus legt ook het Hof van Justitie zelf een verband met deze leer.

⁸ Vgl. Hof 's-Gravenhage 27 maart 2012 (LJN: BV9880; nog niet onherroepelijk).

uitzondering te maken op de auteursrechtelijke bescherming. Inmiddels heeft de Hoge Raad in een ander geding beslist dat de regeling van art. 16c e.v. Aw voorziet in een vergoeding voor het kopiëren van beeld- en geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik (het privé kopiëren of thuis kopiëren), welke vorm van gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk is toegestaan zonder dat toestemming van de rechthebbende is vereist. Deze wettelijke licentie brengt volgens de Hoge Raad mee dat tegen het thuis kopiëren als zodanig niet door een auteursrechthebbende met een verbodsvordering in rechte kan worden opgekomen, ook niet indien aan de in art. 16c – 16ga Aw opgenomen verplichtingen niet is of wordt voldaan⁹. De vraag of de thuis kopiëregeling betrekking heeft op zowel legaal als illegaal kopiëren is aan de orde in een ander, thans bij de Hoge Raad aanhangig geding¹⁰.

2.9. In het onderhavige geding heeft Opus GmbH aangevoerd dat, ook al zou de uitleg van art. 16c Aw waarbij de consument en niet Opus GmbH als de importeur wordt beschouwd tot een met de richtlijn onverenigbaar resultaat leiden, die omstandigheid niet aan haar, als particuliere onderneming, mag worden tegengeworpen¹¹. Op zich is juist, dat een Europese richtlijn – anders dan een Europese verordening – niet rechtstreeks aan particulieren verplichtingen kan opleggen, dus ook niet een verplichting tot betaling van een heffing met de opbrengsten waarvan de rechthebbenden worden gecompenseerd. Dit neemt niet weg, dat de rechter gehouden is, daar waar mogelijk de nationale wetgeving uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn. Voor het thans te berechten geval betekent deze rechtsregel dat de rechter gehouden is art. 16c Aw, voor zover dit mogelijk is, zodanig uit te leggen dat het door de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt. In de conclusie voor het tussenarrest is er al op gewezen dat dit kan meebrengen dat voor een andere methode van uitleg wordt gekozen dan de wetshistorische interpretatie, die in het vonnis in eerste aanleg en in het bestreden arrest zo'n belangrijke rol heeft gespeeld¹².

2.10. Ongeacht de gekozen interpretatiemethode, voor een heffing moet in ieder geval een wettelijke basis bestaan. Het vereiste van een wettelijke basis heeft in dit geding de vraag opgeroepen of Nederland volkenrechtelijk bevoegd is een heffing op te leggen aan een

⁹ HR 8 juli 2011 (LJN: BQ1703), NJ 2011/373; IER 2011/68 m.nt. FWG.

¹⁰ Zie de conclusie van mijn ambtgenoot Huydecoper d.d. 11 mei 2012 (zaak nr. 11/01131 betreffende Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3982), die het stellen van prejudiciële vragen heeft geadviseerd.

¹¹ Cassatiedupliek d.d. 19 september 2008, alinea 8, onder verwijzing naar HvJ EG 26 februari 1986 (Marshall, LJN: BF2374), C- 152/84, rov. 48; HvJ EG 14 juli 1994 (Faccini Dori, LJN: AC3677), C- 91/92, NJ 1995/321, rov. 20; HvJ EG 7 januari 2004 (Wells, LJN: AO8039), C-201/02, AB 2004/150 m.nt. AdMvV, rov. 56.

¹² Conclusie voor het tussenarrest, alinea's 3.26 en 3.27.

bedrijf dat buiten Nederland gevestigd is: volgens Opus GmbH is een 'extraterritoriale toepassing' van de Nederlandse thuiskopieregeling internationaalrechtelijk onmogelijk en kan deze ook niet door richtlijn 2001/29/EG worden geëist¹³.

2.11. Op dit punt is het pleit grotendeels beslecht door het antwoord van het Hof van Justitie: de lidstaat die een stelsel heeft ingevoerd waarin de vergoedingen voor het kopiëren voor privégebruik van beschermde werken moeten worden betaald door de fabrikant of importeur van informatiedragers, en op wiens grondgebied het nadeel ontstaat dat auteurs lijden als gevolg van het privégebruik van hun werken door de aldaar wonende kopers, is verplicht te garanderen dat die auteurs daadwerkelijk de billijke compensatie ontvangen die is bestemd om hen schadeloos te stellen voor dat nadeel. In de onderhavige zaak is niet in geschil dat het nadeel voor de auteurs of andere rechthebbenden als gevolg van het privégebruik van hun beschermde werken door de in Nederland wonende kopers door middel van de litigieuze blanco cd's en dvd's ontstaat op het grondgebied van Nederland en niet op Duits grondgebied¹⁴.

2.12. De omstandigheid dat het nadeel voor de rechthebbenden op Nederlands grondgebied ontstaat maakt Nederland bevoegd een wettelijke regeling voor de thuiskopieheffing te treffen, maar daarmee is nog niet gegeven dat Nederland bevoegd is een in het buitenland gevestigde onderneming als schuldenaar van deze heffing aan te merken. De advocaat-generaal Jääskinen heeft gesteld dat bepaalde restricties nodig zijn omdat een onderneming anders in alle landen ter wereld betalingsplichtig zou zijn¹⁵. De advocaat-generaal zocht deze restricties in een vergelijking met de EEX-verordening en het op die verordening betrekking hebbende arrest van het HvJ EU in de zaken Pammer en Hotel Alpenhof¹⁶, waarin criteria zijn genoemd om te bepalen of de activiteit van een ondernemer (de verkoop van producten) is gericht op een bepaalde lidstaat. Het Hof van Justitie heeft zich in het arrest inzake Opus GmbH niet vastgelegd op die criteria, maar een meer op het onderhavige geval toegespitste motivering gegeven:

¹³ Zie de s.t. namens Opus GmbH, alinea's 8 – 19; cassatiedupliek alinea 14. De territoriale beperkingen van het auteursrecht zijn besproken in de alinea's 3.18 en 3.19 van de conclusie voor het tussenarrest.

¹⁴ Daarvan is ook het Hof van Justitie uitgegaan: zie de overwegingen 35 en 37.

¹⁵ Punt 49 van zijn conclusie inzake Opus.

¹⁶ Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PbEG L 12/1); HvJ EU 7 december 2010 (gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09, Pammer en Hotel Alpenhof, (LJN: BO7973), NJ 2011/164 m.nt. M.V. Polak.

"40. Dienaangaande is, in omstandigheden als die welke met name in herinnering zijn gebracht in punt 12 van het onderhavige arrest, het feit dat bij op afstand gesloten overeenkomsten als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, de bedrijfsmatig handelende verkoper die installaties, apparaten en informatiedragers ter beschikking stelt van op het grondgebied van die lidstaat wonende kopers, die er de eindgebruikers van zijn, is gevestigd in een andere lidstaat, niet van invloed op de op eerstgenoemde lidstaat rustende verplichting."¹⁷

2.13. Daarmee kan het in alinea 2.10 genoemde volkenrechtelijke bezwaar van Opus GmbH worden gepasseerd en kom ik bij de vraag, hoe art. 16c Aw – met inachtneming van het voorgaande – moet worden uitgelegd. Aan de genoemde randvoorwaarden is voldaan: Opus GmbH beschikte over de mogelijkheid bij het totstandkomen van de verkoop het bedrag van de heffing door te berekenen aan de koper van de goederen (de cd's en dvd's). Door het verdisconteren in de verkoopprijs komt de thuiskopieheffing uiteindelijk ten laste van degene die in beginsel de bekostiging van de billijke compensatie behoort te dragen: de consument die de thuiskopieën maakt. Voor een dubbele heffing hoeft in dit geval niet te worden gevreesd indien het gevorderde zou worden toegewezen: Opus GmbH heeft noch in Nederland noch in Duitsland een thuiskopievergoeding betaald.

2.14. Dan resteert nog de vraag of het door de richtlijn 2001/29/EG beoogde resultaat slechts door middel van een wijziging van de Auteurswet kan worden bereikt of ook, door middel van een richtlijnconforme uitleg van het begrip 'importeur' in art. 16c Aw, door de rechter. Een strikt taalkundige interpretatie van de term 'importeur' steunt het standpunt van Opus GmbH, doch leidt tot een met de richtlijn strijdig resultaat. Een interpretatie van deze bepaling die uitsluitend afgaat op de wijze waarop de bezitsoverdracht in de overeenkomst (c.q. in de algemene verkoopvoorwaarden van Opus GmbH) is geregeld en die erop neerkomt dat de cd's en dvd's verbintenisrechtelijk geacht moeten worden in Duitsland te zijn afgeleverd en in opdracht van de particuliere koper vanuit Duitsland in Nederland te zijn ingevoerd¹⁸, leidt in dit geval tot een met de richtlijn strijdig resultaat. Zo beschouwd, zou de wetgever nu aan zet zijn.

¹⁷ Onder 12 vermeldde het HvJ EU als relevante feiten: "Opus betaalt voor de aan haar Nederlandse afnemers geleverde informatiedragers geen vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik, noch in Nederland, noch in Duitsland. Bovendien merkt de verwijzende rechter op dat in de prijs van de aldus door Opus verkochte informatiedragers geen vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik is inbegrepen."

¹⁸ In rov. 3.1 van het tussenarrest is de Hoge Raad "ten dele veronderstellenderwijs" van de daar genoemde feiten uitgegaan. Dat voorbehoud hangt, naar ik veronderstel, samen met hetgeen de Stichting De Thuiskopie bij MvG onder 33 had gesteld: in hoger beroep was de stichting bereid veronderstellenderwijs ervan uit te gaan dat de door Nederlandse klanten bij Opus bestelde informatiedragers daadwerkelijk de Duits-Nederlandse grens zijn gepasseerd (en dat het niet gaat om

2.15. De vraag is evenwel, of de rechter bij de uitleg van het begrip "importeur" in art. 16c Aw gebonden is aan de wijze waarop de partijen bij de koopovereenkomst vermogensrechtelijk hun betrekking hebben geregeld. In de gedingstukken is het voorbeeld genoemd van de particuliere koper die (bij een kantoorboekhandel of warenhuis) in de Bondsrepubliek een paar blanco dvd's of cd's koopt, deze ter plekke in ontvangst neemt en vervolgens meeneemt op zijn terugreis naar Nederland of, in voorkomend geval, per post opstuurt naar een adres in Nederland. Het arrest van het Hof van Justitie heeft op deze situatie geen betrekking: zoals gezegd, heeft het hof een op de omstandigheden van het geval afgestemde maatstaf gegeven. Bovendien zal in de zo-even geschetste situatie – in landen die een systeem van thuiskopieheffingen kennen – doorgaans al een thuiskopieheffing naar het recht van dat land aan de consument zijn doorberekend op het moment van aflevering. Wanneer een koper in een winkel in het buitenland op grote schaal¹⁹ blanco dvd's of cd's zou inslaan en deze, met het oogmerk van doorverkoop in Nederland, fysiek over de grens meeneemt, is mijns inziens verdedigbaar dat - indien over die goederen nog door niemand een thuiskopieheffing is afgedragen – hij wordt beschouwd als degene die de goederen in Nederland invoert en voor de toepassing van art. 16c Aw wordt aangemerkt als de "importeur": de werkelijke situatie wijkt niet af van de situatie op papier.

2.16. Een meer economisch georiënteerde methode van uitleg, waarbij wordt gekeken naar de wijze waarop *in feite* de goederen in Nederland in het economische verkeer worden gebracht, leidt tot een andere uitkomst dan die waartoe het hof in het bestreden arrest is gekomen. Aan de bepaling in het tweede lid van art. 16c Aw ("De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen") ligt - economisch beschouwd - de gedachte ten grondslag: (a) dat het bedrag in eerste instantie wordt geheven van degene die de goederen fabriceert of invoert, niet van degene die daarmee kopieën maakt voor privégebruik en (b) dat, wat betreft de bedrijfsmatige vervaardiging en invoer, een sluitend systeem van heffingen wordt verkregen indien (bij fabricage in Nederland) de fabrikant of (bij fabricage buiten Nederland) de importeur verplicht is tot betaling van de heffing. Aldus zou zijn gewaarborgd dat de auteursrechthebbenden de in artikel 5 van richtlijn 2001/29/EG bedoelde billijke compensatie ontvangen.

een schijnconstructie waarbij Opus BV in Nederland de werkelijke verkoper en leverancier is); de Stichting heeft in hoger beroep haar vordering tegen Opus BV ingetrokken.

¹⁹ Een particulier die in het buitenland grote partijen blanco cd's en dvd's opkoopt om deze door te verkopen in Nederland, mag worden beschouwd als een *bedrijfsmatig* handelende invoerder.

2.17. Met een economische uitleg van het begrip 'importeur' in art. 16c Aw, waarbij niet beslissend is welke plaats van aflevering tussen koper en verkoper is overeengekomen, maar beslissend is wie de goederen bedrijfsmatig op de Nederlandse markt brengt, kan het door de richtlijn beoogde resultaat wel worden bereikt. Het hof is in het bestreden arrest van een andere maatstaf uitgegaan. Om deze reden acht ik middelonderdeel II.a gegrond²⁰ en kan het bestreden arrest m.i. niet in stand blijven. Ik geef toe: beschouwd vanuit het streven naar éénwording van de Europese markt is deze benadering niet ideaal. Zij veronderstelt immers het bestaan van een afzonderlijke Nederlandse markt voor dit type informatiedragers, een Duitse markt, een Franse markt enzovoort. Het gebruik van het wereldwijde internet voor het doen van bestellingen heeft dit onderscheid grotendeels doen vervagen. Het onderscheid tussen nationale markten is echter onvermijdelijk, nu een pan-Europese regeling van de thuiskopieheffing ontbreekt en ook niet op korte termijn in het verschiet ligt. Art. 5 lid 2 van richtlijn 2001/29/EG laat de regeling van dit onderwerp, zij het onder bepaalde restricties, over aan elk van de lidstaten van de Europese Unie.

2.18. In haar nadere schriftelijke toelichting heeft de Stichting voorgesteld dat de Hoge Raad de zaak zelf afdoet. Wat betreft het antwoord op de vraag of Opus GmbH nu wel of niet moet worden aangemerkt als "importeur" in de zin van art. 16c Aw – een rechtsoordeel – zie ik daartoe een mogelijkheid. De Hoge Raad kan uitgaan van de volgende, door het hof vastgestelde feiten:

- dat Opus GmbH blanco (d.w.z. lege, onbespeelde) informatiedragers aanbiedt, onder meer, via Nederlandse en op Nederland gerichte websites en tegen prijzen waarvan duidelijk is dat daarin geen thuiskopievergoeding is verwerkt;
- dat voor de door Opus GmbH aan Nederlandse afnemers geleverde informatiedragers geen thuiskopievergoeding aan de Stichting wordt betaald, ook niet door de afnemers;
- dat Opus GmbH hiervoor ook in Duitsland niet een met de thuiskopievergoeding vergelijkbare vergoeding betaalt;
- dat via de websites bij Opus GmbH binnengekomen bestellingen door haar per e-mail worden bevestigd, waarna de bestelde goederen in Duitsland worden gereedgemaakt voor verzending, waarna zij, via feitelijk door Opus GmbH ingeschakelde vervoerders, vanuit Duitsland per post worden bezorgd in Nederland.

²⁰ In alinea 3.24 van mijn conclusie voor het tussenarrest zijn de klachten van onderdeel II.a samengevat. In het bijzonder de klachten in de cassatiedagvaarding onder 21 en 24 acht ik gegrond. Bij gegrondbevinding daarvan kunnen de klachten in de cassatiedagvaarding onder 22 en 23 onbesproken blijven.

2.19. Naar mijn mening rechtvaardigen deze feiten de gevolgtrekking dat in economisch opzicht Opus GmbH degene is die de goederen bedrijfsmatig op de Nederlandse markt brengt. Eventueel kan nog worden toegevoegd dat betaling op een Nederlandse bankrekening kan plaatsvinden en dat retouren naar een Nederlands adres worden verstuurd. In rov. 3.4 van het tussenarrest heeft de Hoge Raad van belang geacht of rekening mag worden gehouden "met de uiteindelijke, ook voor de bedrijfsmatig handelende verkoper kenbare, bestemming van de informatiedragers". Gelet op de vermelde feiten, mag worden aangenomen dat de uiteindelijke, voor Opus GmbH kenbare bestemming van de informatiedragers was gelegen in Nederland. Mocht de Hoge Raad tot het oordeel komen dat dit nog niet voldoende is en dat ook nodig is dat Opus GmbH zich bewust op de Nederlandse markt richt²¹ – teneinde te voorkomen dat een in het buitenland gevestigde ondernemer met een website, die incidenteel (toevallig, als "bijvangst") een bestelling aanneemt van een koper uit Nederland, meteen wordt aangeslagen voor de Nederlandse thuiskopieheffing – dan zou m.i. uit de vaststaande feiten al kunnen worden afgeleid dat Opus GmbH zich bewust op de Nederlandse markt richt. Overigens komt het mij voor, gelet op het arrest van het Hof van Justitie, dat een eenmalige bedrijfsmatige verkoop aan een in Nederland wonende koper onder overigens gelijke omstandigheden tot heffing bij de handelaar als importeur zal moeten leiden, wil Nederland niet in strijd komen met de voornoemde Europeesrechtelijke resultaatsverplichting.

2.20. De slotsom is dat Opus GmbH voor de toepassing van art. 16c lid 2 Aw moet worden aangemerkt als de importeur van de desbetreffende goederen. Anders dan Opus GmbH in de feitelijke instanties als argument heeft aangevoerd, is niet vereist dat de importeur woont of gevestigd is in het land waarin de goederen worden ingevoerd. Grief 2 slaagt en, in het voetspoor daarvan, ook grief 5.

²¹ Waarbij de criteria van het arrest Palmer en Hotel Alpenhof, hoewel in een ander kader ontwikkeld, volgens de A-G Jääskinen goede diensten kunnen bewijzen. In de s.t. namens de Stichting (onder 5.8) is ook een beroep gedaan op punt 57 in de considerans van de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten en diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, Pb EG PRO MEMORIE, luidende: "Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie behoudt een lidstaat het recht om maatregelen te treffen tegen een dienstverlener die gevestigd is in een andere lidstaat maar die zijn activiteiten, of het merendeel daarvan, op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat richt, wanneer hij die vestigingsplaats heeft gekozen om de wetgeving te omzeilen die op hem van toepassing ware geweest indien hij op het grondgebied van eerstbedoelde lidstaat was gevestigd".

2.21. Bij gegrondbevinding van onderdeel II.a behoeven de klachten in onderdeel II.b (het beroep op de Berner Conventie in verband met het TRIPs-verdrag en art. 1 Eerste Protocol EVRM) geen bespreking meer. Opmerking verdient dat, ook indien zou worden aangenomen dat de door het hof aan art. 16c Aw gegeven uitleg ertoe leidt dat de rechten die de rechthebbenden aan de Berner Conventie respectievelijk aan art. 1 Eerste Protocol kunnen ontleen zijn geschonden (omdat wel een uitzondering op de auteursrechtelijke bescherming wordt gemaakt, maar daarvoor geen billijke compensatie wordt verstrekt), daarmee niet onmiddellijk gegeven is dat de heffing ten laste van Opus GmbH moet komen.

2.22. Met betrekking tot onderdeel II.c (uitleg van het begrip "importeur" naar nationaal recht) kwam ik in de conclusie voor het tussenarrest tot de slotsom dat de klachten onder II.c.1 en II.c.2 niet slagen. Met betrekking tot de klachten onder II.c.3 en II.c.4 was de slotsom dat zij niet opgaan wanneer uitsluitend wordt gelet op de parlementaire geschiedenis en op de nationale context. Dit nam niet weg dat onderzocht moest worden – en inmiddels onderzocht is – of richtlijn 2001/29/EG tot een ruimere uitleg van het begrip 'importeur' noopt. Bij deze klachten heeft de Stichting thans geen belang meer.

2.23. Bij haar klachten in onderdeel II.d over de bedongen plaats van aflevering heeft de Stichting geen belang meer indien onderdeel II.a slaagt en de wijze waarop de plaats van aflevering van de goederen in de algemene voorwaarden van Opus GmbH is bepaald niet beslissend is voor de uitleg die aan het begrip 'importeur' in art. 16c Aw wordt gegeven.

2.24. Indien de Hoge Raad één of meer van de grieven in de memorie van grieven zou laten slagen, kan ook het vonnis van de voorzieningenrechter in eerste aanleg niet onverkort in stand blijven. Daarmee komt de vraag aan de orde of alle vorderingen van de Stichting, voor zover in appel aan de orde, toewijsbaar zijn. De Stichting vorderde, na eiswijziging in hoger beroep, in het kort het volgende²²:

a. Opus GmbH te veroordelen om, binnen 14 dagen na betekening van het te wijzen arrest, aan de Stichting volledig en gespecificeerd opgave te doen van het aantal, vanaf het moment van oprichting van Opus GmbH²³, door in Nederland wonende of gevestigde afnemers, door middel van middellijk of onmiddellijk (mede) door Opus GmbH geëxploiteerde websites, waaronder in ieder geval de websites waarvan de domeinnamen staan vermeld op productie A bij de memorie van grieven, gekochte blanco

²² MvG blz. 26 – 27.

²³ De feitenrechter heeft de oprichtingsdatum van Opus GmbH niet vastgesteld; wel dat zij later is opgericht dan Opus BV. Gelet op de wederzijdse stellingen, zou Opus GmbH sinds 2003 actief zijn.

informatiedragers, met vermelding van soort, aantal, opslagcapaciteit en/of speelduur, alsmede zulke opgave te blijven doen;

b. Opus GmbH te veroordelen om de onder a bedoelde opgave, althans die over het verleden, vergezeld te doen gaan van een verklaring van een registeraccountant die ertoe strekt dat hij aan de hand van de boeken en voorraden van geïntimeerden²⁴ heeft vastgesteld dat deze opgave juist en volledig is;

c. Opus GmbH te veroordelen om, binnen 14 dagen na verstrekking van de onder b bedoelde opgave over het verleden, de thuiskopievergoeding aan de Stichting te betalen die correspondeert met het opgegeven aantal blanco informatiedragers, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf het moment van import, en verder steeds uiterlijk op het moment van import;

d. Opus GmbH en haar gedagvaarde bestuurders, tezamen en ieder voor zich, te verbieden om, voor eigen rekening of voor rekening van een ander, blanco informatiedragers in Nederland te importeren of te verhandelen zonder daarover volledig en gespecificeerd opgave te doen aan de Stichting en/of zonder de verschuldigde thuiskopievergoeding aan de Stichting te betalen,

een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom als in de memorie van grieven nader aangeduid.

2.25. Naast het verweer dat zij geen importeur is en daarom rechtens niet gehouden tot betaling van de thuiskopieheffing op grond van art. 16c Aw, heeft Opus GmbH tot verweer aangevoerd dat de vordering onder c niet kan worden toegewezen in kort geding: het zou in wezen gaan om een vordering tot betaling van een geldsom, waarbij het spoedeisend belang ontbreekt. De voorzieningenrechter heeft dit verweer aanvaard (rov. 3.9 in eerste aanleg). Daartegen was grief 4 gericht. Deze grief is door het hof verworpen, enkel omdat Opus GmbH op grond van art. 16c Aw niet tot betaling van de thuiskopieheffing kon worden gehouden. Grief 4 zal alsnog moeten worden behandeld, waarbij opnieuw een belangenafweging moet worden gemaakt.

2.26. Voor zover de vordering mede was gericht tegen de bestuurders van Opus GmbH, heeft de voorzieningenrechter deze afgewezen als feitelijk onvoldoende onderbouwd (rov. 3.3 in eerste aanleg). Daartegen was grief 3 gericht. Deze grief is door het hof verworpen, enkel op de grond dat Opus GmbH niet tot betaling van de thuiskopieheffing verplicht is. Ook grief 3 zal derhalve opnieuw moeten worden behandeld. Om te kunnen beoordelen of

²⁴ Geïntimeerden: meervoud.

inderdaad sprake is van dreigend onrechtmatig handelen door deze personen jegens de Stichting (het onderwerp van grief 3) is een onderzoek naar de feiten nodig.

2.27. Om de redenen, genoemd in de twee vorige alinea's, meen ik dat – ondanks het verzoek van de Stichting dat de Hoge Raad de zaak zelf afdoet – toch een verwijzing naar een ander gerechtshof aangewezen is. Met betrekking tot de kosten van de procedure in cassatie verdient opmerking dat partijen onderling overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van deze kosten²⁵. Aan de door collega Huydecoper aan de orde gestelde vraag of art. 1019h Rv ook van toepassing is wanneer een organisatie zoals de Stichting De ThuisKopie als eisende partij optreedt, en aan de in verband daarmee rijzende vragen van uitleg van richtlijn 2004/48/EG, zou op die grond kunnen worden voorbijgegaan²⁶.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Langeweijer

a. – g.

²⁵ Zie de s.t. namens Opus GmbH onder 61 en de s.t. namens de Stichting blz. 52.
²⁶ Conclusie mr. Huydecoper d.d. 11 mei 2012, nr. 11/01131, alinea 122 e.v.