

07/13259
Zitting 29 mei 2009

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

In dit geding gaat het om de uitleg van het begrip "importeur" in art. 16c Auteurswet 1912.

1. Inleidende beschouwingen

1.1. Tot een goed begrip van de feiten schets ik eerst het juridisch kader waarin het geschil zich afspeelt. Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (art. 1 Auteurswet 1912; Aw). Tot de bij de wet gestelde beperkingen behoort van oudsher de mogelijkheid van het maken van een kopie voor eigen gebruik. Deze wordt in de wandeling wel aangeduid als een 'thuiskopie'¹. In Duitsland spreekt men van een 'Privatkopie'. De herziene Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst biedt hiervoor ruimte in artikel 9, dat voor zover van belang bepaalt:

- "1. Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.
2. It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.
3. (...)"

¹ Deze aanduiding is enigszins misleidend, omdat een kopie voor eigen gebruik vanzelfsprekend ook buitenshuis kan worden gemaakt. De kopie voor eigen gebruik was aanvankelijk geregeld in art. 17 Aw. Na de herziening van de Berner Conventie werd bij wet van 27 oktober 1972, Stb. 579, een art. 16b opgenomen waarvan het eerste lid toen luidde: "Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de verveelvoudiging, welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie, of gebruik van degene die de verveelvoudiging vervaardigt, of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft."

1.2. Opeenvolgende technologische ontwikkelingen hebben het steeds gemakkelijker gemaakt auteursrechtelijk beschermde werken te verveelvoudigen. Dit geldt voor afbeeldingen en teksten, die met behulp van een fotokopieerapparaat worden verveelvoudigd². Het geldt ook voor muziek, die op een geluidsdrager kan worden opgenomen. Voor zover teksten, muziek en films digitaal beschikbaar zijn, kunnen zij eenvoudig worden gekopieerd (gedownload en verder verspreid). Voor consumenten is het aantrekkelijk om gebruik te maken van de nieuwe mogelijkheden tot verveelvoudiging met behoud van kwaliteit en tegen geringe kosten. Dezelfde technologische ontwikkelingen hebben het voor auteursrechthebbenden echter moeilijk gemaakt hun rechten te handhaven. Bij verveelvoudiging op grote schaal, zonder dat de auteursrechthebbende praktisch in staat is een vergoeding te bedingen en te verkrijgen voor het kopiëren van zijn werk, kan de economische bestaansgrond voor makers van werken van letterkunde, wetenschap of kunst wegvallen. Om te voorkomen dat letterkunde, wetenschap en kunst verkommeren bij gebrek aan inkomsten uit auteursrecht is in veel staten wetgeving tot stand gebracht.

1.3. In de praktijk is het niet doenlijk bij verveelvoudiging op grote schaal een vergoeding rechtstreeks in rekening te brengen bij de persoon die voor privégebruik een kopie maakt. In de eerste plaats is voor de rechthebbende(n) noch voor de overheid te controleren wie op welk moment voor privégebruik een kopie maakt van een beschermd werk. Men kan bezwaarlijk huiszoekingen gaan doen om te controleren of iemand gekopieerde beschermde werken in huis heeft. In de tweede plaats zou bij zoveel consumenten een gering bedrag moeten worden geïncasseerd, dat de transactiekosten en de kosten van invordering in een wanverhouding tot de opbrengst zouden komen te staan. In de meeste landen is daarom gekozen voor een systeem van heffingen (in het Engels: *levy*) op apparatuur waarmee de consument beschermde werken kan kopiëren of op de informatiedragers waarop kopieën van beschermd werk kunnen worden gemaakt, zoals geluids- en videobanden, cassettes, diskettes, compactdiscs, dvd's en dergelijke dragers van digitale gegevens. Deze heffingen worden geïnd door een collectieve beheersorganisatie voor de gezamenlijke auteursrechthebbenden, los van de concrete kopieerhandeling. Een belangrijk voordeel van zo'n heffingssysteem is dat het aantal schuldenaren beperkt blijft. De bedrijven die een bedrag aan de collectieve beheersorganisatie

² Dit onderwerp is thans geregeld in art. 16b Aw.

afdragen zullen het bij hen geheven bedrag doorberekenen aan hun afnemers. Op deze wijze komt de heffing indirect toch weer ten laste van de consument die beschermde werken kopieert. Wel zal, bij gebreke van een rechtstreeks verband tussen de heffing en de individuele kopieerhandeling, een voor alle partijen aanvaardbare sleutel moeten worden gevonden om de hoogte van de heffing te bepalen en de opbrengst aan de juiste auteursrechthebbende(n) te doen toekomen. Een nadeel van een heffingssysteem is de betrekkelijke bothed van het instrument: de kopieerapparatuur of informatiedragers waarop de heffing drukt kunnen door een consument immers ook worden gebruikt om geluiden of beelden op te nemen waarop helemaal geen auteursrecht rust (bijv. vogelgeluiden) of in gevallen waarin het auteursrecht op het werk door tijdsverloop is verstreken, of voor het kopiëren van werken waarop de consument zelf het auteursrecht heeft dan wel een licentie van de rechthebbende heeft verkregen. Afhankelijk van het type beeld- of geluidsdrukker kan in de tariefstelling met het verwachte gebruik rekening worden gehouden.

1.4. Het subject van de heffing kan de fabrikant zijn, de importeur, de tussenhandelaar of de winkelier die het apparaat of de informatiedrager aan de consument verkoopt. Met de keuze van de betalingsplichtige houdt ook het tijdstip van heffing verband. Het object van de heffing kan de apparatuur zijn waarmee de kopie wordt gemaakt of de blanco (d.w.z. lege, onbespeelde) informatiedrager waarop de kopie wordt gemaakt. Een combinatie is mogelijk. Een internationale werkgroep van deskundigen heeft *Principles relating to the Protection of Copyright and the Rights of Performers, Phonogram Producers and Broadcasting Organizations in Respect of Audiovisual Works and Phonograms* opgesteld³. Uit het hoofdstuk 'Audiovisual works' zijn voor dit geding de volgende *principles* van belang:

Principle AW 2: Widespread reproduction of audiovisual works for private purposes prejudices the legitimate interests of copyright owners. It is an obligation of States party to the Berne Convention or the Universal Copyright Convention to eliminate such prejudice.

Principle AW 3: The most appropriate way of eliminating the prejudice mentioned in Principle AW2 is the introduction of a charge on recording equipment and/or blank material supports (tapes, cassettes). The charge should be paid by the manufacturers or importers and collected by organizations responsible for the collective administration of the rights in question.

Principle AW 4: Recording equipment and material supports exported into another country should be exempt from any charge in the country of manufacture.

³ Copyright Bulletin Vol. XX no. 4, 1986, blz. 55.

1.5. In die lidstaten van de Europese Unie waar gekozen is voor een stelsel van heffingen op apparatuur of informatiedragers⁴, vindt de heffing op uiteenlopende wijzen plaats⁵. Ook de hoogte van de heffingen varieert, evenals de uitzonderingen die in de lidstaten worden gemaakt voor bepaalde soorten apparatuur⁶. Zonder harmonisatie zouden de wetgevende werkzaamheden waarmee in een aantal lidstaten als reactie op deze technologische uitdagingen een aanvang is gemaakt, kunnen leiden tot aanzienlijke verschillen in bescherming en daarmee tot beperkingen van het vrije verkeer van diensten en producten waarin intellectuele eigendom is belichaamd of die op intellectuele eigendom zijn gebaseerd⁷. Het Europees Parlement en de Raad hebben hierin aanleiding gezien tot het uitvaardigen van een Richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij⁸. Art. 2 van deze richtlijn geeft de lidstaten opdracht tot regeling van het recht van verveelvoudiging (reproductierecht). Het luidt, voor zover van belang:

"De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a. auteurs, met betrekking tot hun werken,
- b. uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- c. producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- d. (...)
- e. (...),

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden."

1.6. Art. 5 van Richtlijn 2001/29 biedt een mogelijkheid voor uitzonderingen en beperkingen. Voor dit geding zijn de volgende bepalingen van belang:

"1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel:

a. (...)

b. een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

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

⁴ Uitzonderingen zijn Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

⁵ Voor rechtsvergelijkende gegevens: P.B. Hugenholtz, L. Guibault, S. van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Amsterdam 2003, blz. 12 (ook te raadplegen via www.ivir.nl/publications) en de hierna te noemen rapportage voor de Europese Commissie.

⁶ Zo wordt voor elke soort informatiedrager rekening gehouden met aspecten als de speelduur, opslagcapaciteit en kopieermogelijkheden.

⁷ Preambule van Richtlijn 2001/29, onder 6.

⁸ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001, Pb EG L 167/10, in Nederland ook wel aangeduid als de Auteursrechtlijn.

- a. (...)
 - b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal;
 - c – e. (...)
 - (...)
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.⁹

1.7. Het vijfde lid van art. 5 van Richtlijn 2001/29 hangt samen met art. 9 lid 2 van de Berner Conventie. Wanneer de lidstaten in uitzonderingen of beperkingen voorzien dienen zij naar behoren rekening te houden met de sterkere economische uitwerking, welke die beperkingen of restricties kunnen hebben in de (toen: nieuwe) elektronische omgeving¹⁰. Ten aanzien van het niveau van de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde 'billijke compensatie' geeft de preambule van deze richtlijn onder 35 enige aanwijzingen.

1.8. De Europese Commissie is al geruime tijd bezig met onderzoek naar heffingssystemen en met consultatie van belanghebbenden¹¹. De consultatie zal uiteindelijk ertoe kunnen leiden dat ook de systemen en vergoedingen voor het kopiëren voor privégebruik in Europa worden geharmoniseerd. Op dit terrein holt de regelgever - onvermijdelijk - achter de feiten aan: als gevolg van de snelle technologische ontwikkeling breiden mogelijkheden tot verveelvoudiging van beschermde werken zich voortdurend uit, hetgeen bij organisaties van auteursrechthebbenden telkens de behoefte oproept aan heffingen op nieuwe soorten kopieerapparatuur en beeld- en geluidsdragers. Dit roept weerstand op bij de ICT-industrie en anderen die zich op het standpunt stellen dat handcomputers en media voor opslag en verwerking van digitale gegevens hoofdzakelijk worden gebruikt voor andere doeleinden dan het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken¹². De verwachting bestaat dat, naarmate de technische ontwikkeling voortschrijdt, in de toekomst de controle van auteursrechthebbenden

⁹ Zie over deze bepaling: Th. Dreier en B. Hugenholtz (red.), *Concise European Copyright Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006, blz. 367-383 (S. Bechtold).

¹⁰ Preambule van Richtlijn 2001/29 onder 44.

¹¹ De relevante documenten zijn te vinden via de website van de Europese Unie: ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm.

¹² Zie voor het regeringsbeleid in deze: Nota Auteursrechtbeleid van de ministers van Justitie, EZ en OCW, Kamerstukken 2007/08, 29 838, nr. 6H.

op het kopiëren van (film- en muziek-)bestanden zal kunnen worden verzekerd met behulp van technische beschermingsmaatregelen, het zogenaamde *Digital Rights Management (DRM)*¹³, en dat dit heffingsstelsels (*levies*) op den duur overbodig zal maken. In Richtlijn 2001/29 is met deze ontwikkeling bij voorbaat rekening gehouden. Bij het vaststelling van de hoogte van de vergoeding – waarover hierna meer – kan nu al worden verdisconteerd of het kopiëren van beschermd werk met behulp van het desbetreffende apparaat of op de desbetreffende gegevensdrager technisch mogelijk is.

1.9. Al voordat Richtlijn 2001/29 werd uitgevaardigd had de Nederlandse wetgever in navolging van Duitsland en andere landen gekozen voor een systeem van verplicht door de fabrikant of importeur van informatiedragers af te dragen vergoedingen, die door een daartoe aangewezen collectieve beheersorganisatie worden geïncasseerd langs privaatrechtelijke weg. Art. 16c Aw bepaalt thans, voor zover hier van belang:

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproduceren van het 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.
2. Voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid.
3. Voor de fabrikant ontstaat de verplichting tot betaling op het tijdstip dat de door hem vervaardigde voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Voor de importeur ontstaat deze verplichting op het tijdstip van invoer.
4. De verplichting tot betaling van de vergoeding vervalt indien de ingevolge het tweede lid betalingsplichtige een voorwerp als bedoeld in het eerste lid uitvoert.
5. De vergoeding is slechts eenmaal per voorwerp verschuldigd.
6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regelen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, verschuldigd is. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorts nadere regelen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in dit artikel met betrekking tot de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding.
- 7 en 8 (...)."

De bepalingen van het tweede tot en met het zevende lid van dit artikel zijn van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 10, onder e, van de Wet op de naburige rechten.

¹³ Zie onder meer: brief van de minister van Justitie 19 maart 2002, Kamerstukken II 2001/02, 26 538, nr. 6, bij de aanbieding van het rapport van de ambtelijke werkgroep "Auteursrecht in de informatiemaatschappij"; E.J. Arkenbout, F. van Dijk en P.W. van Wijck, *Auteursrecht/AMI 2002*, blz. 65-76. Zie ook: 'Moving towards Consensus on Digital Rights Management' van E. Liikanen, lid van de Europese Commissie, in de Workshop on Digital Rights Management, Brussel, 25 maart 2003.

1.10. De AMvB, bedoeld in lid 6, is het Koninklijk Besluit van 5 november 2007, Stb. 435. In art. 16d Aw is bepaald dat de betaling van de in art. 16c bedoelde vergoeding dient te geschieden aan een door de minister van Justitie aan te wijzen rechtspersoon. Als zodanig is aangewezen de Stichting De ThuisKopie, thans eiseres in cassatie¹⁴. Om de incasso te vergemakkelijken is de betalingsplichtige jegens deze collectieve beheersorganisatie verplicht van het aantal door hem geïmporteerde of vervaardigde informatiedragers opgave te doen en bewijsstukken ter inzage te geven (art. 16f Aw). Bij wet van 9 februari 2006, Stb. 60, is daaraan toegevoegd de verplichting van de verkoper van de in art. 16c, eerste lid, bedoelde voorwerpen om aan deze beheersorganisatie die bescheiden ter inzage te geven waarvan de kennisneming noodzakelijk is om vast te stellen of de in art. 16c, tweede lid, bedoelde vergoeding door de fabrikant of de importeur is betaald. Wordt aan deze verplichting niet tijdig voldaan, dan is de verkoper zelf aansprakelijk voor de vergoeding (art. 16ga Aw). De hoogte van de vergoeding wordt niet vastgesteld door de Stichting De ThuisKopie, maar in onderhandelingen tussen de wederzijdse belangenorganisaties in het verband van de Stichting Onderhandelingen ThuisKopievergoeding (SONT)¹⁵.

1.11. De Berner Conventie gaat uit van een bundel nationaal geregelde auteursrechten. Ook de Auteurswet 1912 gaat uit van het territorialiteitsbeginsel, dat wil zeggen dat de wet regelt wie in Nederland auteursrechtsrechtelijke bescherming geniet en onder welke voorwaarden. Het begrip "importeur" in art. 16c Aw is niet nader omschreven in de wet. De parlementaire geschiedenis van deze bepaling vermeldt over de keuze van de wetgever voor een heffing bij de importeur het volgende:

"Het ligt in de rede dat de vergoeding ten laste komt van degene die de verveelvoudiging voor eigen oefening, studie of gebruik maakt: de consument. Inning rechtstreeks bij degene die de kopie maakt is, afgezien van privacybezwaren, in de praktijk echter ondoenlijk. Voorts is niet te traceren wie dergelijke voorwerpen heeft en daarmee geluids- of beeldkopieën maakt. Daarom wordt – evenals in de Duitse, Oostenrijkse, Franse en Finse regeling en conform de in WIPO/UNESCO-verband geformuleerde beginselbepalingen – voorgesteld de vergoeding te innen

¹⁴ Beschikking van de minister van Justitie van 20 februari 1991, inmiddels de beschikking van 22 mei 2007, Stcrt. 2007, 103. Publiekrechtelijk staat het rechtskarakter van de Stichting ter discussie. Op 3 mei 2006, AB 2006, 231 m.nt. H. Peters, heeft de ABRvS uitgemaakt dat de Stichting met betrekking tot de inning van boeten op grond van een (privaatrechtelijke) onthoudingsverklaring geen 'bestuursorgaan' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht is. Of de Stichting overigens is aan te merken als een bestuursorgaan werd uitdrukkelijk in het midden gelaten.

¹⁵ Er is voorzien in een geschillenregeling voor het geval dat deze organisaties het niet eens kunnen worden, maar die regeling is omstreden: zie Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, LJN: BD5690; P.B. Hugenholtz e.a., Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, Universiteit van Amsterdam/WODC 2007.

bij de fabrikant of de importeur teneinde de incasso eenvoudig en het aantal inningspunten beperkt te houden. (...) De fabrikant of importeur zal de door hem betaalde vergoeding in beginsel doorberekenen in de verkoopprijs, zodat uiteindelijk de vergoeding toch betaald wordt door degene die de kopie maakt. Het is naar mijn mening niet onbillijk dat de fabrikant of importeur in eerste instantie met de betaling wordt belast; de door hem geleverde produkten maken immers het voor eigen gebruik opnemen van werken van auteurs mogelijk en danken hun economische betekenis voor een groot deel aan deze mogelijkheid.¹⁶

Op een vraag vanuit de Tweede Kamer heeft de minister geantwoord:

"De leden van de C.D.A.-fractie vroegen naar aanleiding van de toelichting bij het vierde lid of in de tekst van het gehele artikel voldoende duidelijk is, dat ook derden – niet zijnde importeur of fabrikant – betalingsplichtig zijn, indien zij voorwerpen op de markt brengen die vallen onder de voorgestelde regeling. Benadrukt zij dat de verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen. Het begrip 'importeur' is derhalve niet beperkt tot hen die beroeps- of bedrijfsmatig de in artikel 16c bedoelde voorwerpen invoeren. Ook de privé-persoon, die een partij blanco banden in Nederland invoert, is als importeur betalingsplichtig. Naar mijn mening behoeft de tekst van het wetsvoorstel op dit punt geen verduidelijking."¹⁷

1.12. In het nader rapport bij het wetsvoorstel tot aanpassing van de Auteurswet aan Richtlijn 2001/29 heeft de minister naar aanleiding van het advies van de Raad van State nog opgemerkt:

"De begrippen "importeur", "invoer" en "uitvoer" komen voor in de beperking voor privé-kopiëren ex artikel 16c van de Auteurswet 1912. De beperking is gebaseerd op artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn. Lidstaten zijn niet verplicht in die beperking, waaraan de voorwaarde van een billijke compensatie/redelijke tegemoetkoming is verbonden, te voorzien. Van volledige harmonisatie is hier dan ook geen sprake. De begrippen moeten worden beschouwd tegen de auteursrechtelijke achtergrond waarin ze worden gebruikt en waarin landsgrenzen – ook binnen de EG – nog niet aan betekenis hebben verloren. Ook binnen de EG leidt de invoer door een importeur van de in artikel 16c van de Auteurswet 1912 bedoelde voorwerpen tot een tegemoetkomingsverplichting. De uitvoer doet de verplichting tot betaling van een tegemoetkoming vervallen. De begrippen kunnen dus niet gemist worden."¹⁸

1.13. Eind 2003/begin 2004 is, bij het voorstel tot invoering van het reeds genoemde artikel 16ga Aw (controlebepaling), vanuit de Eerste Kamer gevraagd hoe het gaat met aankopen via het internet. Daarop werd door de minister geantwoord als volgt¹⁹:

"De leden van de VVD-fractie vroegen hoe het systeem van de thuiskopieergoeding moet worden beoordeeld nu consumenten hun blanco informatiedragers via internet bij aanbieders uit andere landen kunnen aanschaffen. Deze leden vroegen in dit kader of ik hun opvatting deel dat, in het licht van de mogelijkheden die internet biedt, een harmonisering op dit terrein zeer

¹⁶ MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 656, nr. 3, blz. 5-6. Zie ook de artikelsgewijze toelichting op blz. 11.

¹⁷ Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 1988/89, 20 656, nr. 5, blz. 18.

¹⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 482, B, blz. 10.

¹⁹ MvA I, Kamerstukken I 2003/04, 28 486, C, blz. 3-4.

gewenst is teneinde concurrentievervalsing tegen te gaan en of ik voornemens ben om deze problematiek op Europees niveau aan de orde te stellen met als inzet harmonisering van de regelingen inzake de thuiskopie c.q. een harmonisering van de tarieven. Ik wil voorop stellen dat het begrip "importeur" niet is gekwalificeerd in de wet. De betalingsverplichting strekt zich daarom niet alleen uit over beroeps- en bedrijfsmatig handelende importeurs, maar ook over privé-personen die partijen dragers invoeren die bestemd zijn om beschermd materiaal op vast te leggen (Vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 1988-1989, 20 656, nr. 5, blz. 18). De wet gaat naar mijn mening evenwel niet zo ver dat ook consumenten die in het buitenland dragers aanschaffen voor eigen gebruik, betalingsplichtig zouden zijn. Indien consumenten daartoe in toenemende mate overgaan, zou dat ten koste kunnen gaan van de inning van de thuiskopievergoeding in Nederland. De andere Europese landen kennen weliswaar ook systemen waarin de rechthebbenden worden gecompenseerd voor het thuiskopiëren van hun beschermde materiaal, maar de manier waarop de inning van de vergoeding plaatsvindt, verschilt tussen de lidstaten. Toch moet de omvang van het probleem niet worden overschat, de verzendkosten van in het buitenland gekochte blanco dragers zijn veelal hoger dan de compensatie voor het privé-kopiëren. Bovendien kosten dragers en ook apparatuur, los van de compensatie voor privé-kopiëren, in de meeste Europese landen niet steeds hetzelfde. Dat laat onverlet dat ik met de aan het woord zijnde leden van mening ben dat het opheffen van de verschillen tussen nationale thuiskopiesystemen via harmonisatie op Europees niveau tot een evenwichtiger systeem kan leiden. (...)"

1.14. Voor dit geschil is naast de Nederlandse ook de Duitse wettelijke regeling van belang. Het maken van een kopie voor privégebruik is geregeld in par. 53 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; UrhG)²⁰. In Duitsland is een collectieve beheersorganisatie, de *Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ)*, namens een organisatie van houders van muziekauteursrechten²¹ belast met het innen van de vergoeding voor het kopiëren voor eigen gebruik. De heffing geschiedt in beginsel bij de fabrikant van de desbetreffende apparatuur en informatiedragers (par. 54, lid 1, UrhG). Mede aansprakelijk zijn de importeur en de handelaar. Importeur is degene die de desbetreffende apparatuur of informatiedragers in Duitsland invoert. De aansprakelijkheid van de importeur en de handelaar is geregeld in par. 54b UrhG, welk artikel voor zover van belang luidt:

"1. Neben dem Hersteller haftet als Gesamtschuldner, wer die Geräte oder Speichermedien in den Geltungsbereich dieses Gesetzes gewerblich einführt oder wiedereinführt oder wer mit ihnen handelt.

2. Einführer ist, wer die Geräte oder Speichermedien in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbringt oder verbringen lässt. Liegt der Einführer ein Vertrag mit einem Gebietsfremden zugrunde, so ist Einführer nur der im Geltungsbereich dieses Gesetzes ansässige Vertragspartner, soweit er gewerblich tätig wird. Wer lediglich als Spediteur oder Frachtführer oder in einer ähnlichen Stellung bei dem Verbringen der Waren tätig wird, ist nicht Einführer. (...)

²⁰ Zie Th. Dreier en G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2004; A-A. Wandtke en W. Bullinger, *Praxiskommentaar zum Urheberrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006. De actuele wetteksten is te raadplegen via www.gesetze-im-internet.de.

²¹ Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA); zie www.gema.de.

3. Die Vergütungspflicht des Händlers entfällt,

1. soweit ein zur Zahlung der Vergütung Verpflichteter, von dem der Händler die Geräte oder die Speichermedien bezieht, an einen Gesamtvertrag über die Vergütung gebunden ist oder

2. wenn der Händler Art und Stückzahl der bezogenen Geräte und Speichermedien und seine Bezugsquelle (...) schriftlich mitteilt."

1.15. Ten tijde van de uitspraak van het bestreden arrest bepaalde par. 54c UrhG dat bij export vanuit Duitsland naar een ander land de betalingsverplichting (naar Duits recht) vervalt indien niet te verwachten is dat de verveelvoudiging in Duitsland zal plaatsvinden²². Inmiddels is deze bepaling vervangen door par. 54, lid 2, UrhG:

"Der Anspruch nach Absatz 1 entfällt, soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass die Geräte oder Speichermedien im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht zu Vervielfältigungen benutzt werden."

Tot 1 januari 2008 was in Duitsland de hoogte van de vergoeding bij wet bepaald (par. 54d (oud) UrhG). De verschuldigde bedragen waren lager dan die welke in Nederland worden geheven²³. Sinds de herziening van het Urheberrechtsgesetz ingaande 1 januari 2008 wordt ook in Duitsland de hoogte van de heffing op informatiedragers of apparaten vastgesteld in onderhandelingen tussen organisaties van belanghebbenden. Op degene die in het kader van zijn beroep of bedrijf ("*gewerblich*") apparatuur of informatiedragers in Duitsland invoert, rust een verplichting daarvan opgave te doen aan de houder van het auteursrecht c.q. aan de collectieve beheersorganisatie (par. 54e UrhG). Ook op de handelaar rust een verplichting om de herkomst van de voorwerpen aan de houder van het auteursrecht c.q. aan de collectieve beheersorganisatie bekend te maken (par. 54f UrhG)²⁴.

²² Par. 54c UrhG luidde tot 1 januari 2008: "Der Anspruch nach par. 54 Abs. 1 und par. 54a Abs. 1 entfällt, soweit nach den Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass die Geräte oder die Bild- oder Tonträger nicht zur Vervielfältigungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes benutzt werden."

²³ Vgl. s.t. zijdens Opus c.s. punt 46.

²⁴ Zie uitgebreid over de Duitse regeling: S.-F. Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. par. 53 UrhG in der Musikbranche, diss. Heidelberg 2008 (ISBN 978-3-8370-5809-3); F. Fechner (red.), Die Privatkopie, Juristische, ökonomische und technische Betrachtungen, Universitätsverlag Ilmenau 2007 (ISBN 978-3-939473-06-0).

2. De feiten en het procesverloop

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten²⁵:

2.1.1. Eiseres tot cassatie (hierna: de Stichting) is ingevolge art. 16d Aw belast met de inning van de in art. 16c lid 2 Aw bedoelde billijke vergoeding.

2.1.2. Opus Supplies Deutschland GmbH (hierna: Opus GmbH) is gevestigd in Duitsland. Zij biedt blanco (lege, onbespeelde) informatiedragers aan, onder meer, via Nederlandse en op Nederland gerichte websites. In de leveringsvoorwaarden, waarvan kan worden kennisgenomen door deze op de websites aan te klikken, is vermeld:

"Bestellingen worden rechtstreeks door de klant besteld bij Opus Supplies Deutschland GmbH in Heinsberg, Duitsland.

(...)

De getoonde prijzen zijn exclusief Levy, Auvibel, Thuiskopie, GEMA en andere heffingen. Transport van de goederen wordt in opdracht van de klant via TPG Post of DHL Express verzonden en is ten alle tijden in naam van de klant. Hierdoor kan het zijn dat u in uw land als importeur wordt gezien (...)".

2.1.3. Voor de door Opus GmbH aan Nederlandse afnemers geleverde informatiedragers wordt geen thuiskopievergoeding aan de Stichting betaald door Opus GmbH, noch door de afnemers. Opus GmbH betaalt hiervoor ook in Duitsland niet een met de thuiskopievergoeding vergelijkbare vergoeding.

2.1.4. M. van der Lee en H. van der Lee, in de gedingstukken aangeduid als Van der Lee senior respectievelijk Van der Lee junior, zijn (middellijk) bestuurders van Opus Supplies B.V. en van Opus GmbH.

2.1.5. Opus Supplies B.V. hield zich aanvankelijk bezig met de verkoop van blanco informatiedragers aan afnemers in Nederland. Ten behoeve van deze activiteit had zij een zgn. 'A-contract' afgesloten met de Stichting. Thans is zij niet langer actief op dit terrein.

2.1.6. Sinds eind 2003 biedt Opus GmbH blanco informatiedragers aan tegen prijzen waarvan duidelijk is dat daarin geen thuiskopievergoeding is verwerkt, omdat de prijzen veelal lager zijn dan het bedrag waarop in Nederland de thuiskopievergoeding voor de desbetreffende categorie informatiedragers is vastgesteld.

2.1.7. Via de websites binnengekomen bestellingen worden door Opus GmbH per e-mail aan de klant bevestigd. Vervolgens wordt de bestelling in Duitsland verwerkt en worden de

²⁵ Zie rov. 1 en rov. 3 van het bestreden arrest, in verbinding met het vonnis in eerste aanleg onder 1.1 – 1.7, hier verkort weergegeven.

goederen gereed gemaakt voor verzending, waarna zij via feitelijk door Opus GmbH ingeschakelde vervoerders vanuit Duitsland per post worden bezorgd in, onder meer, Nederland.

2.1.8. Andere ondernemingen, zoals Schlecker, een grote Duitse *retailer* die ook blanco informatiedragers *online* verkoopt, dragen wel een thuiskopie vergoeding af aan de Stichting Thuis kopie over verkopen aan Nederlandse ingezetenen.

2.2. Op 26 juli 2005 heeft de Stichting Opus Supplies B.V., Opus GmbH en de beide directeuren in kort geding gedagvaard. Zij vorderde, kort samengevat:

- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH tot het doen van opgave van het aantal geïmporteerde blanco informatiedragers, zulks vergezeld van een accountantsverklaring;
- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH om bescheiden aan de Stichting te verstrekken waaruit kan blijken of de thuis kopie vergoeding door de fabrikant of importeur is betaald;
- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH om de thuis kopie vergoeding te betalen, overeenkomstig de hiervoor bedoelde opgave;
- jegens alle gedaagden een verbod om, voor eigen rekening of voor rekening van een ander, blanco informatiedragers te importeren of te verhandelen zonder aan de Stichting opgave te doen en de verschuldigde thuis kopie vergoeding af te dragen, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

2.3. De gedaagden hebben bestreden dat zij verplicht zijn aan deze eisen van de Stichting te voldoen. Zij beschouwen zich niet als fabrikant of importeur van informatiedragers in Nederland. Opus GmbH heeft gesteld dat zij op grond van de met de consument gesloten overeenkomsten de informatiedragers verkoopt en aflevert in Duitsland, waarna het verdere transport van de goederen geschiedt in opdracht van de koper. Volgens gedaagden zou de Stichting hoogstens de kopers zelf kunnen aanmerken als 'importeur' in de zin van art. 16c Aw. Zij wijst in dit verband op de in alinea 1.13 aangehaalde uitlatingen van de minister.

2.4. Bij vonnis van 16 september 2005²⁶ heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank te 's-Gravenhage de vorderingen van de Stichting afgewezen. De motivering van deze beslissing berustte in belangrijke mate op de in alinea 1.13 aangehaalde uitlatingen van de minister.

²⁶ AMI 2005, blz. 207 m.nt. K.J. Koelman.

2.5. De Stichting heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en haar eis gewijzigd. In eerste aanleg had de Stichting ter onderbouwing van haar vorderingen aangevoerd dat de bestelde informatiedragers in werkelijkheid vanuit Nederland (door Opus Supplies B.V.) werden verzonden naar afnemers in Nederland, hoewel Opus GmbH stelt de verkoper te zijn. Deze stelling werd door de gedaagden gemotiveerd betwist. Met het argument dat zij dit kort geding niet wil belasten met een discussie over de feiten, heeft de Stichting in hoger beroep haar vorderingen tegen Opus Supplies B.V. ingetrokken en, voor wat betreft de gewijzigde vordering tegen Opus GmbH en de directeurs, in hoger beroep gesteld dat zij bereid is ervan uit te gaan dat de vanuit Nederland bij Opus GmbH bestelde informatiedragers daadwerkelijk vanuit Duitsland Nederland zijn binnengebracht²⁷.

2.6. Bij arrest van 12 juli 2007 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. De kernoverweging luidt:

"7. Het hof stelt voorop dat richtlijn nr. 2001/29/EG niet voorziet in de wijze waarop de billijke vergoeding moet worden geïnd. Het begrip 'importeur' is geïntroduceerd bij de invoering van artikel 16 c lid 2 Aw, dus vóór de implementatie van de richtlijn. Anders dan de Stichting meent, kan dit begrip niet richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Het hof is voorshands van oordeel dat uit de geciteerde parlementaire geschiedenis van artikel 16c Aw, in onderling verband beschouwd, kan worden afgeleid dat de wetgever de mogelijkheid onder ogen heeft gezien dat Nederlandse particulieren in het buitenland blanco geluidsdragers kopen en deze in Nederland importeren. Daarbij wijst het hof erop dat hetgeen de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van artikel 16ga Aw in de Eerste Kamer over het begrip importeur opmerkt, een herhaling is van de toelichting van dit begrip in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 16c Aw (TK 1987-1988, 20 656, nr. 5, p. 18). Slechts bij de behandeling van het voorstel tot invoering van artikel 16ga Aw gaat de minister ervan uit dat deze als importeur aan te merken consumenten geen thuiskopievergoeding verschuldigd zijn, wat daar ook van zij. Het hof overweegt voorts dat indien twee in verschillende (EU-)landen woonachtige of gevestigde partijen een koopovereenkomst sluiten, zij zelf kunnen bepalen waar de zaak moet worden afgeleverd en dus wie – de koper of de verkoper – moet zorgdragen voor het vervoer. In het onderhavige geval contracteert Opus GmbH met Nederlandse kopers onder toepasselijkverklaring van haar algemene voorwaarde dat het vervoer in opdracht van de koper geschiedt. Hieruit volgt dat de levering plaatsvindt in Duitsland. Opus GmbH kan dan naar het voorlopig oordeel van het hof niet als importeur worden aangemerkt."

2.7. Het hof heeft, ten overvloede, hieraan een subsidiair argument toegevoegd:

"Het hof merkt in dit verband op dat ook indien aangenomen zou moeten worden dat Opus GmbH verantwoordelijk is voor het vervoer en dat zij de blanco informatiedragers in Nederland aflevert, Opus GmbH naar zijn voorlopig oordeel niet als importeur, maar als exporteur moet worden aangemerkt. De (taalkundige) betekenis van het begrip importeren – het over en binnen de grenzen brengen – brengt immers mee dat de importeur zich bevindt in het land van import. De exporteur daarentegen brengt de te exporteren zaak buiten zijn eigen landsgrenzen, in het geval

²⁷ Memorie van grieven onder 33 en 38.

van Opus GmbH: buiten de Duitse landsgrenzen. Het hof merkt in dit verband op dat deze uitleg ook in lijn is met het doel van de thuiskopievergoedingsregeling, zoals dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis.”

2.8. De Stichting heeft – tijdig²⁸ – beroep in cassatie ingesteld. Opus GmbH en de beide directeuren hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, met re- en dupliek.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. *Onderdeel I* is gericht tegen rov. 1, waar het hof overweegt dat grief 1 weliswaar een klacht behelst over een onvolledige vaststelling van de feiten door de voorzieningenrechter, maar niet concreet aanduidt welke feiten deze ten onrechte buiten beschouwing zouden hebben gelaten. *Onderdeel I* klaagt dat het hof hiermee te hoge eisen aan de appellante stelt en dat uit de toelichting op deze grief voldoende kon worden opgemaakt op welke feiten de grief betrekking had. Het zou in het kort gaan om de aard en opzet van de betrokken ondernemingen²⁹, de voorgeschiedenis van de zaak met inbegrip van een eerder gehanteerde ‘kruisconstructie’³⁰, het voor afnemers onduidelijk houden dat zij een overeenkomst aangingen met een in Duitsland gevestigde vennootschap, alsmede de ‘constructie’ waarbij de afnemer in Nederland geacht werd opdracht te geven tot verzending vanuit Duitsland, doch in feite Opus GmbH de handelingen verrichtte welke nodig zijn voor het verzenden van de bestelde goederen aan de afnemer. Subsidiar acht onderdeel I ‘s hofs beslissing hieromtrent ontoereikend gemotiveerd.

3.2. De uitleg van de gedingstukken, waaronder de memorie van grieven, is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Deze uitleg kan daarom in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Uit de eisen van een goede procesorde volgt dat een appellant zijn bezwaren tegen de beroepen uitspraak naar voren dient te brengen op een wijze die voldoende duidelijk is voor de wederpartij om zich daartegen te kunnen verdedigen en voor de rechter om daarover

²⁸ Binnen acht weken; zie art. 402 lid 2 i.v.m. art. 339 lid 2 Rv.

²⁹ MvG onder 16. Daarin wordt, kort samengevat, gewag gemaakt van een gesprek in september 2003 waarin de directie van Opus B.V. aan de Stichting zou hebben laten weten dat zij de thuiskopievergoeding in Nederland te hoog vond en dat het bedrijf zich daarom in Duitsland zou gaan vestigen, waarna in Nederland wonende personen in Duitsland bestellingen in Duitsland zouden kunnen doen.

³⁰ MvG onder 17, 18, 22 en 24 – 30. Met ‘kruisconstructie’ is hier bedoeld dat Nederlandse ingezetenen bestellingen zouden kunnen doen bij het bedrijf in Duitsland en omgekeerd Duitse ingezetenen bestellingen zouden kunnen doen bij het bedrijf in Nederland.

een beslissing te kunnen nemen³¹. Grief 1 luidde letterlijk: "Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter zich slechts gebaseerd op de feiten vermeld in de rechtsoverwegingen 1.1 t/m 1.7 van het vonnis". Ter toelichting op deze grief werd slechts het volgende gesteld: "Stichting De Thuiskopie stelt niet dat de feiten als vastgesteld door de voorzieningenrechter onjuist zijn, doch zij meent dat de voorzieningenrechter feiten buiten zijn beoordeling heeft gelaten, die daarbij wel betrokken hadden moeten worden, namelijk de in de inleiding van deze memorie, en in de dagvaarding, genoemde." (MvG onder 32). De inleiding van de memorie van grieven telt 8 pagina's en de inleidende dagvaarding 19 pagina's. In feite heeft de Stichting het aan de geïntimeerde en de rechter overgelaten, uit de inleiding van de memorie van grieven en de inleidende dagvaarding de feiten te selecteren die als grondslag van de vordering in appel zouden moeten dienen. Bij memorie van antwoord heeft Opus GmbH c.s. gereageerd in die zin dat zij uit de memorie van grieven heeft opgemaakt dat de Stichting in hoger beroep de feiten niet langer ter discussie wilde stellen en slechts een antwoord verlangde op de rechtsvraag wie rechtens als importeur in de zin van art. 16c Aw heeft te gelden: de koper of Opus GmbH.

3.3. Onder deze omstandigheden heeft het hof mogen oordelen zoals het heeft gedaan. De verwerping van grief 1 behoefde geen nadere motivering, mede in aanmerking genomen dat in een kort geding minder hoge motiveringseisen mogen worden gesteld dan in een bodemprocedure. Ten overvloede merk ik op dat het hof wel degelijk is ingegaan op de essentie van hetgeen de Stichting op de aangegeven vindplaatsen heeft betoogd, namelijk dat (de directie van) Opus Supplies B.V. de Nederlandse heffing op cd's en dvd's voor het kopiëren voor eigen gebruik te hoog vond en daarom ervoor heeft gekozen de Nederlandse consumentenmarkt voor onbespeelde cd's en dvd's niet langer te bedienen vanuit Nederland via Opus Supplies B.V., maar vanuit Opus GmbH in Duitsland. Daarom mist de Stichting ook belang bij de klacht van onderdeel I.

3.4. *Onderdeel II* is gericht tegen het slot van rov. 6, waarin het hof vaststelt dat de auteursrechtlijn aan de lidstaten overlaat op welke wijze de bedoelde 'billijke compensatie' wordt geïncasseerd, en tegen rov. 7, geciteerd in alinea 2.6 hiervoor. Het middelonderdeel klaagt over schending van art. 16c, leden 1 – 6, Aw zoals deze bepalingen geïnterpreteerd en toegepast dienen te worden in het licht van art. 5, lid 2 onder b en lid 5, van Richtlijn 2001/29,

³¹ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent, 2009, nr. 117; Sniijders/Wendels, Civiel appel, 2003, blz. 171-173.

art. 9 lid 2 Berner Conventie (reeds aangehaald), art. 9 lid 1 TRIPs-verdrag³² en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Deze algemene klacht is nader uitgewerkt in vier nadere klachten, die kort samengevat het volgende inhouden:

- a. het hof heeft het begrip "importeur" in art. 16c Aw niet in overeenstemming met Richtlijn 2001/29 uitgelegd;
- b. de uitleg door het hof van het begrip "importeur" in art. 16c Aw levert bovendien een schending op van art. 9 lid 2 Berner Conventie, art. 9 lid 1 TRIPs-verdrag en/of van een in art. 1 Eerste Protocol EVRM beschermd recht van de auteursrechthebbers;
- c. ook beschouwd naar nationaal recht heeft het hof een onjuiste uitleg gegeven aan het begrip "importeur" in art. 16c Aw;
- d. de vaststelling van het hof dat de levering van de blanco informatiedrager aan de koper plaatsvindt in Duitsland (en niet in Nederland) is rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk.

3.5. Om redenen van systematiek zal ik de klachten in een andere volgorde bespreken. Ik begin met de klachten over de vastgestelde plaats van aflevering (punt d). Daarna bespreek ik de gevolgtrekkingen die uit het nationale recht, in het bijzonder de parlementaire geschiedenis van de wijzigingen van de Auteurswet 1912, kunnen worden gemaakt voor de uitleg van het begrip 'importeur' in art. 16c van die wet (punt c). Vervolgens zal ik Richtlijn 2001/29 (punt a) bespreken en te dien aanzien prejudiciële vragen aan het HvJ EG voorstellen. De klacht onder b kan voorlopig blijven rusten en wordt slechts kort besproken.

De plaats van aflevering

3.6. In rov. 7 heeft het hof zijn beslissing vastgeknoopt aan het land waar, juridisch beschouwd, de aflevering van de cd's of dvd's aan de consument plaatsvindt. Het recht dat de verbintenissen uit de overeenkomst tussen een in Nederland wonende koper en de in Duitsland gevestigde onderneming van Opus GmbH beheerst, wordt vastgesteld aan de hand van het EG-Verbindenissenverdrag (EVO)³³. Uit het bestreden arrest blijkt niet dat een rechtskeuze is gemaakt. Bij gebreke van een rechtskeuze worden de koopovereenkomst en de uitvoering

³² Deze bepaling, in het hoofdstuk over Copyrights and Related Rights, bevat voor zover van belang voor dit geding slechts de bepaling dat de aangesloten staten zich zullen voegen naar het bepaalde in de artikelen 1 – 21 van de Berner Conventie.

³³ Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156. Ook Duitsland is partij bij dit verdrag.

daarvan in beginsel beheerst door het recht van de vestigingsplaats van de verkoper (art. 4 EVO). Art. 5 EVO geeft echter bijzondere regels voor overeenkomsten die betrekking hebben op de levering van roerende lichamelijke zaken aan een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd. Bij gebreke van een rechtskeuze worden die overeenkomsten beheerst door het recht waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, in dit geval: het Nederlandse recht. Er moet dan wel zijn voldaan aan de voorwaarde dat de sluiting van de overeenkomst in Nederland is voorafgegaan door een bijzonder voorstel of door publiciteit (reclame) en de voorwaarde dat de consument in Nederland de voor het sluiten van de overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht³⁴.

3.7. Aan de eerste van deze voorwaarden is voldaan, nu in Nederland informatiedragers kunnen worden besteld via de (Nederlandse, in elk geval Nederlandstalige) website van Opus GmbH en na voorafgaande publiciteit van Opus GmbH. Met intypen van de bestelling vanachter een computer in Nederland heeft de consument ook aan de tweede voorwaarde voldaan. Het hof is impliciet en in cassatie onbestreden uitgegaan van de toepasselijkheid van het Nederlandse burgerlijk recht op de koopovereenkomst. Terzijde kan worden genoteerd dat in Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 (Pb EU L 177/6) inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ("Rome I"), die van toepassing zal zijn op overeenkomsten gesloten vanaf 17 december 2009, een bijzondere bepaling is opgenomen over consumentenovereenkomsten die via internet tot stand zijn gekomen. Art. 6, lid 1 aanhef en onder b, van deze Verordening verklaart op de overeenkomst, gesloten door een natuurlijke persoon voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd (de consument) met een andere persoon die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep (de verkoper), het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft van toepassing, wanneer de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument woonplaats heeft of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op (onder meer) dat land en de overeenkomst onder die activiteiten valt.

3.8. Indien het Nederlandse burgerlijk recht van toepassing is op de koopovereenkomst tussen een in Nederland wonende koper en Opus GmbH als verkoper, kan de overeenkomst worden

³⁴ R.I.V.F. Bertrams en S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, 2007, blz. 49-51.

gekwaliceerd als een 'consumentenkoop' in de zin van art. 7:5 BW³⁵. Bij een bestelling vanuit Nederland via een van de websites van Opus GmbH is tevens sprake van een 'overeenkomst op afstand' in de zin van 7:46a BW³⁶. Naar Nederlands recht is de verkoper verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren. Aflevering vindt plaats door het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 lid 2 BW). Dit laatste geschiedt door bezitsoverdracht of door bezitsverschaffing (art. 3:114 resp. art. 3:115 BW). De plaats van aflevering kan uitdrukkelijk of stilzwijgend in de overeenkomst worden bepaald. Wanneer de overeenkomst bepaalt dat het transport door of in opdracht van de koper geschiedt, geldt als plaats van aflevering: de plaats waar de zaak (door de verkoper) aan de vervoerder wordt afgegeven ter verzending aan de koper³⁷. Er bestaat een afzonderlijke wettelijke regel voor de overgang van het risico van beschadiging of tenietgaan van de zaak³⁸.

3.9. Het hof heeft vastgesteld dat de vanuit Nederland bestelde informatiedragers door Opus GmbH in Duitsland worden geleverd aan de koper. Op grond van de leveringsvoorwaarden van Opus GmbH, reeds geciteerd in alinea 2.1.2, neemt het hof aan dat het transport van de goederen naar Nederland geschiedt in opdracht van de koper. Het hof gaat dus ervan uit dat de overeenkomst wordt beheerst door de leveringsvoorwaarden van Opus GmbH.

3.10. De beslissing dat de levering van de informatiedragers op grond van de leveringsvoorwaarden van Opus GmbH plaatsvindt in Duitsland en dat Opus GmbH daarom niet kan worden aangemerkt als 'importeur' van deze voorwerpen in Nederland, is volgens het middelonderdeel rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk. Ter toelichting op deze klachten voert de Stichting het volgende aan:

(d.1) Uit de gestelde feiten volgt dat Opus GmbH via Nederlandse websites en Nederlandse advertenties zich op kopers in Nederland richt zonder daarbij duidelijk te maken dat de

³⁵ Deze bepaling geeft mede uitvoering aan Richtlijn 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 (Pb EG L 171/12) betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

³⁶ Deze bepalingen geeft uitvoering aan Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 (Pb EG L 144/19) betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.

³⁷ Asser-Hijma, 5-I (2007), nr. 299.

³⁸ De verkochte zaak is voor risico van de koper van de aflevering af (art. 7:10 lid 1 BW). Indien bij een consumentenkoop de zaak bij de koper wordt bezorgd door de verkoper of een door deze aangewezen vervoerder, is de zaak volgens art. 7:11 BW eerst voor risico van de koper van de bezorging af, zelfs al was de zaak eerder 'afgeleverd' in de zin van art. 7:9 BW.

onderneming in Duitsland gevestigd is; dat betaling op een Nederlandse bankrekening of met creditcard kan plaatsvinden; dat kopers zich niet bewust zijn van het grensoverschrijdende karakter van de transactie; dat de verantwoordelijkheid van het vervoer bij Opus GmbH ligt; dat de kopers immers geen opdracht aan de vervoerder geven, maar de gekochte blanco informatiedragers door Opus GmbH thuisgestuurd krijgen; en tot slot dat eventuele retourzendingen naar een adres in Roermond (moeten) worden verstuurd. Volgens de klacht vindt de bezitsverschaffing niet plaats in Duitsland, maar komen de gekochte cd's en dvd's pas bij de bezorging in Nederland in de macht van de koper. De enkele vermelding in algemene voorwaarden, die niet aangeklikt behoeven te worden om een overeenkomst met Opus GmbH te sluiten, is volgens de klacht onvoldoende om (mede met het oog op art. 6:234 lid 1 onder a, in verbinding met art. 6:233 onder b BW en art. 7:9 lid 2, 10 en 11 BW) te kunnen vaststellen dat levering van de blanco informatiedragers in Duitsland plaatsvindt (cass.dagv. 31).

(d.2) Het oordeel dat de levering op grond van de algemene voorwaarden in Duitsland plaatsvindt, is onbegrijpelijk, omdat de algemene voorwaarden niet aangeklikt behoeven te worden voordat een bestelling op de website bij Opus GmbH geplaatst wordt en deze voorwaarden daarom niet van toepassing zijn op de gesloten koopovereenkomsten. Voor zover het hof anders oordeelt, is dat oordeel in het licht van de gemotiveerde betwisting door de Stichting onvoldoende gemotiveerd, althans is het hof aan essentiële stellingen van de zijde van de Stichting voorbijgegaan (cass.dagv. 32).

(d.3) Het hof laat aan het slot van rov. 7 de mogelijkheid open dat Opus GmbH verantwoordelijk is voor het vervoer van blanco gegevensdragers. Daarmee kan dit als uitgangspunt gelden en mist de vaststelling dat op grond van de algemene voorwaarden de levering in Duitsland plaatsvindt, betekenis (cass.dagv. 33).

3.11. Om met de laatste klacht te beginnen: blijkens rov. 7 gaat het hof ervan uit dat op grond van de leveringsvoorwaarden de levering van de bestelde cd's en dvd's plaatsvindt in Duitsland en dat het transport naar het opgegeven adres in Nederland na de levering geschiedt in opdracht van de koper. Eerst in zijn overweging ten overvloede, geciteerd in alinea 2.7 hiervoor, gaat het hof uit van de denkbeeldige situatie dat Opus GmbH wordt beschouwd als de opdrachtgever tot het transport vanuit Duitsland naar Nederland. De klacht onder d.3 mist daarom feitelijke grondslag.

3.12. De klacht onder d.1 faalt. De stelling van de Stichting dat bezitsverschaffing niet in Duitsland plaatsvindt, maar eerst bij aflevering van de bestelling op een adres in Nederland, stuit af op het andersluidende feitelijke oordeel van het hof. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk: in de redenering van het hof zijn partijen zulks overeengekomen en is het bestelde voorwerp vanaf de levering in Duitsland in de macht van de koper.

3.13. Voor zover in het middelonderdeel beroep wordt gedaan op feiten die niet door het hof zijn vastgesteld, stuit de klacht af op het bepaalde in art. 419 Rv. In hoger beroep was niet in geschil dat de consument-koper rechtstreeks een koopovereenkomst sluit met Opus GmbH, gevestigd in Heinsberg (Duitsland). De vaststelling van een overeenkomst tussen deze partijen sluit in zich het oordeel dat de koper moet hebben beseft dat hij te doen had met Opus GmbH als wederpartij. Weliswaar is mogelijk dat de feitelijke uitvoering van een koopovereenkomst afwijkt van hetgeen tussen de koper en de verkoper is overeengekomen, maar de door de Stichting aangevoerde feiten noopten het hof niet tot dat oordeel.

3.14. De onder d.2 aangevoerde omstandigheid, dat de aspirant-koper de algemene voorwaarden niet hoeft aan te klikken op de website om een koopovereenkomst met Opus GmbH tot stand te brengen, noopte het hof niet tot de beslissing dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn. Een verwijzing naar algemene voorwaarden, in dit geval op de website, kan voldoende zijn om gebondenheid daaraan tot stand te brengen (art. 6:232 BW)³⁹. De verwijzing in het middelonderdeel naar art. 6:234 lid 1 sub a jo. art. 6:233 onder b BW acht ik niet doorslaggevend. Weliswaar is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker van die voorwaarden aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233, lid 2 onder b, BW), welke maatstaf in art. 234, lid 1 onder a en onder c, BW nader is ingevuld, maar uit niets blijkt dat een of meer kopers het desbetreffende beding in de algemene voorwaarden inderdaad hebben vernietigd. Bij haar verwijzing naar art. 7:9 lid 2, 10 en 11 BW mist de Stichting m.i. belang omdat koper en verkoper zelf de plaats van aflevering kunnen overeenkomen. De slotsom is dat middelonderdeel II.d faalt.

Uitleg van het begrip 'importeur' in art. 16c Aw naar nationaal recht

³⁹ Vgl. R.E. van Esch, Juridische aspecten van elektronische handel, Deventer: Kluwer 2007, blz. 167 – 168.

3.15. De klacht in onderdeel II onder c houdt in dat het bestreden oordeel in strijd is met art. 16c Aw. De Stichting voert daartoe aan:

(c.1) Art. 16c Aw heeft tot doel, te voorzien in een eenvoudig te realiseren incasso van de billijke vergoeding, waarbij de wetgever met name heeft bedoeld het aantal schuldenaren klein te houden. De beslissing van het hof dat individuele, niet bedrijfsmatig handelende kopers in Nederland, die bij Opus GmbH informatiedragers bestellen, als 'importeur' in de zin van art. 16c lid 2 Aw hebben te gelden, is daarmee in strijd (cass.dagv. 29).

(c.2) Het bestreden oordeel is rechtens onjuist waar het in strijd komt met de taalkundige betekenis van het woord 'importeur'⁴⁰, zoals deze betekenis ook blijkt uit andere wettelijke regelingen waarin het woord 'importeur' voorkomt⁴¹.

(c.3) Daarnaast acht de Stichting het bestreden oordeel in strijd met de wetssystematiek, in het bijzonder met de regeling van de koop in art. 7:9 – 7:11 BW (cass.dagv. 30).

(c.4) Tot slot acht de Stichting het bestreden oordeel rechtens onjuist in het licht van de wetsgeschiedenis van art. 16c Aw. Weliswaar heeft de minister van Justitie, bij wijze van uitzondering, aangegeven dat de betalingsverplichting niet zo ver gaat dat ook consumenten die in het buitenland informatiedragers voor eigen gebruik aanschaffen in Nederland betalingsplichtig worden, waarmee de minister doelde op personen die naar het buitenland reizen en daar in een winkel blanco informatiedragers aanschaffen, maar het hof rekt die uitzondering te ver op. Het bestreden oordeel leidt tot het onaanvaardbare resultaat dat voor blanco gegevensdragers, die consumenten in Nederland van deze buitenlandse onderneming kopen, geen enkele vergoeding aan auteursrechthebbenden wordt afgedragen (cass.dagv. 30).

3.16. Op zichzelf is juist dat bij de totstandkoming van art. 16c Aw de bedoeling heeft voorgezet het aantal betalingsplichtigen beperkt te houden. Om die reden heeft de wetgever gekozen voor een heffing bij de fabrikant of de importeur van de desbetreffende informatiedragers; niet voor een heffing bij de winkelier, laat staan voor een heffing rechtstreeks bij iedere individuele consument. Daarmee is echter nog niet gegeven dat een in het buitenland gevestigde onderneming, die een informatiedrager (blanco cd of dvd) aan een

⁴⁰ In de feitelijke instanties heeft de Stichting gewezen op Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal, waar 'importeur' is omschreven als: "koopman die importhandel bedrijft".

⁴¹ De toelichting op deze klacht wijst op wettelijke regelingen waarin aan de term 'importeur' een speciale betekenis is gegeven: art. 1, aanhef en onder g, Wet op de vaste boekenprijs; art. 1, aanhef en onder e, Besluit beheer autobanden en art. 1, aanhef en onder d, Besluit beheer autowrakken.

Nederlandse ingezetene verkoopt en het verkochte aflevert in Duitsland, kan worden aangesproken voor de Nederlandse thuiskopievergoeding. Het argument onder c.1 gaat daarom niet op.

3.17. De taalkundige betekenis van het woord 'importeur' is: hij die invoert. Bij een functionele uitleg kan dit worden uitgebreid tot: hij die opdracht geeft tot invoer. Een dergelijke functionele uitleg ligt mijns inziens voor de hand, omdat anders de vrachtwagenchauffeur of transportonderneming die feitelijk de invoer verricht voor de thuiskopieheffing tot betaling van de billijke vergoeding zou moeten worden aangesproken. Indien de opdrachtgever tot invoer wordt beschouwd als de importeur in de zin van art. 16c Aw 1912, behoeft de importeur niet in Nederland te wonen of gevestigd te zijn. Een zodanige functionele uitleg helpt de Stichting echter niet verder, omdat het hof op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden heeft aangenomen dat niet Opus GmbH maar de koper de opdrachtgever tot het transport vanuit Duitsland naar Nederland is. De onder c.2 aangevoerde omstandigheid dat in bepaalde wetten en besluiten een bijzondere betekenis aan de term 'importeur' wordt toegekend maakt de uitleg door het hof van het begrip 'importeur' in art. 16c Aw nog niet onjuist.

3.18. De klachten m.b.t. de wetssystematiek en de uitleg van de parlementaire geschiedenis lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Hiervoor, in alinea 1.11 e.v., kwam al even aan de orde dat de Berner Conventie en de Auteurswet 1912 uitgaan van het beginsel dat elk land voor zijn eigen rechtsgebied de auteursrechtelijke bescherming regelt. Daarbij past een regel van conflictenrecht dat, voor de vraag welk rechtsstelsel in een concreet geval van toepassing is, bepalend is het recht van het land waarvoor de bescherming van het auteursrecht wordt ingeroepen: de zgn. *lex protectionis*⁴². In de rechtspraak was al eerder beslist dat de Auteurswet 1912 haar werking niet buiten Nederland uitstrekt⁴³. Ook is beslist dat het stelsel van de Berner Conventie meebrengt dat de vragen of sprake is van een werk en of dit bescherming verdient, moeten worden beantwoord aan de hand van het recht van het land voor welks grondgebied bescherming wordt ingeroepen⁴⁴. Inmiddels is de *lex protectionis* vastgelegd in art. 8 van de Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007

⁴² Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 2005, blz. 694. In Duitsland is dit niet anders: zie S.-F. Staudacher, diss. 2008, reeds aangehaald, blz. 126 – 131.

⁴³ HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 m.nt. HB.

⁴⁴ HR 27 januari 1995, NJ 1995, 669 m.nt. J.H. Spoor.

betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"). Het eerste lid van dat artikel bepaalt: "De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een inbreuk op een intellectuele eigendomsrecht, wordt beheerst door het recht van het land waarvoor de bescherming wordt gevorderd"⁴⁵.

3.19. Ervan uitgaande dat de Nederlandse wet het maken van een kopie voor eigen gebruik binnen het rechtsgebied van Nederland toestaat, wordt ook hetgeen daartegenover staat, namelijk dat voor het maken van een kopie voor eigen gebruik in Nederland een billijke vergoeding is verschuldigd aan de Stichting, beheerst door Nederlands recht. De Nederlandse wetgever kan geen regels geven voor de (omvang van de) auteursrechtelijke bescherming in een ander rechtsgebied, bijvoorbeeld in Duitsland, en dus evenmin de voorwaarden bepalen waaronder in een ander land het maken van een kopie voor eigen gebruik geoorloofd is.

3.20. De regeling van art. 16c Aw strekt ertoe de omvang van de auteursrechtelijke bescherming in Nederland te bepalen: op Nederlands grondgebied wordt de gewone auteursrechtelijke bescherming onthouden aan de rechthebbende voor zover het gaat om het maken van een kopie voor eigen gebruik. Daartegenover staat dat de auteursrechthebbende mede aanspraak maakt op een tegemoetkoming uit een fonds, dat gevoed wordt door het collectief innen van een billijke vergoeding, geheven op informatiedragers die in Nederland in het verkeer worden gebracht door fabricage in Nederland of door invoer in Nederland. Door de betalingsverplichting te leggen op de fabrikant en de importeur wordt een sluitende wettelijke regeling verkregen. Er zijn geen andere wegen denkbaar waarlangs een informatiedrager in Nederland in het verkeer zou kunnen komen: een in Nederland aanwezige informatiedrager is immers hetzij in Nederland vervaardigd, hetzij in het buitenland vervaardigd en vervolgens in Nederland ingevoerd.

3.21. In de wet ontbreekt een nadere omschrijving van het begrip 'importeur'. Ook een consument die kleine hoeveelheden informatiedragers in Nederland invoert kan 'importeur' zijn, zelfs als het gaat om informatiedragers voor eigen gebruik. In de parlementaire geschiedenis is de mogelijkheid onder ogen gezien dat inwoners van Nederland rechtstreeks bestellingen doen

⁴⁵ Zie over deze bepaling: S.J. Schaafsma, Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie, WPNR 6780 (2008) blz. 998 – 1003 (en voor de tekst van de bepaling: blz. 1021).

bij een verkoper in het buitenland⁴⁶. Dit werd niet als ernstig beschouwd, vanuit de verwachting het slechts om relatief kleine hoeveelheden zou gaan: de kosten van verzending zouden niet of nauwelijks opwegen tegen het prijsvoordeel bij het doen van bestellingen in het buitenland. Bij import door één persoon van grote hoeveelheden informatiedragers teneinde deze door te verkopen in Nederland, wordt het voor de Nederlandse collectieve beheersorganisatie vanzelf lonend om die ene persoon als importeur tot betaling aan te spreken, ongeacht of hij bedrijfsmatig dan wel als particulier handelt. Met een situatie waarin talrijke consumenten rechtstreeks in het buitenland bestellingen doen en de cd's en dvd's door de verkoper laten afleveren in het buitenland, waarna de consument opdracht geeft tot het transport van de aldus geleverde cd's en dvd's naar Nederland, lijkt in de parlementaire geschiedenis geen rekening te zijn gehouden.

3.22. Wetssystematisch is vooral van belang dat niet een dubbele vergoeding hoeft te worden betaald. Voor het uitgaande handelsverkeer volgt dit uit het vierde lid van art. 16c Aw: de fabrikant of importeur die de voorwerpen vanuit Nederland naar het buitenland uitvoert is geen vergoeding als bedoeld in art. 16c Aw verschuldigd, althans krijgt het door hem betaalde bedrag van de Nederlandse heffing weer terug. In het vijfde lid is uitdrukkelijk opgenomen dat de vergoeding niet meer dan éénmaal per voorwerp is verschuldigd. Ook het Duitse recht kent een regel die erop neerkomt dat geen vergoeding aan de Duitse collectieve beheersorganisatie is verschuldigd indien aannemelijk is dat de desbetreffende informatiedrager niet op Duits grondgebied zal worden gebruikt voor het maken van verveelvoudigingen⁴⁷.

3.23. Het voorgaande voert tot de slotsom dat in de situatie waarvan het hof in rov. 7 primair is uitgegaan, dat wil zeggen de situatie waarin de aflevering van de bestelde blanco cd of dvd in Duitsland plaatsvindt en het transport vanuit Duitsland naar Nederland plaatsvindt in opdracht van de consument-koper, de consument-koper moet worden aangemerkt als de importeur, d.w.z. als degene die het voorwerp in Nederland invoert of doet invoeren. De klachten onder c.3 en c.4 gaan niet op. Dit neemt niet weg dat onderzocht moet worden of Richtlijn 2001/29 dan wel de door de Stichting ingeroepen verdragsbepalingen tot een ruimere uitleg van het begrip 'importeur' nopen.

⁴⁶ Zie alinea 1.13 hiervoor.

⁴⁷ Zie alinea 1.15 hiervoor.

Uitleg van het begrip 'importeur' in strijd met Richtlijn 2001/29?

3.24. Het middelonderdeel bevat onder a de volgende klachten:

(a.1) Ten onrechte neemt het hof in rov. 7 tot uitgangspunt dat het begrip 'importeur' in art. 16c lid 2 Aw niet richtlijnconform kan worden uitgelegd. Ten onrechte overweegt het hof dat het feit dat art. 16c lid 2 Aw reeds vóór de implementatie van Richtlijn 2001/29 werd ingevoerd, aan een richtlijnconforme interpretatie van die bepaling in de weg staat (cass.dagv. 21).

(a.2) Voor het geval dat 's hofs oordeel zó begrepen moet worden, heeft het hof ten onrechte aangenomen dat een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is omdat Richtlijn 2001/29 niet voorziet in de wijze waarop de 'billijke vergoeding' moet worden geïnd. Volgens de klacht laat de richtlijn geen ruimte voor het (*de iure* of *de facto*) aan de rechthebbende(n) onthouden van een billijke compensatie zoals voorgeschreven in art. 5, lid 2 onder b, van de richtlijn: een resultaat waartoe de bestreden beslissing volgens het middel leidt (cass.dagv. 22).

(a.3) Voorts heeft het hof miskend dat het vijfde lid van art. 5 van Richtlijn 2001/29 meebrengt dat de restricties van het tweede lid (waaronder het kopiëren voor privégebruik) slechts mogen worden toegepast in bepaalde bijzondere omstandigheden, waarbij geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van werken en waarbij de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk mogen worden geschaad (de zogenaamde drie stappen-toets; cass.dagv. 23).

(a.4) Tot slot heeft het hof miskend dat de Europeesrechtelijke achtergrond van art. 16c Aw prevaleert boven de door het hof bedoelde uitlatingen van de minister in de parlementaire geschiedenis van deze bepaling. Het hof miskent ook de inhoud, de strekking en het doel van de desbetreffende bepalingen van Richtlijn 2001/29, welke meebrengen dat bij toepassing van de beperkingen voor het kopiëren voor privégebruik, de betrokken lidstaat ervoor heeft te zorgen dat de rechthebbenden een billijke compensatie voor de inbreuk op hun recht ontvangen (cass.dagv. 24).

3.25. Richtlijnen behoren op grond van art. 249 EG te worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Vervolgens dient het nationale recht te worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde op die wijze het met de richtlijn beoogde resultaat te verkrijgen. Vanaf de datum waarop de richtlijn uiterlijk in het nationale recht had behoren te worden geïmplementeerd geldt dit ook voor de uitleg van niet of onvoldoende

aangepaste bepalingen van het nationale recht, inclusief die oudere bepalingen waarvan de nationale wetgever meende dat zij geen aanpassing behoeften omdat zij reeds in overeenstemming waren met de richtlijn. Het HvJ EG overwoog dienaangaande⁴⁸:

"De uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der Lid-Staten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting krachtens art. 5 EEG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag te voldoen."⁴⁹

3.26. Deze benaderingswijze heeft ook gevolgen voor de beoordeling van de klacht onder a.4.

In de woorden van Van der Burg:

"De door het Hof aanvaarde verplichting tot richtlijnconforme interpretatie brengt een kleine omwenteling teweeg in de praktijk van de rechtsvinding in Nederland. In zeer veel gevallen wordt het geldende recht wetshistorisch geïnterpreteerd. Dat wil zeggen dat de rechter onderzoekt wat de parlementaire stukken betreffende een bepaalde wet te zeggen hebben over de inhoud en de strekking van de in die wet voorkomende bepalingen. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie betekent dat de rechter in voorkomende gevallen de 'wil' van de Nederlandse wetgever buiten beschouwing moet laten, om de aandacht te richten op de richtlijn (en de interpretatie die het Hof daarvan gegeven heeft)."⁵⁰

3.27. Richtlijnconforme uitleg heeft haar begrenzungen. Indien een bepaling van nationaal recht, hoe zij ook wordt uitgelegd, in strijd is met het voorschrift van een Europese richtlijn, kan een particulier jegens een overheidsorgaan een beroep doen op de voorrang van de richtlijn bepaling boven het nationale recht, aangenomen dat de richtlijn bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is geformuleerd om rechtstreeks te kunnen worden toegepast. Een Europese richtlijn kan uit zichzelf niet verplichtingen opleggen aan andere partijen dan overheidsorganen.

3.28. Richtlijn 2001/29 noopte de lidstaten tot aanpassing van de nationale wetgeving uiterlijk op 22 december 2002. Nederland heeft aan deze opdracht uitvoering gegeven, zij het te laat,

⁴⁸ HvJ EG 13 november 1990, Jur. 1990, blz. I-4135 (Marleasing).

⁴⁹ Zie ook: HvJ EG 27 juni 2000 (C-240/98), NJ 2000, 730, rov. 30: "Aangezien het een geval van niet-omzetting van een richtlijn betreft, moet de nationale rechter volgens vaste rechtspraak (...) bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea EEG-Verdrag (thans artikel 249, derde alinea, EG) te voldoen."

⁵⁰ F.H. van der Burg, Europees Gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, blz. 127 - 128; Zie ook: M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001; Asser-Hartkamp 3-I*, 2008, nrs. 114-150.

door de Auteurswet 1912 aan te passen bij wet van 6 juli 2004, Stb. 336. Het cassatiemiddel vraagt om een richtlijnconforme uitleg van het begrip 'importeur' in art. 16c Aw. Het lijkt m.i. geen twijfel dat dit artikel vanaf 22 december 2002 zoveel mogelijk behoort te worden uitgelegd in overeenstemming met Richtlijn 2002/29.

3.29. Het hof heeft geconstateerd dat de term 'importeur' in de Auteurswet 1912 is opgenomen vóórdat Richtlijn 2001/29 in die wet werd geïmplementeerd. Zou het hof hiermee hebben bedoeld dat vanwege deze chronologische volgorde het begrip 'importeur' niet richtlijnconform kan worden uitgelegd, dan zou dat oordeel geheel in strijd zijn met in alinea 3.25 genoemde rechtsregel. Ik houd het ervoor dat het hof in rov. 7 iets anders heeft bedoeld. Mijns inziens heeft het hof in deze overweging slechts bedoeld te zeggen dat Richtlijn 2001/29 – buiten het bepaalde in het vijfde lid van art. 5, waarover hieronder nader - geen regels geeft voor de wijze waarop in de lidstaten de billijke vergoeding wordt geïnd en dat om die reden een richtlijnconforme interpretatie van het begrip 'importeur' niet mogelijk is: het woord 'importeur' komt in art. 5 van de richtlijn niet voor. Ook het slot van rov. 6 wijst in deze richting: het hof overweegt daar dat noch in de considerans noch in artikel 5, lid 2 onder b, van de richtlijn is bepaald op welke wijze de billijke compensatie moet worden geïnd. De klacht onder a.1 mist daarom feitelijke grondslag.

3.30. De klachten onder a.2 – a.4 nemen alle tot uitgangspunt dat de beslissing van het hof tot gevolg heeft dat de auteursrechthebbenden noch in Duitsland noch in Nederland een vergoeding zullen ontvangen voor de kopieën voor eigen gebruik die (in Nederland) worden gemaakt op de vanuit Nederland bij Opus GmbH bestelde cd's en dvd's. Bij dit uitgangspunt valt wel een kanttekening te plaatsen. Indien door de fabrikant of door de importeur (in Duitsland) een heffing is betaald aan de Duitse collectieve beheersorganisatie, die heffing is doorberekend in de prijs waarvoor Opus GmbH de cd's of dvd's bij die fabrikant of bij die importeur (in Duitsland) heeft gekocht en deze prijsopslag vervolgens is doorberekend in de prijs die Opus GmbH aan de consumenten in rekening brengt, is er geen reden om voor dezelfde cd's of dvd's in Nederland nogmaals een vergoeding in rekening te brengen: dat zou neerkomen op een dubbele heffing.

3.31. De stellingen van de Stichting in de feitelijke instanties veronderstellen dat Opus GmbH de door haar aan inwoners van Nederland verkochte blanco cd's en dvd's betrok bij Opus Supplies B.V. In dat geval zou Opus GmbH deze voorwerpen eerst in Duitsland hebben geïmporteerd en vervolgens hebben verkocht aan consumenten uit Nederland, die deze volgens de algemene voorwaarden lieten afleveren in Duitsland. Indien de Duitse autoriteiten ervan uitgaan dat de aldus afgeleverde cd's en dvd's bestemd zijn voor het maken van verveelvoudigingen van werken in Nederland (anders gezegd: voor de export vanuit Duitsland naar klanten in Nederland), is – beschouwd vanuit het standpunt van de Stichting - sprake van een lacune als noch in Duitsland noch in Nederland een heffing plaatsvindt op de verkochte cd's en dvd's. De mogelijkheid om een vergoeding te incasseren bij individuele consumenten die een cd of dvd bij Opus GmbH hebben besteld, wordt door de Stichting niet beschouwd als een reële mogelijkheid om een billijke vergoeding te ontvangen. Hoe dan ook, het hof heeft in rov. 3 vastgesteld dat voor de door Opus GmbH aan Nederlandse klanten geleverde informatiedragers geen thuiskopievergoeding aan de Stichting wordt betaald en dat Opus GmbH hiervoor in Duitsland geen (met de thuiskopievergoeding vergelijkbare) vergoeding betaalt.

3.32. Volgens de tekst van art. 5, lid 2 onder b, van de richtlijn hebben de lidstaten de mogelijkheid om een kopie voor eigen gebruik te legaliseren, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen. Zelfs als de cassatierechter zou meegaan met het oordeel van het hof "dat richtlijn nr. 2001/29/EG niet voorziet in de wijze waarop de billijke vergoeding moet worden geïnd", is dat een (negatieve) uitleg van de richtlijn, die niet als een *acte clair* of *acte éclairé* kan worden aangemerkt. Ofschoon het begrip 'billijke vergoeding' in een ander verband in de jurisprudentie van het HvJ EG wel ter sprake is gekomen⁵¹, bestaat bij mijn weten geen beslissing van het HvJ EG over de vraag wat het in artikel 5 van Richtlijn 2001/29 beoogde resultaat precies inhoudt⁵². Zonder een eenduidige Europese interpretatie is voor de nationale rechter lastig te toetsen of een veronderstelde lacune (namelijk: dat in geen van beide betrokken landen een billijke vergoeding wordt geïnd) te verenigen is met art. 5 van deze richtlijn.

⁵¹ HvJ EG 6 februari 2003 (C-245/00), NJ 2006, 374 m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 376; HvJ EG 14 juli 2005 (C-192/04), NJ 2006, 467, beide n.a.v. Richtlijn 92/100.

⁵² Er lopen twee procedures over de uitleg van Richtlijn 2001/29: C-5/08 (Infopaq) en C-467/08, maar niet over dit specifieke vraagstuk.

3.33. Vooralsnog – in afwachting van een prejudicieel antwoord - lijkt mij duidelijk dat het in art. 5 van de richtlijn gaat om twee tegengestelde belangen: enerzijds dat van de auteursrechthebbenden, die belang hebben bij een financiële vergoeding indien de nationale wet toestaat dat auteursrechtelijk beschermd werk wordt verveelvoudigd voor privégebruik, en anderzijds het belang van de consument om vrijelijk gebruik te maken van de mogelijkheden tot kopiëren die de hedendaagse techniek hem biedt en, daarachter, het belang van de ondernemingen die aan de consument de daarvoor benodigde apparatuur en informatiedragers willen verkopen. Artikel 5, lid 2 onder b, van de richtlijn beoogt, naar ik vermoed, een evenwicht tussen deze tegengestelde belangen te bereiken. Daarmee is nog niet gezegd waar het beoogde evenwicht precies ligt. In art. 5 lid 5 van de richtlijn is er rekening mee gehouden dat veel lidstaten gebonden zijn aan het bepaalde in art. 9 van de Berner Conventie. De daarin beschreven toets pleegt te worden aangeduid als de ‘drie stappen-toets’⁵³. Indien de rechter in een van de E.U.-lidstaten uit de driestappen-toets enige maatstaf zou willen afleiden voor de beantwoording van de vraag wie in grensoverschrijdende gevallen kan worden aangemerkt als de schuldenaar van de in art. 5, lid 2 onder b, van de richtlijn bedoelde ‘billijke vergoeding’, is een prejudiciële vraagstelling reeds gerechtvaardigd als daarmee kan worden voorkomen dat deze richtlijn bepaling door de lidstaten op verschillende wijzen wordt uitgelegd⁵⁴.

3.34. Meer in het bijzonder gaat mijn belangstelling uit naar het antwoord op de vraag of art. 5 van de richtlijn noopt tot een teleologische interpretatie van de term ‘importeur’ in de nationale wetgeving ter implementatie van deze richtlijn bepaling. Ik bedoel hiermee, dat ter verwezenlijking van het door de richtlijn bepaling beoogde resultaat het woord ‘importeur’ ruimer wordt opgevat dan in zijn gewone taalkundige betekenis. Die ruimere betekenis zou dan moeten worden gezocht in de uiteindelijke bestemming van de desbetreffende cd’s en dvd’s: het land waar de kopieerhandeling door de consument vermoedelijk zal plaatsvinden. Ik tracht dit met een voorbeeld te illustreren. Indien een inwoner van Nederland in een warenhuis in Keulen een blanco cd of dvd koopt en geleverd krijgt, is hij vanaf dat moment feitelijk in staat die cd of dvd als consument te benutten. De verkoper weet niet of de koper de cd of dvd in Duitsland zal

⁵³ Deze toets wordt wel vergeleken met het Amerikaanse recht, waarin ‘fair use’ van een beschermd werk wordt toegestaan. Zie laatstelijk: M.R.F. Senftleben, *Fair use in the Netherlands – a Renaissance?* AMI 2009/1 blz. 1 – 7.

⁵⁴ Het stellen van prejudiciële vragen is in kort geding niet verplicht (HvJ EG 27 oktober 1982, (Morson en Jhanjan/Staat, nrs. 35/82 en 36/82, Jur. 1982, blz. 3723), maar dit neemt niet weg dat de Hoge Raad in kort geding daartoe bevoegd is.

gebruiken voor het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken, dan wel de cd of dvd meeneemt naar Nederland om thuis auteursrechtelijk beschermde werken te kopiëren. In die situatie ligt het niet voor de hand dat de Duitse autoriteiten de verkoop van de cd's of dvd's door het warenhuis beschouwen als export vanuit Duitsland. De heffing van de billijke vergoeding vindt in die situatie plaats in Duitsland volgens de Duitse wetgeving.

3.35. Dit kan anders zijn bij een koop op afstand, waarbij een consument vanuit Nederland rechtstreeks bij een onderneming in Duitsland blanco cd's of dvd's bestelt. In die situatie zou kunnen worden gezegd dat de verkoper weet althans behoort te begrijpen dat de door hem verkochte cd's of dvd's niet in Duitsland, maar in Nederland zullen worden gebruikt om auteursrechtelijk beschermde werken te kopiëren. Die wetenschap is niet *per se* afhankelijk van het antwoord op de vraag of de cd's of dvd's worden afgeleverd in Nederland of in Duitsland, wanneer het transport naar Nederland steeds wordt georganiseerd door de verkoper (ook al vindt het transport volgens de algemene verkoopvoorwaarden formeel in opdracht van de koper plaats). In zo'n situatie is mogelijk dat de goederen door de Duitse autoriteiten worden beschouwd als bestemd voor de export en dat om die reden in Duitsland geen heffing plaatsvindt. Daarmee rijst de vraag of de Nederlandse rechter, ter voorkoming van een lacune in de heffing, het begrip 'importeur' in de Nederlandse wet zo ruim moet uitleggen dat de verkoper in Duitsland wordt beschouwd als de importeur in Nederland, op de grond dat goederen bestemd zijn voor kopieerhandelingen in Nederland.

3.36. Tegen een zo ruime, teleologische uitleg zijn contra-argumenten aan te voeren. In de s.t. namens Opus GmbH is betoogd dat de Stichting altijd de mogelijkheid heeft om de individuele kopers als importeur tot betaling van de billijke vergoeding aan te spreken. Als het aanspreken van individuele kopers voor de Stichting niet efficiënt is, is de "incasso-efficiency" volgens Opus GmbH onvoldoende grond om de verkoper in Duitsland dan maar als de importeur te beschouwen. Een punt van aandacht is voorts dat er landen zijn waar helemaal geen heffing op fabricage of import van blanco cd's en dvd's plaatsvindt omdat in die landen geen gebruik is gemaakt van de in art. 5 van de richtlijn geboden mogelijkheid om kopiëren voor eigen gebruik toe te staan.

3.37. Een eerste prejudiciële vraag zou kunnen luiden: biedt Richtlijn 2001/29, 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' en, zo ja, welke aanknopingspunten?

3.38. Meer toegespitst op de onderhavige casus, zouden de volgende prejudiciële vragen kunnen worden gesteld:

i. Laat art. 5, tweede lid onder b, van Richtlijn 2001/29 de lidstaten vrij ten aanzien van de bepaling wie als schuldenaar de in dit artikellid bedoelde billijke compensatie verschuldigd is indien sprake is van een koop op afstand waarbij de koper in een andere lidstaat is gevestigd dan de verkoper?

ii. Noopt, indien sprake is van een koop op afstand waarbij de koper in een andere lidstaat is gevestigd dan de verkoper, de in art. 5, vijfde lid, van Richtlijn 2001/29 genoemde maatstaf (dat de wettige belangen van de rechthebbende(n) niet onredelijk worden geschaad) 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, tweede lid onder b, bedoelde 'billijke compensatie' is verschuldigd door een bedrijfsmatig handelende schuldenaar?

iii. Maakt bij de beantwoording van de vragen onder i en ii nog verschil, in welk land het voorwerp van de heffing (tot vorming van een fonds waaruit de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde billijke vergoeding wordt voldaan) feitelijk of juridisch aan de consument wordt afgeleverd?

3.39. De behandeling van de klachten, in alinea 3.24 samengevat onder a.2 - a.4 kan blijven rusten tot na de beantwoording van de prejudiciële vragen. Aan de drie stappen-toets, bedoeld in de klacht onder a.3, is het hof niet toegekomen als gevolg van zijn rechtsopvatting dat de richtlijn niet voorziet in de wijze waarop de 'billijke vergoeding' wordt geïnd.

strijd met andere verdragsbepalingen?

3.40. De klacht van onderdeel II onder b houdt in dat het oordeel van het hof in strijd is met art. 9 lid 2 van de Berner Conventie, in ieder geval ten opzichte van de buitenlandse auteursrechthebbenden die mede door de Stichting worden vertegenwoordigd. In het bijzonder zou het hof onvoldoende rekening hebben gehouden met de regel die verveelvoudiging van

auteursrechtelijk beschermd werk voor privégebruik uitsluitend toestaat in bijzondere gevallen, indien daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken en mits de wettige belangen van de betrokken auteurs niet op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad. Op gelijke gronden klaagt het middel over een schending van art. 9 lid 1 TRIPS-verdrag, dat naar art. 9 lid 2 Berner Conventie verwijst, en over een inbreuk op een in art. 1 Eerste Protocol EVRM beschermd vermogensrecht van de auteursrechthebbenden. De toelichting op deze klacht brengt in herinnering dat onder 'eigendom' in die zin van art. 1 Eerste Protocol ook intellectuele eigendomsrechten vallen, zoals het auteursrecht⁵⁵.

3.41. Richtlijn 2001/29 stelt in de preambule onder 44 dat het gebruik van beperkingen en restricties dient te geschieden in overeenstemming met de terzake geldende internationale verplichtingen. Onderdeel II onder b heeft daarom nauwelijks zelfstandige betekenis naast de klachten van onderdeel II onder a. De Stichting heeft vooral belang bij deze klacht indien de cassatierechter met het hof van oordeel zou zijn dat Richtlijn 2001/29 niet voorziet in de wijze waarop de billijke vergoeding moet worden geïnd. De behandeling van onderdeel II onder b kan blijven rusten tot na de beantwoording van de prejudiciële vragen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen over de in alinea's 3.37 en 3.38 aangeduide onderwerpen en tot aanhouding van de zaak.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Langereyen, A-G

⁵⁵ ECRM 4 oktober 1990 (Smith Kline c.s./Nederland), D&R 66, 70; T. Barkhuysen e.a., De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht, preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2005, blz. 57.