

26 november 2010

Eerste Kamer

09/02199

DV/TT

IN NAAM DER KONINGIN

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

STICHTING INTERNATIONAL RIGHTS-COLLECTING
AND DISTRIBUTION AGENCY,
gevestigd te Bloemendaal,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. E. van Staden ten Brink.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als De ThuisKopie en IRDA.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 321402/HA ZA 05-2182 van de rechtbank Amsterdam van 6 december 2006 en 24 oktober 2007;
- b. het arrest in de zaak 106.007.487/01 van het gerechtshof te Amsterdam van 17 februari 2009.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft De ThuisKopie beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

IRDA heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het

bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof.

De advocaat van IRDA heeft op 17 september 2010 schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1 alsmede van de achtergrondinformatie onder 1.2. Een en ander kan als volgt worden samengevat.

3.1.2 De Thuiskopie is krachtens art. 16d Auteurswet (Aw) belast met de innning en verdeling van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 16c Aw en in art. 10 onder e Wet op de naburige rechten (WNR) (hierna: de thuiskopievergoeding). IRDA, die zich bezig houdt met de exploitatie van rechten van uitvoerende kunstenaars, was aanvankelijk door De Thuiskopie erkend als een verdelingsorganisatie als bedoeld in het Repartitiereglement van De Thuiskopie, dat wil zeggen als een organisatie die een van De Thuiskopie ter verdeling onder de rechthebbenden ontvangen totaalbedrag, na aftrek van kosten, verdeelt onder en uitbetaalt aan de individuele rechthebbenden. Op 1 april 2004 heeft De Thuiskopie echter besloten per 1 januari 2002 de

verdeling van de thuishopiegeden onder de rechthebbenden niet langer te laten plaatsvinden via IRDA.

Op 23 juni 2004 hebben partijen een bespreking gehouden. Daarbij heeft De Thuisopie aan IRDA een door de accountant Price Waterhouse Coopers (PWC) opgesteld document overhandigd met de titel "Totaal recapitulatie inzake de financiering van de aan IRDA toekomende gelden" (hierna: de totaalrecapitulatie). Een verslag van deze bespreking heeft IRDA op 12 juli 2004 van De Thuisopie ontvangen. Op 16 augustus 2004 schreef De Thuisopie aan IRDA onder meer dat voor de repartitie van bedragen aan uitvoerenden van vóór 1 januari 2002 de oude afspraken tussen De Thuisopie en IRDA van kracht bleven. Op 7 oktober 2004 schreef De Thuisopie aan IRDA dat haar bestuur geen noodzaak zag af te wijken van "de spreadsheets en eerder genomen besluiten met betrekking tot het verdelen van gelden".

3.2 In dit geding vordert IRDA van De Thuisopie een bedrag van € 1.098.583,71 met rente. IRDA legt hieraan ten grondslag, kort gezegd, dat uit de totaalrecapitulatie blijkt dat De Thuisopie wegens door haar bij derden geïncasseerde thuishopievergoedingen over de periode tot en met 2001 aan IRDA verschuldigd is € 1.566.658,42, welk bedrag moet worden verminderd met

€ 468.074,29 die De Thuiskopie in juli 2004 aan IRDA heeft voldaan ten behoeve van International Rights Bureau B.V. De Thuiskopie betwist enig bedrag aan IRDA verschuldigd te zijn. Het bedrag genoemd in de totaalreCAPitulatIE dient volgens haar te worden verlaagd op grond van een aantal bijstellingen en De Thuiskopie heeft € 985.560,-- te veel aan IRDA betaald, welk bedrag zij in reconventie van IRDA terugvordert.

3.3 De rechtbank heeft, na een tussenvonnIS met enige bewijsinstructies, bij eindvonnIS de vordering van IRDA in conventie tot een bedrag van € 1.098.583,71 toegewezen en de reconventionele vordering van De Thuiskopie afgewezen. Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd.

3.4.1 Het hof heeft geoordeeld dat partijen tijdens de bespreking op 23 juni 2004 met betrekking tot het bedrag waarop IRDA als verdelingsorganisatie jegens De Thuiskopie nog recht heeft, een vaststellings-overeenkomst hebben gesloten en dat op grond hiervan de vordering van IRDA tot veroordeling van De Thuiskopie tot betaling van een bedrag van € 1.098.583,71 "onvoorwaardelijk" kon worden toegewezen.

3.4.2 Daartoe heeft het hof het volgende overwogen:

"3.14 Op 23 juni 2004 heeft tussen partijen een bespreking plaatsgevonden. Van deze bespreking is door ThuisKopie een verslag opgemaakt dat bij brief van 12 juli 2004 aan Irda is toegezonden.

Tijdens die bespreking is aan Irda door ThuisKopie het document totaalreCAPITULATIE 23 juni 2004 overhandigd. Dit document houdt in dat op 30 juni 2004 aan Irda toekomt een bedrag van € 1.566.658,42.

Het verslag van deze bespreking houdt onder meer in: '(...) Samenvattend stelt ThuisKopie dat Irda nog recht heeft op € 1.566.658,42. Irda geeft aan dat het afhangt van de beantwoording van de vragen door Irda gesteld in de door Mr Bunders op 4 mei jl. gestuurde brieven of zij akkoord kan gaan met de samenstelling van deze bedragen. Puntsgewijs worden deze vragen aan de orde gesteld. De beantwoording is verwoord in de als bijlage bij dit verslag gevoegde brief van mw Wijminga d.d. 23 juni 2004'.

3.15 Door ThuisKopie is in dit verband geen enkel voorbehoud gemaakt met betrekking tot de 'volledige kostenverantwoording tot en met 31 december 2003' zoals als voorwaarde opgenomen in het besluit van 1 april 2004 terwijl in het verslag van de bespreking van 23 juni 2004 aan deze stelling van ThuisKopie de mededeling van dhr Bruin van PWC vooraf gaat dat de jaarrekening van 2003 van IRDA eind juni, begin juli pas gereed zal zijn.

Met andere woorden: op het moment dat ThuisKopie stelde dat IRDA nog een bedrag van € 1.566.658,42 van haar tegoed had, wist ThuisKopie dat IRDA nog geen volledige kostenverantwoording tot en met 31 december 2003 had afgelegd. Nu ThuisKopie zonder enig voorbehoud te maken heeft erkend dat IRDA nog recht had op genoemd bedrag en aangenomen moet worden, gelet op de hoofdvordering van IRDA in dit geding, en het feit dat gesteld noch gebleken is dat de beantwoording van de namens IRDA door haar raadsman mr. M. Bunders, in zijn brieven van 4 mei 2004 gestelde vragen welke vragen blijkens het verslag van de bespreking van 23 juni 2004 op die vergadering puntsgewijs zijn besproken, voor IRDA onbevredigend was - IRDA had immers haar instemming met de door ThuisKopie genoemde bedragen afhankelijk gemaakt van de beantwoording van de door haar raadsman bij brieven van 4 mei 2004 gestelde vragen -, moet ervan worden uitgegaan dat

partijen het bedrag waarop IRDA ingevolge haar aanwijzing bij besluit van 1 november 2000 als verdelingsorganisatie nog recht heeft, hebben vastgesteld op € 1.566.658,42.

3.16 Door met IRDA deze vaststellingsovereenkomst te sluiten kan ThuisKopie zich er niet meer met vrucht op beroepen dat IRDA geen volledige kostenverantwoording tot en met 31 december 2003 heeft afgelegd."

3.5 Onderdeel B1 van het middel betoogt dat het hof met zijn oordeel dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten en dat De ThuisKopie zich daarom niet meer met vrucht erop kan beroepen dat IRDA geen volledige kostenverantwoording tot en met 31 december 2003 heeft afgelegd, buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en/of blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien in het debat tussen partijen in de beide feitelijke instanties nooit aan de orde is geweest of partijen een vaststellings-overeenkomst hebben gesloten danwel een afspraak hebben gemaakt dat De ThuisKopie het bedrag genoemd in de totaalreCAPITULATIE aan IRDA verschuldigd zou zijn ook voorzover dit van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken, een en ander als bedoeld in art. 7:900 BW. Onderdeel B3 betoogt dat het hof met zijn oordeel een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven. De onderdelen B2 en B4 bevatten elk de klacht dat het oordeel van het hof in het licht van de in die onderdelen

genoemde passages in de gedingstukken onbegrijpelijk is, althans onvoldoende gemotiveerd.

3.6 In cassatie staat niet ter discussie dat het hof in rov. 3.16 heeft geoordeeld dat sprake is van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW. In beginsel stond geen regel van procesrecht eraan in de weg dat het hof - ervan uitgaande dat partijen een overeenkomst hebben gesloten waarbij zij het bedrag waarop IRDA als verdelingsorganisatie jegens De Thuis kopie nog recht heeft, hebben vastgesteld op het in de totaalreCAPitulatIE genoemde bedrag - die overeenkomst zelfstandig als een zodanige vaststellingsovereenkomst heeft gekwalificeerd, nu het debat tussen partijen zulks niet uitsloot. In zoverre en anders dan de onderdelen B1 en B3 betogen, is het hof dus met die kwalificatie niet buiten de rechtsstrijd in hoger beroep getreden en heeft het evenmin een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven.

3.7 Echter, het oordeel van het hof dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten met als gevolg dat de vordering van IRDA (tot het door het hof genoemde bedrag) "onvoorwaardelijk", waarmee het hof kennelijk bedoelt: zonder verdere correcties of aanpassingen,

toewijsbaar was, houdt, naar onderdeel B2 terecht aanvoert, geen stand indien juist zijn de in dat onderdeel genoemde, in de feitelijke instanties door De Thuis kopie aangevoerde stellingen

- dat er naderhand bijstellingen zijn gedaan in de berekening van de totaalreCAPITULATIE;
- dat de totaalreCAPITULATIE niet meer dan een momentopname beoogde te zijn. Dit moet in cassatie tot uitgangspunt worden genomen nu het hof in het bestreden arrest geen blijk ervan geeft die stellingen te hebben onderzocht zodat moet worden aangenomen dat het hof dat heeft nagelaten. Het onderdeel slaagt dus, zodat het bestreden arrest niet in stand kan blijven.

3.8 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling. De in de onderdelen A en C aan de orde gestelde stelling van De Thuis kopie, te weten, kort samengevat, dat IRDA geen recht heeft op enige betaling omdat alle voor de desbetreffende jaren voor uitkering aan de rechthebbenden beschikbare bedragen door De Thuis kopie via Norma en SENA aan de rechthebbenden zijn uitbetaald en IRDA de haar toekomstige kostenvergoeding reeds heeft ontvangen, is weliswaar door het hof verworpen op grond van zijn oordeel dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, maar nu

dit oordeel geen stand houdt, dient die stelling na verwijzing opnieuw te worden onderzocht.

Eveneens kan na verwijzing opnieuw aan de orde komen de in onderdeel B4 aangeroeerde kwestie of De Thuiskopie zich erop kan beroepen dat IRDA nog geen volledige kostenverantwoording tot en met 31 december 2003 heeft gegeven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 17 februari 2009;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt IRDA in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van De Thuiskopie begroot op € 6.327,43 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A. Hammerstein, F.B. Bakels, W.D.H. Asser en C.E. Drion, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 26 november 2010.

Uitgegeven voor grosse, door mij Griffier van de
Hoge Raad der Nederlanden, op 28 NOV. 2010
ten behoeve van 2.532,43 tot 2003-2004.