

0703813256

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.018.226/01

Rolnummer rechtbank : 05-2233

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 15 november 2010

inzake

1. **ACT ADAM B.V.**,
gevestigd te Maastricht,
2. **ADVANCED OPTICAL DISC HOLLAND B.V.**,
gevestigd te Utrecht,
3. **ALPHA INTERNATIONAL B.V.**,
gevestigd te Lent,
4. **AVC NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Haarlemmermeer,
5. **DAZY DIRECT B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
6. **DESPEC B.V.**,
gevestigd te Sneek,
7. **DEXXON DATA MEDIA AND STORAGE B.V.**,
gevestigd te Bodengraven,
8. **FREDERIK JOHANNES DRIESSEN**, handelend onder de naam **DRIESSEN TRADING**,
wonende te Pijnacker,
9. de rechtspersoon naar vreemd recht **EMTEC CONSUMER MEDIA BENELUX N.V.-S.A.**,
gevestigd te Andelst, België,
10. **EUROGRAM INTERNATIONAL B.V.**,
gevestigd te Heerhugowaard,
11. de rechtspersoon naar vreemd recht **FUJI MAGNETICS NEDERLAND**,
gevestigd te Kleve, Duitsland,
12. **IMATION EUROPE B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
13. **MAXELL BENELUX B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
14. **MMORE INTERNATIONAL B.V.**,
gevestigd te Diemen,
15. **NASHUA MEDIA PRODUCTS B.V.**,
gevestigd te Almere,
16. **PHILIPS CONSUMER ELECTRONICS B.V.**,
gevestigd te Eindhoven,
17. **RIMAFRA B.V.**,
gevestigd te Hillegom,
18. de rechtspersoon naar vreemd recht **SKY MEDIA MANUFACTURING S.A.**,

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

2

-
19. gevestigd te Yvonand, Zwitserland,
SONY BENELUX B.V.,
gevestigd te Badhoevedorp,
20. de rechtspersoon naar vreemd recht **VERBATIM GmbH**,
gevestigd te Eschborn, Duitsland,
appellanten, geïntimeerden in het incidenteel appel,
hierna te noemen: **ACI c.s.**,
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

1. de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde, appellante in het incidenteel appel,
hierna te noemen: **Thuiskopie**,
advocaat: mr. H. Ferment te 's-Gravenhage,
2. de stichting **STICHTING ONDERHANDELINGEN THUISKOPIE**.
gevestigd te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: **SONT**,
advocaat: mr. E. Grabandt te 's-Gravenhage.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 22 september 2008 zijn ACI c.s. in hoger beroep gekomen van het vonnis van rechtbank 's-Gravenhage van 25 juni 2008, gewezen tussen ACI c.s. als eisers en Thuiskopie en SONT als gedaagden. Bij 'Memorie van grieven tevens houdende akte vermeerdering van eis' (MvG) hebben ACI c.s. drie grieven tegen dat vonnis aangevoerd. In de door haar genomen memorie van antwoord (MvA) heeft SONT zich gerefereerd aan het oordeel van het hof. Door Thuiskopie is een 'Memorie van Antwoord tevens antwoord akte wijziging eis en Memorie van Grieven in incidenteel appel' (MvA/MvG-inc) genomen, waarbij zij de door ACI c.s. aangevoerde grieven heeft bestreden en zelf een voorwaardelijke en twee onvoorwaardelijke grieven tegen genoemd vonnis heeft geformuleerd. Hierna hebben ACI c.s. een memorie van antwoord in incidenteel appel (MvA-inc) genomen.

Ter zitting van 1 juli 2010 hebben partijen hun standpunten doen bepleiten, ACI c.s. door mr D.J.G. Visser en mr A.M.C. Alkema, advocaten te Amsterdam, Thuiskopie door mr E.A.P. Engels, advocaat te Amsterdam en SONT door mr E.P.A. Keyzer, advocaat te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnotities die zich bij de stukken bevinden. Ten pleidooie hebben ACI c.s. nog een 'Akte houdende suggestie prejudiciële vragen en wijzigingen appellanten', met producties, genomen. Thuiskopie heeft bij die gelegenheid nog overgelegd een kamerstuk houdende een brief van de Werkgroep Auteursrechtbeleid en een 'Reactie Kabinetsstandpunt Rapport Gerken's'. Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

I. De feiten en het geschil

- 1.1. Het gaat in dit geding om het volgende.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

3

- a. Op grond van artikel 1 Auteurswet (Aw) is, behoudens beperkingen bij de wet gesteld, de maker van een werk als enige bevoegd om zijn werk te verveelvoudigen (waaronder reproduceren of kopiëren). Dit recht van de auteur wordt hierna aangeduid als: het reproductierecht. Samen met het uitsluitende recht van de maker om zijn werk openbaar te maken (het openbaarmakingsrecht) vormt het reproductierecht het auteursrecht. Een van de bij de wet gestelde beperkingen op het reproductierecht is neergelegd in artikel 16c Aw, dat ook wel wordt aangeduid als de 'Thuiskopieregeling'. De leden 1 en 2 van artikel 16c Aw luiden als volgt.

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk (...) 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.

Artikel 16c Aw brengt met zich dat een privé-persoon die voor eigen gebruik muziek op bijvoorbeeld een CD-R (het 'voorwerp' uit lid 1) kopieert, geen inbreuk maakt op het auteursrecht – meer in het bijzonder het reproductierecht – van de maker van het desbetreffende muziekwerk, zij het dat voor dat kopiëren wel een billijke vergoeding ('thuiskopievergoeding') is verschuldigd. Het hof zal hierna in verband met artikel 16c Aw ook spreken over de 'elektronische privé-kopie', ter onderscheiding van de 'papieren privé-kopie', waarvoor in artikel 16b (lid 1) Aw een beperking op het reproductierecht van de auteur is opgenomen.

- b. Eisers zijn importeurs en/of fabrikanten van 'de voorwerpen' als bedoeld in lid 2 van artikel 16c Aw. Die voorwerpen zijn 'lege' (blanco) informatiedragers, zoals CD-R's.
- c. De thuiskopievergoeding moet door de fabrikanten of importeurs worden betaald aan Thuiskopie, die door de minister is aangewezen als de met inning en verdeling daarvan belaste rechtspersoon (artikel 16d Aw).
- d. SONT is een door de minister aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt (artikel 16e Aw). In het bestuur van SONT, dat uit zeven personen bestaat, is Thuiskopie met drie personen vertegenwoordigd en worden drie personen (indirect) benoemd door de Stichting Overlegorgaan Blanco Informatiedragers (STOBI). De minister benoemt een onafhankelijke voorzitter. Artikel 11 van de statuten van SONT luidt.

Indien naar het oordeel van de voorzitter de reeds gedane voorstellen terzake van de hoogte van de vergoeding en/of de werkingssfeer ervan zover uit elkaar liggen, dat bij hem de indruk is

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

4

ontstaan dat er geen voorstel meer zal worden gedaan dat alsnog tot een bestuursbesluit zal leiden, is hij bevoegd een termijn te bepalen binnen welke het bestuur het desbetreffende besluit zal dient te hebben genomen, bij gebreke waarvan de voorzitter bevoegd is om met uitsluiting van de overige bestuursleden, een het gehele bestuur bindend besluit te nemen tot vaststelling van de hoogte van de vergoeding en/of ter bepaling van de werkingsduur van dat besluit.

- e. Omdat binnen het bestuur van SONT telkens geen overeenstemming kon worden bereikt, is de laatste jaren de hoogte van de thuishkopievergoeding vrijwel steeds vastgesteld bij besluit van de voorzitter van SONT. Dit is onder meer gebeurd bij besluit van 30 november 2004.
- 1.2 Onder de in rov. 1.1 onder e. geschetste omstandigheden achten ACI c.s. het van belang dat duidelijkheid wordt verkregen over de randvoorwaarden en criteria die gelden voor het vaststellen van de hoogte van de thuishkopievergoeding en dat die vergoeding voortaan met inachtneming van de in hun visie juiste randvoorwaarden en criteria wordt vastgesteld. Zij hebben daarom een daartoe strekkende verklaring voor recht, bestaande uit de onderdelen I sub A t/m P en II, gevorderd. De rechtbank heeft alleen de verklaring ten aanzien van onderdeel I sub I – inhoudende dat bij de bepaling van de thuishkopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven – uitgesproken, en voor het overige de vorderingen van ACI c.s., deels wegens het ontbreken van belang, afgewezen.
- 1.3 ACI c.s. zijn in hoger beroep gekomen tegen de afwijzing van de onderdelen I sub G, K, N en O van haar vordering. Zij hebben in hoger beroep gevorderd vernietiging van het vonnis van de rechtbank voorzover ten aanzien van deze onderdelen gewezen, en alsnog toewijzing van deze vordering en van de vorderingen die zij in hoger beroep bij wege van vermeerdering van eis hebben ingesteld. Door ACI c.s. is in hoger beroep geconcludeerd dat het hof verklaart voor recht dat:
- I. de in artikel 16c Aw bedoelde billijke vergoeding uitsluitend is bedoeld om het nadeel dat de rechthebbenden ondervinden van de reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van artikel 16c Aw vallen, te compenseren.
- II. bij de bepaling van de hoogte van de thuishkopievergoeding:
- A. geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron (het oorspronkelijke onderdeel I sub G);
- B. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende primair nihil of minimaal, subsidiar nihil is (deel van het oorspronkelijke onderdeel I sub K);
- C. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen voor “time-shifting-purposes” en “porting” (een ander deel van het oorspronkelijke onderdeel I sub K);
- D. wel rekening dient te worden gehouden met de dreigende wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing (het oorspronkelijke onderdeel I sub N);
- E. wel rekening dient te worden gehouden met de hoogte van de

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

5

kopieervergoeding in andere lidstaten (het oorspronkelijke onderdeel I sub O);

- III. technische beveiligingsvoorzieningen die thuishopiëren kunnen voorkomen alsmede DRM-technologieën beschikbaar zijn (een gewijzigde versie van het oorspronkelijke onderdelen I sub L en M), met veroordeling van ThuisKopie en SONT in de kosten van beide instanties.
- 1.4 In het incidenteel appel heeft ThuisKopie drie grieven, waaronder een voorwaardelijke grief, geformuleerd. De voorwaardelijke grief I houdt verband met het zojuist met II.A aangeduide vordering-onderdeel van ACI c.s. Met grief II komt ThuisKopie op tegen de toewijzing van onderdeel I sub I van de oorspronkelijke vordering van ACI c.s. Grief III van ThuisKopie richt zich tegen de beslissing van de rechtbank om een bepaald punt in het midden te laten.
- 1.5 SONT heeft zich in hoger beroep gerefereerd aan het oordeel van het hof, met dien verstande dat zij wel enige kanttekeningen heeft geplaatst.
- 1.6 Onder 39 van hun 'akte houdende suggestie prejudiciële vragen en wijziging appellanten' hebben ACI c.s. laten weten dat de appellanten sub 2, 8, 9, 10, 14, 17 en 18 'zijn afgevallen omdat de desbetreffende ondernemingen failliet zijn gegaan'. Ten pleidooie heeft de raadsman van ACI c.s. desgevraagd verklaard dat hij niet meer opkomt voor de failliete ondernemingen. De raadsman van ThuisKopie heeft daarop – afstand doend van een deel van het gestelde op blz. 20 van zijn pleitnota – naar voren gebracht dat er van uitgegaan kan worden dat genoemde appellanten inderdaad failliet zijn en dat hem dit 'niets uitmaakt'. Het hof begrijpt hieruit dat ThuisKopie geen verzoek tot schorsing van het geding tegen genoemde appellanten heeft ingediend of wenst in te dienen, en dat haar ook verder geen acties naar aanleiding van de failliet-verklaringen voor ogen staan. Ingevolge artikel 27 van de Faillissementswet wordt het geding tegen de gefailleerde appellanten derhalve voortgezet buiten bezwaar van de boedels.

2. EU-rechtelijk kader

- 2.1 In deze zaak is een belangrijke rol weggelegd voor regels van EU-recht, meer in het bijzonder de regels uit Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de Auteursrechtlijn, hierna kortweg: ARI).

De Auteursrechtlijn (ARI)

- 2.2 In artikel 2 ARI is het reproductierecht van de auteur vastgelegd, in artikel 3 daarvan diens recht tot mededeling en beschikbaarstelling van het werk aan het publiek (dit is globaal wat in Nederland het openbaarmakingsrecht wordt genoemd en hierna ook met die kortere term zal worden aangeduid). In artikel 5 ARI is voorzien in een aantal beperkingen op deze rechten. Lid 2 van artikel 5 ARI bevat beperkingen op alleen het reproductierecht. De Europeesrechtelijke ThuisKopieregeling is neergelegd in artikel 5, lid 2, aanhef en sub b ARI, dat als volgt luidt:

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

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

6

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 ('fair compensation') 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'.

Het hof zal hierna spreken over 'billijke vergoeding' of 'thuiskopievergoeding' wanneer het dat begrip uit artikel 16c Aw op het oog heeft. De vergoeding die op grond van artikel 5 ARI is verschuldigd zal hierna worden aangeduid als 'fair compensation'. Wanneer naar beide begrippen wordt verwezen, wordt dat aangegeven als: 'fair compensation'/billijke vergoeding.

- 2.3 In lid 5 van artikel 5 ARI worden algemene grenzen gesteld aan de mogelijkheid van het opnemen van de in de daaraan voorafgaande leden genoemde beperkingen (de Romeinse cijfers zijn aangebracht door het hof):

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

De door artikel 5 lid 5 ARI geveerde toets wordt wel de 'drie-stappen-toets' genoemd.

- 2.4 De Nederlandse Thuiskopieregeling van artikel 16c Aw bestond al voor de totstandkoming van de ARI. In verband met de implementatie van deze richtlijn is artikel 16 Aw gewijzigd bij Wet van 6 juli 2004 (Stb. 2004, 336) tot aanpassing van de Auteurswet 1912 ter uitvoering van de ARI (hierna: 'de Aanpassingswet 2004').

De werking van richtlijnen in het Nederlandse recht

- 2.5 Een richtlijn is gericht tot de lidstaten die de daarin gegeven regeling binnen een bepaalde termijn in hun wetgeving moeten implementeren. Wanneer een lidstaat heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan, dan kunnen particulieren – in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn – zich voor de nationale rechter op die bepalingen beroepen tegenover de staat. Dit is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG), zie onder meer punt 103 van zijn arrest van 5 oktober 2004 in de zaak 'Pfeiffer' (gevoegde zaken C-397/01 tot C-403/01)
- 2.6 Onder 'staat' zijn te rekenen organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan of die over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikken dan die welke voortvloeien uit de regels die in betrekkingen tussen particulieren gelden (zie onder meer het arrest van het HvJEG van 12 juli 1990 inzake 'Foster', zaak C-188/89).
- 2.7 Thuiskopie is weliswaar op grond van de wet belast met het innen en de repartitie van de thuiskopievergoeding, maar daarbij is zij een ('representatieve', zie artikel 16d Aw) rechtspersoon die de rechthebbenden vertegenwoordigt. In de toelichting op

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

7

het besluit van 19 maart 1991, waarbij SONT werd aangewezen als stichting 'belast met de vaststelling van de hoogte van artikel 16c van de Auteurswet bedoelde vergoeding' is opgemerkt dat deze vaststelling 'niet van overheidswege (geschiedt)', maar door deze stichting. Het bestuur van SONT wordt grotendeels gevormd door leden van ThuisKopie en door leden van de belangenorganisatie STOB1. Deze bestuursleden oefenen volgens de statuten van SONT hun functie uit met last en ruggespraak. Deze zes van belangen-organisaties afkomstige bestuursleden hebben binnen SONT de ruime meerderheid. Zoals blijkt uit onder meer de opmerkingen van de minister op blz. 4 van de nota van toelichting op het Besluit van 17 februari 2007, houdende aanwijzing van voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (Productie 30 bij MvG), is SONT een 'platform van zelfregulering', bij wie het primaat bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding blijft. Een billijke vergoeding voor het gebruik van cens anders goed is een niet ongebruikelijke privaatrechtelijke rechtsfiguur en evenmin is het in het privaatrecht ongebruikelijk dat een derde met de vaststelling van zo'n vergoeding wordt belast. Gelet hierop is, gemeten aan de onder 2.6 genoemde criteria, noch ThuisKopie noch SONT te beschouwen als 'staat'. Het onderhavige geschil is dus een geschil tussen uitsluitend particulieren.

- 2.8 Het is vaste rechtspraak van het HvJEG dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegen een particulier kan worden ingeroepen. Hieruit volgt – zo heeft het HvJEG nog bevestigd in punt 109 van het al eerder genoemde 'Pfeiffer'-arrest – dat een bepaling van een richtlijn die tot doel heeft particulieren rechten te verlenen of hun verplichtingen op te leggen, niet als zodanig kan worden toegepast in gedingen tussen uitsluitend particulieren.
- 2.9 Dit neemt niet weg dat een richtlijn in een geschil tussen uitsluitend particulieren betekenis heeft. Het hof citeert de volgende overwegingen uit het 'Pfeiffer'-arrest van het HvJEG:
- 113. De nationale rechter moet (...) bij de toepassing van het nationale recht, en met name bij een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn (...).*
- 114. Het vereiste van een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht is inherent aan het systeem van het verdrag aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren bij de beslechting van het bij hem aanhangige geschil.*
- 2.10 Bij het voorgaande past nog de kanttekening dat richtlijnconforme interpretatie alleen aan de orde kan zijn bij de geharmoniseerde onderdelen van een richtlijn, dat zijn de onderdelen die de lidstaten in hun wetgeving moeten opnemen. Daarnaast bevatten richtlijnen dikwijls ook niet geharmoniseerde onderdelen door, bijvoorbeeld, de lidstaten, binnen bepaalde randvoorwaarden, de keuze te laten uit verschillende alternatieven of hen vrij te laten in de nadere invulling of uitwerking van een geharmoniseerde regel. Dan is sprake van minimumharmonisatie. De niet-geharmoniseerde onderdelen kunnen, vanwege de vrijheid die de lidstaten daarbij toekomt, geen basis vormen voor richtlijnconforme interpretatie.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

8

Grenzen aan richtlijnconforme interpretatie

- 2.11 Uit de woorden 'zoveel mogelijk' in rov. 113 van het 'Pfeiffer'-arrest blijkt enerzijds dat een civiele rechter alle hem ten dienste staande middelen moet benutten om het nationale recht overeenkomstig een richtlijn uit leggen, doch anderzijds dat van hem niet het onmogelijke kan worden gevraagd. Er zijn dus grenzen aan het gebod tot richtlijnconforme interpretatie. Het HvJEG heeft zich over deze grenzen alleen nog maar uitgesproken in een strafrechtelijke context, en kwam in die context tot het oordeel dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie zijn begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel (HvJEG 7 januari 2004 inzake 'Rolex', zaak C-60/02), en dat het beginsel tot richtlijnconforme uitleg niet als grondslag kan dienen voor een uitlegging 'contra legem' van het nationale recht (HvJEG 16 juni 2005 inzake 'Pupino', zaak C-105/03). Over de grenzen van richtlijnconforme interpretatie in een civielrechtelijke context zijn wel uitspraken gedaan door de Hoge Raad (HR), onder meer in zijn arresten van 25 oktober 1996 in de zaak 'Pink Floyd/Rigu Sound' (NJ 1997, 649) en van 20 oktober 1995 in de zaak 'Van Asseldonk/Ter Schure' (NJ 1996, 330). Daarin is, kort gezegd, beslist dat de bewoordingen van de nationale bepaling in samenhang bezien met de totstandkomingsgeschiedenis daarvan met zich kunnen brengen dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, met name wanneer ook het rechtszekerheidsbeginsel zich daartegen verzet. Verder is te wijzen op i) het arrest van de belastingkamer van de HR van 10 augustus 2007 (LJN: AZ3758) waaruit is af te leiden dat niet snel mag worden aangenomen dat de grenzen van richtlijnconforme interpretatie zijn bereikt, en op ii) punt 112 van het reeds aangehaalde 'Pfeiffer'-arrest van HvJEG, inhoudende dat de nationale rechter er van uit moet gaan 'dat de lidstaat, wanneer hij eenmaal gebruik heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen', waarin ligt besloten dat een nationale bepaling die gezien de totstandkomingsgeschiedenis redelijkerwijs zo kan worden uitgelegd dat zij in overeenstemming is met de richtlijn, ook dienovereenkomstig moet worden uitgelegd. Het hof komt op grond van dit een en ander tot de conclusie dat in een civielrechtelijke context alleen dan van richtlijnconforme interpretatie geen sprake kan zijn wanneer de inhoudelijke afstand tussen de nationale bepaling en de richtlijnbeepaling zo groot is dat deze redelijkerwijs niet meer door uitleg kan worden overbrugd (zie ook M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Kluwer 2001, blz. 187, voorlaatste alinea).
- 2.12 In dit geding is geen beroep gedaan op de grenzen van richtlijnconforme interpretatie. Het gaat hier evenwel om een rechtsgrond die de rechter op de voet van artikel 25 Rv ambtshalve heeft aan te vullen. Hiermee kunnen partijen rekening houden (zie rov. 3.3 van het arrest van de HR van 20 januari 2010, LJN: BK3066). Niettemin heeft het hof bij pleidooi van 1 juli 2010, in verband met de kwestie van het kopiëren uit illegale bron, het leerstuk van de grenzen van de richtlijnconforme interpretatie ter sprake gebracht en partijen vervolgens in de gelegenheid gesteld om zich hierover, en over de mogelijke consequenties daarvan voor die kwestie, uit te laten. Van die gelegenheid hebben zij geen gebruik gemaakt.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

9

Prejudiciële vragen

2.13 Bij onduidelijkheden over de wijze waarop de ARI moet worden uitgelegd kan het hof prejudiciële vragen stellen aan het HvJEG. In haar 'akte houdende suggestie prejudiciële vragen en wijziging appellanten' hebben ACI c.s. voorstellen voor zulke vragen geformuleerd met betrekking tot de geschillen over:

- het kopiëren uit illegale bron (de voorgestelde vragen 1, 1.a en 1.b);
- de technische voorzieningen (de voorgestelde vragen 2, 2.a en 2.b);
- de impliciete of expliciete toestemming (de voorgestelde vraag 3);
- 'time-shifting'/'porting' (voorgestelde vraag 4).

Ten pleidooie heeft Thuiskopie te kennen gegeven (deze) prejudiciële vragen niet nodig te achten en, subsidiair voor de vragen 1, 1.a en 1.b een tegenvoorstel gedaan. Waar dat aan de orde is, zal hierna tevens worden stilgestaan bij de voorstellen van ACI c.s. tot het stellen van prejudiciële vragen. Daarbij wordt opgemerkt dat het hof niet tot het stellen van prejudiciële vragen is verplicht en dat, afgezien hiervan, daarvoor geen plaats wanneer duidelijk is hoe de ARI op het desbetreffende punt moet worden uitgelegd ('*acte clair*' of '*acte éclairé*'), en evenmin wanneer het antwoord op de desbetreffende vraag niet van belang is voor de door het hof te nemen beslissing.

3. De verdere beoordeling: inleidende opmerkingen

3.1 Het hof acht het nuttig om eerst enkele beschouwingen te wijden aan het karakter van de 'fair compensation'/thuiskopievergoeding en de daarbij gehanteerde heffingssystematiek. Daarbij dient te worden voorop gesteld dat het HvJEG in zijn – na de pleidooien in de onderhavige zaak geweest – arrest van 21 oktober 2010 inzake 'Padawan/SGAE' (zaak C-467/08) heeft geoordeeld dat 'fair compensation' een geharmoniseerd begrip is dat in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd en dat de lidstaten alleen de bevoegdheid hebben om – binnen de door het Unierecht en de ARI gestelde grenzen – zelf de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van de 'fair compensation' te bepalen (zie de punten 36 en 37 van dat arrest), dit alles tegen de achtergrond dat de lidstaten vrij zijn om de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI al dan niet in hun wetgeving op te nemen.

3.2 Uit de tekst van artikel 5 lid 2 sub b ARI, met name het woord '*mits*', in samenhang gezien met de 3^e zin van overweging 35 van de considerans op die richtlijn, luidende (onderstreping door het hof):

'een zinvol criterium (zou) worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbende als resultaat van de betreffende handeling',

blijkt dat de 'fair compensation' is bedoeld ter compensatie van het nadeel dat de rechthebbende lijdt als gevolg van het feit dat hij zijn auteursrecht niet kan uitoefenen met betrekking tot handelingen die in dat artikel zijn genoemd. De thuiskopievergoeding van artikel 16c lid 2 Aw is blijkens dat artikellid alleen verschuldigd voor de in lid 1 van dat artikel genoemde reproductiehandelingen. De in lid 1 genoemde reproductiehandelingen leveren op grond van het in dit artikellid bepaalde geen auteursrechtinbreuk op. Hiervan volgt dat ook de thuiskopievergoeding alleen bedoeld is als compensatie voor het feit dat de reproductiehandelingen van lid 1 niet als auteursrechtinbreuk worden aangemerkt. Dit is ook benadrukt in de MvT op de Aanpassingswet 2004 waar staat vermeld dat:

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

10

-
- (...) een zekere compensatie wordt toegekend in verband met het regelen van een beperking (TK, 2001-2002, 28 482, nr. 3, blz. 20);
 - [d]e compensatie die slechts berekend kan worden over de reproducties die met inachtneming van de voorwaarden van artikel 16c, eerste lid, zijn gemaakt (en derhalve niet geldt voor reproducties die niet binnen het bereik van het eerste lid vallen) (...). (TK, 2001-2002, 28 482, nr 3, blz. 46).

Onder zowel de ARI als de Aw geldt dus dat de 'fair compensation'/billijke vergoeding niet verschuldigd is voor reproductiehandelingen die buiten het toepassingsgebied van artikel 5 lid 2 sub b ARI/artikel 16c lid 1 Aw vallen. Voor zulke handelingen behoudt de auteursrechthebbende zijn verbodsrecht van artikel 2 ARI c.q. de artikelen 1 en 13 Aw.

- 3.3 De ARI schrijft (zie ook rov. 3.1) niet een bepaald systeem van heffing van de 'fair compensation' voor. In Nederland is gekozen voor een systeem dat er op neerkomt dat de thuiskopievergoeding wordt betaald door de fabrikanten of importeurs van de voorwerpen als bedoeld in artikel 16c lid 1 Aw die tevens zijn aangewezen krachtens lid 4 van dit artikel (zoals bijvoorbeeld CD-Rs), en wel in de vorm van een heffing op de voorwerpen die door hen worden gefabriceerd of geïmporteerd. Onder 3.2 is vastgesteld dat voor reproductiehandelingen die buiten de reikwijdte van artikel 5 lid 2 sub b ARI/artikel 16c lid 1 Aw vallen geen thuiskopievergoeding is verschuldigd. Maar wanneer zulke reproductiehandelingen plaatsvinden op voorwerpen die zijn onderworpen aan voornoemde heffing – zoals bijvoorbeeld het geval is bij het kopiëren op een CD-R – dan wordt daarvoor wel thuiskopievergoeding betaald. Aldus bezien gaat het om een 'globaal' – want niet specifiek op de relevante kopieerhandeling gericht – heffingssysteem.
- 3.4 Uit de stellingen van Thuiskopie in onder meer punt 5.3 MvG en 2.2 van haar pleitnota in hoger beroep valt, althans lijkt, op te maken dat zij van mening is dat het globale karakter van het heffingssysteem niet alleen inhoudt dat er in voorkomende gevallen 'de facto' ook wordt betaald voor kopieerhandelingen die niet door artikel 16c lid Aw worden bestreken, maar tevens dat (in ieder geval: ernstig) nadeel dat wordt veroorzaakt door kopieerhandelingen die buiten het toepassingsgebied van artikel 16c lid 1 Aw vallen, moet worden meegeteld bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding. Deze mening is echter niet juist zoals blijkt uit de zojuist geciteerde passages uit de considerans van de ARI en de MvT op de Aanpassingswet 2004. Het Nederlandse heffingssysteem is wel globaal maar ook weer niet zo globaal.
- 3.5 Het hof zal nu de (deels gewijzigde) vorderingen van ACI c.s., voor zover in hoger beroep nog aan de orde, (opnieuw) beoordelen op basis van de grieven in het principaal en het incidenteel appel, zulks in de volgorde die hem het meest wenselijk voorkomt.

4. Vordering I van ACI c.s.: nadeel

Inleiding

- 4.1 Vordering I is door ACI c.s. in hoger beroep voor het eerst, bij wege van vermeerdering van eis, ingesteld.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

11

4.2 Partijen zijn het erover eens dat – zoals ook uit de hierna te citeren overweging 35 van de considerans van de ARI blijkt – ‘nadeel’ een bij de vaststelling van de hoogte van de ‘fair compensation’/billijke vergoeding in aanmerking te nemen criterium is. Zij verschillen echter van mening op de volgende twee punten:

- wat moet onder ‘nadeel’ worden verstaan?
- is ‘nadeel’ het enige in aanmerking te nemen criterium?

Alvorens deze geschilpunten te beoordelen, zullen enige inleidende opmerkingen over de in dit verband relevante overwegingen van de considerans van de ARI worden gemaakt.

4.3 Overweging 35 van de considerans van de ARI luidt als volgt (de Romeinse cijfers zijn aangebracht door het hof):

(i) Rechthebbenden dienen, in uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie (in de Engelse tekstversie aangeduid als ‘fair compensation’, het hof) te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal. (ii) Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van de billijke compensatie (‘fair compensation’) moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. (iii) Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbende als resultaat van de betreffende handeling. (iv) In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentietrecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. (v) Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik gemaakt wordt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. (vi) In bepaalde situaties waarin de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat.

Overweging 38 van de considerans op de ARI luidt als volgt.

(i) Het moet de lidstaten worden toegestaan om ten aanzien van bepaalde vormen van reproductie van geluidsmateriaal, beeldmateriaal en audiovisueel materiaal voor privé-gebruik, in een beperking of restrictie op het reproductierecht te voorzien, welke gepaard gaat met een billijke compensatie (‘fair compensation’). (ii) Dit kan de invoering of verdere toepassing omvatten van vergoedingsstelsels om het nadeel voor de rechthebbenden te compenseren.

Wanneer hierna wordt verwezen naar bijvoorbeeld zin (iii) uit overweging 35 wordt daarvoor de notatie: zin (iii)-35 gebruikt.

4.4 Bij slechts 3 van de 21 in artikel 5 ARI genoemde beperkingen en restricties is, indien de lidstaten deze in hun wetgeving opnemen, een ‘fair compensation’ verplicht gesteld, namelijk – naast het geval van zin (iv)-35 – bij de beperking voor de ‘papieren privé-kopie’ (artikel 5 lid 2 sub a), bij de in dit geding aan de orde zijnde beperking voor de ‘elektronische privé-kopie’ van artikel 5 lid 2 sub 2 en bij de beperking van artikel 5 lid 2 sub e voor reproducties van uitzendingen door maatschappelijke instellingen met een niet-commercieel doel, zoals ziekenhuizen of gevangenis. Zin (i)-35 stipuleert dat in ‘*uitzonderlijke gevallen*’ rechthebbenden een ‘fair compensation’ dienen te ontvangen. Hieruit volgt dat met het woord ‘*gevallen*’ in die zin wordt bedoeld op de zojuist genoemde 3 beperkingen. Aan te

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

12

nemen valt dat het woord 'geval' in het vervolg van overweging 35 eveneens ziet op een van die 3 beperkingen.

- 4.5 Uit zin (i)-38 blijkt dat overweging 38 van de considerans van de ARI specifiek betrekking heeft op de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI.

Het 1^e geschilpunt; wat houdt het begrip 'nadeel' in?

- 4.6 Het hof begrijpt uit punt 30 MvG dat ACI c.s. de opvatting huldigen dat met het begrip 'nadeel' in het kader van de 'fair compensation' iets anders is bedoeld dan de prijs die rechthebbenden hadden kunnen vragen voor de auteursrechtelijke handelingen die met het thuiskopiëren zijn gemoeld. Onder 100/101 MvG hebben zij dit herhaald, in iets andere bewoordingen, met een stelling die er op neerkomt dat de 'fair compensation' geen vergoeding voor gebruik is. Thuiskopie bestrijdt deze opvatting met de redenering dat de rechthebbenden door de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI de mogelijkheid wordt ontnomen om een vergoeding voor het gebruik van hun werk te bedingen, en dat zij derhalve potentiële inkomsten derven en dus nadeel ondervinden (punt 2.5 MvA/MvG-inc). Het door ACI c.s. gemaakte onderscheid tussen nadeel en gebruiksvergoeding is dus voornamelijk, zo niet geheel, theoretisch van aard, aldus Thuiskopie.
- 4.7 Uitgangspunt bij de beoordeling van dit geschilpunt is dat de rechthebbenden een 'fair compensation' dienen te ontvangen om – in de woorden van zin (i)-35 – 'hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken en ander beschermd materiaal'. In zijn algemeenheid bestaat de compensatie voor het gebruik (in dit geval: reproductie) van een werk in het bedrag dat de rechthebbende had kunnen bedingen voor het verlenen van zijn toestemming voor dat gebruik: de licentievergoeding. De gederfde licentievergoeding is het nadeel dat de auteur lijdt wanneer zonder zijn toestemming en betaling van zijn werk gebruik wordt gemaakt. Aldus bezien is er – anders dan ACI c.s. menen – geen (wezenlijk) verschil tussen de in zin (i)-35 genoemde 'compensatie voor gebruik' en het begrip 'nadeel' verderop in overweging 35. Dit komt ook tot uiting in zin (2)-38, waarin, hoewel klaarblijkelijk hetzelfde wordt bedoeld, niet gesproken wordt over compensatie 'voor het gebruik', maar over het compenseren van 'nadeel'. Hierbij verdient nog aantekening dat ACI c.s. hebben volstaan met de stelling dat de 'fair compensation' geen gebruiksvergoeding is en op geen enkele wijze hebben aangegeven wat dan wel de strekking van die compensatie is. Bij deze stand van zaken kan de conclusie geen andere zijn dan dat in het kader van artikel 5 lid 2 sub b ARI onder nadeel moet worden verstaan: de gederfde licentievergoeding voor de desbetreffende kopieerhandeling. Hierbij past nog de volgende kanttekening. Een consument zal doorgaans voor het mogen maken van een kopie van bijvoorbeeld een CD hooguit bereid zijn om een (klein) deel van het bedrag te betalen waarmee hij een originele CD kan kopen. Omdat door zowel ACI c.s. als Thuiskopie bij monde van hun raadslieden ten pleidooie van 1 juli 2010 is verklaard dat de 'fair compensation' lager is dan de licentievergoeding staat dit in dit geding vast.
- 4.8 In artikel 16c e.v. Aw is omtrent 'nadeel' of de betekenis van dat begrip niets bepaald. De bedoeling van de wetgever is echter duidelijk, getuige de volgende opmerking van de minister tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004:

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

13

'De billijke vergoeding is uitsluitend verschuldigd voor verlies van inkomsten door rechthebbenden vanwege het privé-kopiëren ingevolge artikel 16c' (Nota n.a.v. het Verslag, TK, 2002-2003, 28 482, nr. 5, blz. 33). Uit de zinsnede *'verlies aan inkomsten'* blijkt dat bij artikel 16c Aw onder nadeel eveneens moeten worden verstaan: de gedeelde licentievergoeding voor de desbetreffende kopieerhandeling.

Het 2^o geschilpunt: is nadeel het enige criterium?

- 4.9 Volgens ACI c.s. blijkt uit overweging 35 van de considerans op de ARI dat de 'fair compensation' van artikel 5 lid 2 sub b ARI uitsluitend het nadeel dat de rechthebbenden van het thuiskopiëren ondervinden, beoogt te compenseren (MvG punt 27). Thuiskopie beoogt, onder verwijzing naar diezelfde overweging, dat de ARI niet de eis van nadeel stelt, maar dat 'nadeel' slechts een criterium is waarmee bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding rekening kan worden gehouden.
- 4.10 De omstandigheden van de drie in rov. 4.4 genoemde beperkingen ('gevallen') verschillen. Ingevolge zin (ii)-35 moet *'[b]ij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van de billijke compensatie ('fair compensation') (...) rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval.*
- 4.11 Uitgangspunt van de richtlijngever is dus dat het niveau van de billijke vergoeding moet worden bepaald op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit uitgangspunt biedt echter maar weinig houvast zolang er geen criterium is aan de hand waarvan kan worden vastgesteld waarop speciaal moet worden gelet en welk gewicht aan de diverse omstandigheden van het geval moet worden gehecht. In deze lacune wordt voorzien in zin (iii)-35, waar staat dat *'[b]ij de beoordeling van deze omstandigheden (...) een zinvol criterium (zou) worden gevormd door het mogelijke nadeel ('harm') voor de rechthebbende als resultaat van de betreffende handeling.* De formulering 'een zinvol criterium zou zijn' houdt het midden tussen de formuleringen 'een zinvol criterium is' en 'een zinvol criterium zou kunnen zijn'. Dit duidt er op dat in de visie van de richtlijngever 'nadeel' misschien niet het enig denkbare, maar wel het meest voor de hand liggende criterium is.
- 4.12 Wanneer de rechthebbende reeds betaling in een andere vorm heeft ontvangen, is zijn nadeel al opgeheven. Zin (iv)-35 is derhalve te beschouwen als een uitwerking van het nadeel-criterium, net als zin (v)-35 waarin het gaat om een feitelijkheid die, wanneer zij zich voordoet, met zich brengt dat van nadeel geen sprake kan zijn (zie ook rov. 6.8 hierna). Ook in zin (vi)-35 wordt blijkens het daarin gebruikte woord 'schade' aan het nadeelcriterium gerefereerd. In de laatste drie zinnen van overweging 35 van de ARI wordt dus bevestigd dat aan het nadeel-criterium een bijzonder gewicht toekomt. Hierbij wordt nog opgemerkt dat, hoewel 'schade' een ruimer begrip is dan 'nadeel', in deze context geen relevant verschil bestaat tussen beide begrippen.
- 4.13 In zin (ii)-38, die specifiek betrekking heeft op de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI, wordt nadeel met zoveel woorden als enige criterium genoemd.
- 4.14 Uit de onder 4.10 t/m 4.13 gegeven analyse komt naar voren dat de richtlijngever

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

14

kennelijk uitsluitend heeft gedacht aan 'nadeel' als criterium voor de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Mogelijk heeft de richtlijngever andere criteria niet op voorhand willen uitsluiten, doch de tekst en de considerans van de ARI bevatten geen enkele aanwijzing dat de richtlijngever een of meerdere concrete andere criteria voor ogen heeft gehad. Thuiskopie heeft zelf ook geen ander criterium genoemd. Het hof komt, dit alles overziend, tot de conclusie dat in de ARI ligt besloten dat – althans bij de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI – nadeel als het belangrijkste zo niet alles overheersende criterium in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van de hoogte van de 'fair compensation'. Dit is door het HvJEG bevestigd in zijn onder 3.1 al genoemde arrest inzake 'Padawan/SGAE', waarin voor recht is verklaard dat artikel 5 lid 2 sub ARI aldus moet worden uitgelegd dat:

'de billijke compensatie ('fair compensation') moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik'.

- 4.15 In de tekst van de Nederlandse Aw zijn geen criteria voor de invulling van het begrip 'billijke vergoeding' opgenomen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004 heeft de minister het volgende opgemerkt (Nota n.a.v. het Nadere Verslag, TK, 2002-2003, 28482, nr 8, blz. 13).

'Van belang is daarbij uiteraard de ratio van de vergoeding voor privé-kopiëren. Het gaat erom de rechthebbenden te compenseren voor het nadeel dat zij van kopiëren in een digitale omgeving ondervinden'.

Hieruit komt naar voren dat het begrip 'billijke vergoeding' van artikel 16c Aw zo moeten uitgelegd dat 'nadeel' het enige criterium voor de vaststelling van de hoogte daarvan is. Dit is in overeenstemming met de ARI.

Slotom

- 4.16 Vordering I van ACI c.s. is toewijsbaar, met dien verstande dat in de uit te spreken verklaring voor recht het woord 'nadeel' zal worden gepreciseerd als in rov. 4.8 vermeld.

5. De vorderingen II, B en C van ACI c.s.: minimaal nadeel, 'time-shifting' en 'porting'

Inleiding

- 5.1 Onderdeel I sub K van de oorspronkelijk vordering van ACI c.s. strekte tot een verklaring voor recht, dat geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals bij het kopiëren voor 'time-shifting-purposes' en 'porting'.
- 5.2 De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. Daartoe heeft zij het volgende overwogen, zakelijk weergegeven. Anders dan ACI c.s. menen, kan uit zin (vi)-35 niet worden afgeleid dat de 'fair compensation' nihil dient te zijn indien het nadeel minimaal is. Uit die zin, meer in het bijzonder het woord 'mogelijk', blijkt immers dat de lidstaten vrijheid hebben bij het bepalen van de omvang van die compensatie. Van de door zin (vi)-35 geboden mogelijkheid om bij minimaal nadeel geen betalingsverplichting te laten ontstaan heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt. Dat volgt uit het feit dat die wetgever blijkens de MvT bij de

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

15

Aanpassingswet 2004 een splitsing heeft gemaakt tussen reproductiehandelingen waarvoor, gelet op de geringe betekenis van de handeling, in beginsel geen vergoeding verschuldigd is, bestreken door artikel 16b Aw (de 'papieren privé-kopie') en die waarvoor dat wel het geval is, bestreken door artikel 16c Aw (de 'elektronische privé-kopie'). Nu de door ACI c.s. gevorderde verklaring voor recht ziet op de in artikel 16c Aw genoemde vergoeding en daarvoor het door hen gestelde uitgangspunt, dat bij minimale schade de vergoeding nihil dient te zijn, niet geldt, is die vordering niet toewijsbaar.

- 5.3 Tegen deze beslissing zijn ACI c.s. opgekomen met hun grief 2. In hoger beroep hebben zij onderdeel I sub K van hun oorspronkelijke vordering gewijzigd door deze te splitsen in twee onderdelen die hiervoor onder 1.3 zijn weergegeven als de vorderingen II.B en C. Het hof zal eerst vordering II.B over het 'minimale nadeel' beoordelen, en daarna vordering II.C over 'time shifting' en 'porting'.

Minimaal nadeel

- 5.4 Met hun grief 2 bestrijden ACI c.s. het oordeel van de rechtbank dat het de lidstaten vrijstaat om bij een minimale schade toch een 'fair compensation' te laten ontstaan. Zij beroepen zich daarbij op een taalkundig argument voor de wijze waarop zin (vi)-35 moet worden uitgelegd. Deze zin – die onder 4.3 al is geciteerd – luidt aldus.

'In bepaalde situaties waarin de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat'.

In de Engelse tekstversie staat voor het woord 'mogelijk': 'may', en het woord 'may' betekent volgens ACI c.s. in deze context 'mag' in de zin van 'mag geen betalingsverplichting ontstaan'. Dit betekent, zo vervolgen ACI c.s., dat voor reproductiehandelingen waarbij het nadeel voor de rechthebbenden minimaal is, geen betalingsverplichting ontstaat (MvG punt 82). Deze stelling van ACI c.s. noopt het hof tot een onderzoek naar de vraag hoe zin (vi)-35 moet worden uitgelegd. Weliswaar heeft het HvJEG in punt 46 van zijn al eerder aangehaalde arrest inzake 'Padawan/SCAE' aan die zin een korte overweging gewijd, doch omdat de desbetreffende prejudiciële vraag niet op die zin was gericht en de bedoelde overweging een min of meer zijdelings karakter heeft, kunnen in die overweging geen (voldoende) aanknopingspunten worden gevonden om de door ACI c.s. aan de orde gestelde vraag te kunnen beantwoorden.

- 5.5 In overweging 35 van de considerans op de ARI wordt een toelichting gegeven op de drie beperkingen van artikel 5 ARI die alleen door de lidstaten mogen worden toegepast wanneer tevens in een billijke compensatie voor de rechthebbenden wordt voorzien (zie rov. 4.4). Hiertoe behoren de beperkingen van artikel 5 lid 2 sub a ARI voor de 'papieren kopie' en die van artikel 5 lid 2 sub b ARI voor de 'elektronische privé-kopie'. Op de eis dat deze beperkingen alleen mogen worden toegepast indien wordt voorzien in een 'fair compensation' wordt in artikel 5 ARI één uitzondering gemaakt, namelijk in artikel 5 lid 3 sub o, en wel ten aanzien van:

het gebruik in een andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en de het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd (...).

Voor dit gebruik mogen de lidstaten een beperking toepassen zonder dat zij daarbij de eis hoeven te stellen dat daarvoor een 'fair compensation' is verschuldigd.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

16

- 5.6 Het hof acht het nuttig om kort stil te staan bij de achtergrond van artikel 5 lid 3 sub o ARI. Ten tijde van de totstandkoming van de ARI kenden een (groot) aantal lidstaten een beperking op het reproductierecht voor analoog kopiëren voor eigen gebruik zonder dat daarvoor aan de rechthebbenden een vergoeding was verschuldigd. In Nederland gold bijvoorbeeld de exceptie voor de 'papieren *privé*-kopie' van artikel 16b lid 2 van de Aw zoals die luidde tot 6 juli 2004. Ingevolge artikel 5 lid 2 sub a ARI was een beperking voor de 'papieren kopie' echter alleen mogelijk wanneer tevens werd voorzien in een 'fair compensation', ook indien het slechts ging om de 'papieren *privé*-kopie'. Om de lidstaten in staat te stellen de bestaande praktijk van de exceptie voor de 'papieren *privé*-kopie', waarbij het om 'analoog gebruik' ging, voort te zetten, is artikel 5 lid 3 sub o in de ARI opgenomen. Daarmee wordt de lidstaten de mogelijkheid geboden om reeds bestaande beperkingen of restricties voor minder belangrijke gevallen betreffende analoog gebruik te handhaven.
- 5.7 Nu de opstellers van de ARI voor de beperkingen van artikel 5 lid 2 sub a en b ARI uitdrukkelijk de eis hebben gesteld dat daar een 'fair compensation' tegenover moet staan en op deze strikte eis uitsluitend voor bepaalde mindere belangrijke gevallen van analoog gebruik een uitzondering in de tekst van de ARI hebben opgenomen, kan niet worden aangenomen dat zij in (alleen) de considerans van die richtlijn tevens een uitzondering op die strikte eis hebben willen neerleggen voor andere gevallen. Zin (vi)-35 kan daarom niet anders worden verstaan dan als een toelichting op artikel 5 lid 3 onder o ARI, zeker nu de bewoordingen van die zin aansluiten bij de tekst van dat artikel: de woorden 'bepaalde situaties' uit die zin stemmen overeen met de woorden 'minder belangrijke gevallen' uit dat artikel, terwijl met de woorden 'minder belangrijke' en 'alleen analoog gebruik' in dat artikel tot uitdrukking is gebracht dat het gaat om 'situaties' waarin, in de woorden van die zin, 'de schade (...) minimaal zou zijn'. Het hof wijst verder nog op de zinsnede in overweging 38 van de considerans van de ARI, dat in 'bepaalde gevallen' onderscheid moet worden gemaakt tussen digitaal en analoog kopiëren voor *privé*-gebruik.
- 5.8 Aangezien zin (vi)-35 als een toelichting op artikel 5 lid 3 sub o ARI moet worden beschouwd en de lidstaten deze bepaling in hun wetgeving mogen opnemen, maar dat niet hoeven te doen, kan de opvatting van ACI c.s., dat met het woord 'mogelijk'/'may' in die zin tot uitdrukking is gebracht dat er sprake is van een verplichting, geen stand houden.
- 5.9 Uit het onder 5.7 overwogene volgt integendeel dat de ARI met zich brengt dat het de lidstaten niet vrijstaat om in hun wetgeving te bepalen dat bij minimaal nadeel als gevolg van digitaal kopiëren geen 'fair compensation' is verschuldigd. Alleen ten aanzien van analoog kopiëren hebben de lidstaten, binnen de door artikel 5 lid 3 sub o ARI getrokken grenzen, de vrijheid om zo'n bepaling al dan niet in hun wetgeving op te nemen. De stelling van ThuisKopie in punt 6.3 MvA/MvG-inc, dat op grond van de ARI geen sprake is van een verplichting voor de lidstaten om er in te voorzien dat geen betalingsverplichting ontstaat in het geval van minimaal nadeel, is dus juist.
- 5.10 In de artikelen 16c e.v. Aw is aan de hier bedoelde kwestie geen woord gewijd. Voor de inhoud van het Nederlandse recht op dit punt moet derhalve de wetgeschiedenis worden geraadpleegd. Voor een goed begrip van de parlementaire stukken is het van

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

17

belang om op te merken dat wanneer daarin wordt gesproken over 'reproducieren' bedoeld is: het maken van een 'elektronische privé-kopie', en dat bij het maken van een 'papieren kopie', meer specifiek, het maken van een 'papieren *privé-kopie*' het (ruimere) begrip 'verveelvoudigen' wordt gebezigd, met dien verstande dat deze terminologie niet steeds consequent is doorgevoerd.

- 5.11 Uitgangspunt is de volgende passage uit de MvT (TK, 2001-2002, 28 482, nr 3, blz. 21).

In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat in het geheel geen betalingsverplichting ontstaat. Daarvan is onder de voorgestelde regeling sprake. Voor sommige lidstaten maakte deze overweging het mogelijk akkoord te gaan met de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming, omdat aldus voor een bepaalde nauwkeurig afgebakende handeling die binnen het gebied van een door de richtlijn bestreken beperking valt geen enkele vergoeding toe te kennen.

Het hof merkt op dat de in de eerste zin van deze passage wordt gerefereerd aan zin (vi)-35 en in de laatste zin van deze passage aan artikel 5 lid 3 sub o ARI. In de MvT wordt dus een verband gelegd tussen beide. Op blz. 24/25 van de MvT wordt het volgende opgemerkt:

Rekening houdend met het onderscheid tussen reproducieren (waarop de richtlijn van toepassing is) en andere vormen van verveelvoudigen (waarop de richtlijn niet van toepassing is (klaarblijkelijk vanwege artikel 5 lid 3 sub o ARI, het hof)) wordt een splitsing van de regels inzake privé-kopiëren voorgesteld.

(...).

(...) Artikel 16b (omvat) reproductiehandelingen waarvoor in beginsel redelijke tegemoetkoming is verschuldigd, maar waarvan op dit moment door de geringe betekenis en omvang niet aannemelijk is dat daarop aanspraak bestaat. Het gaat hier met name om reprografisch verveelvoudigen voor privé-doeleinden.

(...).

In artikel 16c wordt het auteursrecht beperkt ten behoeve van het reproducieren zonder commercieel oogmerk door een natuurlijke persoon door vastlegging op van het werk op een voorwerp bestemd om het daarop vastgelegde werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze verveelvoudiging geschiedt tot eigen oefening, studie of gebruik. Deze beperking is evenwel gebonden aan de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming.

Uit deze passages blijkt dat de Nederlandse wetgever – in lijn met de regeling van artikel 5 lid 3 sub o ARI – een splitsing heeft gemaakt tussen analoog en digitaal privé-kopiëren en vervolgens deze twee categorieën heeft geïdentificeerd met achtereenvolgens artikel 16b Aw, dat betrekking heeft op de 'papieren *privé-kopie*', en artikel 16c Aw, dat betrekking heeft op de 'elektronische *privé-kopie*'. Verder blijkt uit deze passages dat de wetgever het alleen bij de artikel 16b Aw-gevallen mogelijk heeft geacht dat 'door de geringe betekenis en omvang' geen aanspraak bestaat op 'redelijke tegemoetkoming' (welke term later is vervangen door 'billijke vergoeding'), zoals ook de rechtbank heeft overwogen. Het hof merkt nog op dat artikel 5 lid 3 sub o ARI in 'minder belangrijke gevallen' ruimte biedt voor het achterwege laten van een 'fair compensation' bij de analoge 'elektronische *privé-kopie*' door middel van cassette- of videobanden, maar dat de Nederlandse wetgever

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

18

door de 'de minimis'-exceptie alleen te vermelden bij artikel 16b Aw, te kennen heeft gegeven die ruimte niet te willen of kunnen benutten

- 5.12 Artikel 16c Aw moet bijgevolg zo worden uitgelegd dat ook bij kopieerhandelingen waarbij het nadeel minimaal is, thuiskopievergoeding is verschuldigd. Deze uitleg stemt overeen met de ARl zoals deze hiervoor is uitgelegd.
- 5.13 Het primair bij II.B door ACI c.s. gevorderde is dus niet toewijsbaar, het daarbij subsidiair gevorderde wel, gezien het onder 4.16 overwogene.

'Time shifting' en 'porting'

- 5.14 Vordering II.C van ASI c.s. berust op de – door Thuis kopie bewiste – stelling dat de rechthebbenden van het kopiëren voor 'time shifting' en 'porting' geen nadeel of hooguit minimaal nadeel ondervinden, zodat met deze kopieerhandelingen geen rekening dient te worden gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding. Nu hiervoor al is overwogen dat ook rekening moet worden gehouden met onder artikel 16c lid 1 Aw vallende handelingen waardoor minimaal nadeel ontstaat, hoeft alleen nog te worden onderzocht of door de genoemde handelingen geen enkel nadeel aan de rechthebbenden wordt berokkend.
- 5.15 Van kopiëren voor 'time-shifting-purposes' is volgens de door ACI c.s. onder 75 MvG gegeven definitie sprake wanneer natuurlijke personen een televisie-programma opnemen, zodat zij het later kunnen bekijken. Het hof zal ACI c.s. verder aan deze definitie houden.
- 5.16 Er is pas nadeel wanneer de consument, bij het ontbreken van de Thuis kopieregeling, bereid zou zijn om althans enig bedrag aan de auteur te betalen om de desbetreffende kopieerhandeling te mogen verrichten (zie rov. 4.7).
- 5.17 Thuis kopie heeft onweersproken gesteld dat het een veel voorkomend verschijnsel is dat een 'bibliotheek' van favoriete programma's wordt aangelegd (op de harde schijf van een DVD-recorder) met het oogmerk om deze later, en vaak meermalen te bekijken. Dit verschijnsel valt onder de door ACI c.s. gegeven definitie van kopiëren voor 'time-shifting-purposes'. Het hof acht aannemelijk dat in een niet (geheel) te verwaarlozen aantal gevallen de persoon die zo'n bibliotheek aanlegt, bij het ontbreken van de Thuis kopieregeling bereid zou zijn geweest om althans enig bedrag te betalen om een kopie te mogen maken van een film of een populaire TV-serie. Derhalve kan niet worden gezegd dat door kopiëren voor 'time-shifting-purposes' in het geheel geen nadeel wordt veroorzaakt.
- 5.18 Nu ACI c.s. in hun vordering niet tevens, in subsidiaire zin, een meer beperkte definitie van het begrip 'kopiëren voor "time-shifting-purposes"' hebben opgenomen, en zo'n meer beperkte definitie daar, bij gebreke aan concrete stellingen van ACI c.s. die daar een aanknopingspunt voor zouden kunnen bieden, ook niet in kan worden gelezen, is hun vordering II. C niet toewijsbaar. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of er ook vormen van kopiëren voor "time-shifting-purposes" bestaan die niet geacht kunnen worden enig nadeel aan de rechthebbenden toe te brengen.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

19

- 5.19. 'Porting' is het kopiëren van legaal verkregen materiaal, zoals CD's, naar andere apparatuur die mensen in huis hebben, zoals PC en MP3-speler of het maken van kopie van een CD om in deze bijvoorbeeld in de auto beschikbaar te hebben. Het is aannemelijk dat de consument, wanneer de Thuiskopieregeling niet zou bestaan, bereid zou zijn om in elk geval enig bedrag aan de rechthebbende te betalen in ruil voor diens toestemming om voor 'porting'-doeleinden te kopiëren. Ook voor 'porting' geldt dus dat niet kan worden gezegd dat de rechthebbenden daardoor geen enkel nadeel lijden.
- 5.20 De door ACI c.s. in dit verband geformuleerde prejudiciële vraag 4 berust enerzijds op de in feitelijke zin onjuist bevonden stelling dat 'time shifting' en 'porting' geen enkel nadeel opleveren en anderzijds op het onjuist geoordeelde uitgangspunt dat bij minimaal nadeel geen 'fair compensation' / thuiskopievergoeding is verschuldigd. Er is daarom geen reden om die vraag aan het HvJEG voor te leggen.
- 5.21 Uit hier hiervoor overwogene vloeit voort dat de rechtbank de op 'time shifting' en 'porting' betrekking hebbende vordering terecht heeft afgewezen.

6. Vordering III van ACI c.s: technische voorzieningen en DRM

Inleiding

- 6.1 Het begrip 'technische voorzieningen' wordt in artikel 6 lid 3 ARI als volgt gedefinieerd:
- 'technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of ander materiaal, die niet zijn toegestaan door de houders van auteursrechten (...).*
- Met technische voorzieningen wordt beoogd het kopiëren van beschermd materiaal te voorkomen. Kort gezegd gaat het om kopieerbeveiliging. Bij Digital Rights Management-systemen (DRM-systemen) worden technische beveiligingsvoorzieningen gecombineerd met door de rechthebbenden gecontroleerde beschikbaarstelling van materiaal (CvR onder 67). Ook DRM valt, omdat daarmee tevens wordt voorzien in kopieerbeveiliging, onder de definitie van 'technische voorzieningen' van artikel 6 lid 3 ARI. Hierna zal kortweg over 'technische voorzieningen' worden gesproken als verzamelbegrip voor alle vormen van kopieerbeveiliging, waaronder DRM.
- 6.2 Onder I sub L en M hadden ACI c.s. oorspronkelijk gevorderd verklaringen voor recht dat wel rekening dient te worden gehouden met respectievelijk de beschikbaarheid van bescherming die thuis kopiëren kan voorkomen en de beschikbaarheid van DRM-technologieën, en niet slechts met het daadwerkelijk gebruik dat daarvan wordt gemaakt. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen wegens gebrek aan belang omdat tussen partijen alleen verschil van mening bestaat over het antwoord op de vraag wanneer kan worden aangenomen dat technische voorzieningen beschikbaar zijn, en de gevorderde verklaringen voor recht op dat verschil van inzicht niet zijn gericht. In hoger beroep hebben ACI c.s. naar aanleiding hiervan hun vordering gewijzigd in die voege dat zij nu vorderen (onder III) een verklaring voor recht dat technische voorzieningen die thuis kopiëren kunnen voorkomen alsmede DRM-technologieën beschikbaar zijn in – zo hebben ACI c.s.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

20

ten pleidooie in hoger beroep gespecificeerd – een mate die moet worden meegeteld bij de hoogte van de thuiskopievergoeding.

- 6.3 ACI c.s. verstaan, zo blijkt uit punt 46 MvGr, in hoger beroep onder 'beschikbaar': technisch werkbaar, economisch haalbaar en voor de consument acceptabel. Thuiskopie betwist niet dat, zoals ACI c.s. stellen, technische voorzieningen beschikbaar zijn in deze betekenis van dat woord. Zij geeft in hoger beroep aan het begrip 'beschikbaar' echter een andere invulling. Volgens haar zijn technische voorzieningen pas 'beschikbaar' wanneer zij commercieel haalbaar zijn, door consumenten daadwerkelijk worden geaccepteerd en door de aanbieders worden geaccepteerd en toegepast (MvA/MvG-inc onder 3.1 en 3.2). Uit de zinsnede in punt 3.2 MvA/MvG dat 'aan geen van deze voorwaarden (is) voldaan' is af te leiden dat Thuiskopie betwist dat thans technische voorzieningen 'beschikbaar' in de door haar bedoelde zin zijn.
- 6.4 Het geschil spitst zich dus toe op de vraag of bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding rekening moet worden gehouden met technische voorzieningen wanneer zij al beschikbaar zijn in de door ACI c.s. bedoelde zin (hierna kortweg: economische beschikbaarheid), of dat daarbij pas met technische voorzieningen rekening moet worden gehouden wanneer deze beschikbaar zijn in de door Thuiskopie bedoelde zin (hierna kortweg: commerciële beschikbaarheid). Nu door Thuiskopie niet is betwist dat technische voorzieningen beschikbaar zijn in de door ACI c.s. bedoelde zin, is bewijslevering te dien aanzien, zoals door ACI c.s. aangeboden in punt 31 van hun pleitnota in hoger beroep, niet meer nodig.

De relatie tussen technische voorzieningen en de 'fair compensation' in de ARI

- 6.5 Het hof herinnert eraan dat in artikel 5 lid 2 sub c ARI is bepaald dat bij de 'fair compensation' 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'. Thuiskopie heeft er op gewezen dat in dit artikel uitsluitend wordt gesproken over 'toepassing' van technische voorzieningen, en niet over de beschikbaarheid daarvan (pleitnota in hoger beroep onder 7.1). Hoewel beide partijen er van uitgaan dat reeds de beschikbaarheid van technische voorzieningen aanleiding geeft tot verlaging van de 'fair compensation' – ook Thuiskopie betoogt niet dat daarvoor pas aanleiding is wanneer zulke voorzieningen daadwerkelijk worden toegepast – acht het hof het, teneinde het dispuut tussen partijen in de juiste context te kunnen plaatsen, noodzakelijk om na te gaan wat de richtlijngever voor ogen stond toen hij de geciteerde zinsnede in artikel 5 lid 2 sub b ARI opnam.
- 6.6 Over 'technische voorzieningen' in relatie tot de beperkingen van artikel 5 lid 2 ARI wordt nader ingegaan in de overwegingen 35 en 39 van de considerans van de ARI.
- 6.7 Zin (iv)-35 luidt als volgt.
In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig.
Deze zin heeft betrekking op de situatie dat tegen betaling (licentiëring) een kopie kan worden gemaakt, zoals bij DRM. Wanneer in het kader van een licentie al is betaald voor reproductiehandelingen, dan heeft de rechthebbende in zoverre al

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

21

compensatie voor dat gebruik van zijn werk ontvangen, en is in zoverre 'geen specifieke of afzonderlijke betaling' meer 'nodig'.

- 6.8 In zin (v)-35 staat vermeld dat:
'[b]ij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik gemaakt wordt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen' (in de Engelse en Duitse tekst: 'the level of compensation should take full account of the degree of use of technological protection measures (...) / '[h]insichtlich der Höhe des gerechten Ausgleichs sollte der Grad des Einsatzes technischer Schutzmassnahmen (...) in vollem Umfang berücksichtigt werden').
 Deze zin heeft klaarblijkelijk betrekking op kopieerbeveiliging in de ruime zin van het woord. Wanneer het door (daadwerkelijk) gebruik van kopieerbeveiliging niet mogelijk is om kopieën van het werk te maken, dan kan geen gebruik van het werk als bedoeld in artikel 5 lid 2 sub b ARI worden gemaakt en is een compensatie voor zulk gebruik niet aan de orde. Dit geldt, om de zojuist in rov. 6.7 genoemde reden, ook indien bij (daadwerkelijk) gebruik van DRM een licentievergoeding wordt ontvangen. Daarom moet bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie 'ten volle' rekening worden met de 'degree of use'/'Grad des Einsatzes' van technische voorzieningen.
- 6.9 Overweging 39 van de considerans op de ARI luidt als volgt (de Romeinse cijfers zijn aangebracht door het hof):
(i) De lidstaten moeten, wanneer zij de beperking of restrictie voor het kopiëren voor privé-gebruik toepassen, naar behoren rekening houden met de technologische en economische ontwikkelingen, met name wat het digitaal kopiëren voor privé-gebruik en de vergoedingsstelsels de betreft, wanneer doeltreffende technische beveiligingsmaatregelen beschikbaar zijn. (ii) Dergelijke beperkingen of restricties mogen geen belemmering vormen voor de toepassing van technische voorzieningen of het gebruik daarvan in geval van verboden omzeilingspraktijken.
- 6.10 Uit de zinsnede van overweging 39 'met name wat het digitaal kopiëren voor privé-gebruik en de vergoedingsstelsels betreft' blijkt dat deze overweging zich 'met name' richt op de vergoedingsstelsels, die onderdeel vormen van de beperking voor digitaal kopiëren voor privé-gebruik, dat is de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI. Daarbij moet, kort gezegd, rekening worden gehouden met beschikbare technische voorzieningen. Zin (ii)-39 postuleert dat die beperking, en dus 'met name' het daarbij behorende vergoedingsstelsel, geen belemmering mag vormen voor de 'toepassing van technische voorzieningen'. In dit verband is van belang dat – zoals door ACI c.s. ook is benadrukt – de opstellers van de ARI voor ogen stond om directe licentiëring verzekerd door technische kopieerbeveiliging uiteindelijk de plaats te laten innemen van de 'fair compensation' van artikel 5 lid 2 sub b ARI en zo mogelijk zelfs van de beperkingen van artikel 5 ARI, zodat deze materie te zijner tijd een zaak van de markt en zelfregulering zou worden. Overweging 39 moet in dit licht als volgt worden begrepen. Wanneer een vergoedingsstelsel zou worden gehanteerd waarbij de hoogte van de 'fair compensation' niet naar beneden wordt bijgesteld in het geval dat een technische voorziening beschikbaar is, dan bestaat er voor de rechthebbenden, omdat zij toch al een 'fair compensation' krijgen, geen, of een minder sterke, prikkel om die technische voorziening daadwerkelijk te gaan

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

22

gebruiken/toepassen. Het is echter de doelstelling van de richtlijngever dat de rechthebbenden dat wel gaan doen. Daarom moeten de vergoedingsstelsels van de lidstaten zo worden ingericht dat met die beschikbare technische voorziening rekening wordt gehouden in die zin dat alsdan het niveau van de 'fair compensation' naar beneden wordt bijgesteld. Overweging 39 bouwt dus voort op zin (v)-35. In artikel 5 lid 2 sub b ARI is een en andere kernachtig weergegeven in de zinsnede *'al dan niet toepassen van (...) technische voorzieningen'*, waarbij het woord *'al'* ziet op de situatie dat zulke voorzieningen daadwerkelijk worden gebruikt, en het woord *'niet'* op de situatie waarin deze niet worden gebruikt, maar mogelijk wel beschikbaar zijn.

- 6.11 De ARI streeft – zoals door ThuisKopie is benadrukt – een hoog niveau van bescherming van het auteursrecht na, omdat de bescherming van dit recht bijdraagt *'tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs (...), cultuur, industrie en het publiek in het algemeen'*. Dit blijkt uit de overwegingen 4 en 9 van de considerans van de ARI. In overweging 10 van die considerans wordt vervolgens geponeerd dat auteurs, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk moeten ontvangen. Dit geldt ook voor werken die onderworpen zijn aan de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI. Blijkens zin (i)-35 van de considerans op de ARI moeten auteurs immers ook voor het gebruik van die werken een 'fair compensation' *'ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermd werken en ander beschermd materiaal'*. Uit de hier genoemde passages uit de considerans van de ARI blijkt dat in de visie van de richtlijngever een passende vergoeding voor auteurs noodzakelijk is opdat zij voortgaan met hun scheppende arbeid die ook het belang dient van de industrie en het publiek in het algemeen. Uitgangspunt van de ARI is dus dat auteurs een 'passende beloning' of een 'fair compensation' moeten kunnen ontvangen. In dit licht bezien moet het in overweging 39 van de considerans van de ARI en artikel 5 lid 2 sub b daarvan gaan om een mate van beschikbaarheid van technische voorzieningen die reële mogelijkheden tot toepassing daarvan biedt. Alleen dan zijn de auteurs immers daadwerkelijk in staat om zelf een 'fair compensation' (in de vorm van een licentievergoeding) te bedingen. Er bestaat pas een reële mogelijkheid om technische voorzieningen toe te passen zodra deze ook in commerciële zin beschikbaar zijn. Met hun argument dat een andere opvatting als door hen bepleit tot gevolg zou hebben dat de 'fair compensation' in feite zou fungeren als bonus voor de rechthebbenden die van in economische zin beschikbare technische voorzieningen geen gebruik maken, geven ACI c.s. er blijk van onvoldoende gewicht toe te kennen aan het voormelde uitgangspunt van de ARI. Dit argument kan dan ook niet worden aanvaard. De ARI moet bijgevolg aldus worden uitgelegd dat bij de bepaling van het niveau van de 'fair compensation' alleen rekening moet worden gehouden met technische voorzieningen die commercieel beschikbaar zijn.
- 6.12 Het hof ziet geen aanleiding om de door ACI c.s. voorgestelde vragen 2, 2.a en 2.b aan het HvJEG voor te leggen nu de antwoorden op deze vragen (voldoende) duidelijk zijn.

De relatie tussen technische voorzieningen en de thuisKopievergoeding in de Aw

- 6.13 In artikel 16c Aw wordt geen nadere invulling van het begrip 'billijke vergoeding'

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

23

gegeven en in artikel 16e Aw is niets vermeld over de bij de vaststelling van de hoogte daarvan te betrekken factoren. Voor de inhoud van deze bepalingen op het hier aan de orde zijnde punt moet daarom te rade worden gegaan bij de wetsgeschiedenis. Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004 is over de technische voorzieningen in verband met de billijke vergoeding het volgende naar voren gebracht.

- *'Artikel 5, tweede lid, sub b van de richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat bij het bepalen van de "billijke compensatie" rekening moet worden gehouden met de technologische en economische ontwikkelingen, met name de invloed van doeltreffende beveiligingsvoorzieningen. Indien deze voorzieningen in staat zijn het kopiëren in de privé-sfeer te reguleren en te controleren, is aan een tegemoetkoming laat staan een vergoeding geen behoefte meer; deze wordt dan geacht te zijn begrepen in de afspraak die de rechthebbende in staat is met de afnemer van beschermd materiaal te maken.
(...).*
De richtlijn heeft wel een belangrijk verband gelegd tussen de technische beveiligingsmaatregel en de 'fair compensation'. Op redelijke tegemoetkoming heeft de rechthebbende slechts aanspraak als een directe vergoeding niet mogelijk blijkt. Zo 'n directe vergoeding komt door de technische maatregelen wel binnen handbereik. Hoewel de rechthebbende niet gedwongen kan worden technische beveiligingen te hanteren, moet deze, indien die beveiliging beschikbaar is, niet worden beloond voor het niet-toepassen van deze beveiliging (MvT, TK, 2001-2002, 28 482, nr 3, blz. 25).
- *'De verwachting is dat op den duur technische beschermingsvoorzieningen door gebruikers een scala aan gebruiksmogelijkheden te bieden in staat zullen zijn zodanige greep op het thuis kopiëren te krijgen dat geen behoefte meer bestaat aan een compensatieregeling' (MvT, TK, 2001-2002, 28 482, nr 3, blz. 46).*
- *De regel omtrent de verhouding tussen het privé-kopiëren en de beschikbaarheid van technische voorzieningen ligt eveneens in artikel 5, tweede lid, sub b van de richtlijn besloten ('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'). Dat betekent dat niet alleen nagegaan moet worden in hoeverre technische voorzieningen daadwerkelijk worden toegepast maar ook of deze voorzieningen realiter beschikbaar zijn, voor wie en voor welk type materiaal. Als technische voorzieningen praktisch, dat wil zeggen op economisch verantwoorde basis beschikbaar zijn, hetgeen het geval kan zijn bij door onderhandelingen tot stand gekomen industriestandaarden, dient de heffing niet te fungeren als bonus voor rechthebbenden die van die voorzieningen geen gebruik wensen te maken. In dat geval bestaat minder, of afhankelijk van de stand van zaken, in het geheel geen aanleiding meer voor een compensatieregeling als hier bedoeld. Met deze ontwikkeling kan in het voorgestelde systeem rekening worden gehouden' (MvT, TK 2002-2003, 28482, nr. 3, blz. 46).*

De zinsnede '*[a]ls technische voorzieningen praktisch, dat wil zeggen op economisch verantwoorde basis beschikbaar zijn*' zou kunnen worden gezien als een aanwijzing dat de minister 'economische beschikbaarheid' op het oog had. Het gebruik van de woorden '*realiter beschikbaar*' en de verwijzing naar '*bij door onderhandelingen tot stand gekomen industrie standaarden*' vormt aan de andere

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

24

kant wel enige grond voor de gedachte dat de minister de 'commerciële beschikbaarheid' relevant achtte. In dit verband is daarnaast nog van belang de vaststelling van de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag dat:

'[d]e ontwikkeling van DRM vordert gestaag, maar er is nog geen sprake van Europese of internationale standaardisatie, algemene interoperabiliteit met hardwarecomponenten, een brede en bedrijfseconomische haalbare integratie in businessmodellen, alsmede een gedragen consumentenacceptatie (...)' (TK 2002-2003, 28 482, nr 5).

Zowel de bewoordingen als de wetsgeschiedenis van artikel 16c e.v. Aw laten derhalve de in rov. 6.11 vermelde uitleg toe. In ieder geval is het verschil tussen hetgeen de ARI en de Aw op dit punt inhouden niet zo groot dat er een beletsel bestaat voor richtlijnconforme interpretatie. De artikelen 16c e.v. Aw moeten daarom overeenkomstig de ARI worden uitgelegd, en dus in die zin dat eerst bij commerciële beschikbaarheid het niveau van de thuiskopievergoeding in neerwaartse zin moet worden bijgesteld. De van na de totstandkoming van de Aanpassingswet stammende brief van de minister van 13 oktober 2004, waarin deze spreekt over 'technisch werkbare, economisch haalbare en voor de consument acceptabele systemen van digitaal rechtenbeheer' kan, anders dan ACI c.s. menen, niet tot een andere oordeel leiden.

- 6.14 Naar Nederlands recht hoeft bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding dus alleen rekening te worden gehouden met technische voorzieningen indien deze beschikbaar zijn in commerciële zin. Vordering III van ACI c.s., dat op een andere invulling van het begrip 'beschikbaar' berust, is bijgevolg niet toewijsbaar, althans voorzover het op die andere invulling berust. Die vordering heeft namelijk nog een andere grondslag die thans zal worden besproken.

Gebruik van technische voorzieningen

- 6.15 Het begrip 'beschikbaarheid' omvat, ook in de betekenissen die ACI c.s. en Thuiskopie daaraan geven, gebruik. Voorzieningen die worden gebruikt, zijn immers beschikbaar. In de door ACI c.s. gevorderde verklaring voor recht ligt derhalve tevens, subsidiair, besloten dat in rechte wordt vastgesteld dat technische voorzieningen die thuiskopiëren kunnen voorkomen alsmede DRM-technologieën worden gebruikt in een mate die moet worden meegeteld bij de hoogte van de thuiskopievergoeding. Nu ACI c.s. onder 40-45 MvG een aantal stellingen hebben betrokken ten betoge dat technische voorzieningen daadwerkelijk worden gebruikt, moet worden aangenomen dat zij zo'n subsidiaire vordering ook hebben bedoeld. Als voorbeelden van gebruikte technische voorzieningen noemen ACI c.s. de beveiligde omgeving van websites, betaaltelevisie en 'pay per view', de Windows Media Data Session Toolkit, I-tunes met de 'luke' optie waarbij de consument voor een iets hogere prijs het recht krijgt om de muziek onbepaald te kopiëren en de toepassing van kopieerbeveiliging bij DVD's. In hun 'akte suggestie prejudiciële vragen en wijziging appellanten' (zie punt 25 daarvan) hebben zij zich echter beroepen op het rapport van Hugenholtz, Guibault en Van Geffen waarin staat vermeld dat technische voorzieningen en DRM door rechthebbenden selectief worden toegepast, en op het rapport van de Werkgroep Auteursrecht waarin wordt opgemerkt dat de techniek veel mogelijkheden biedt, maar dat daarvan door de rechthebbenden maar 'mondjesmaat' gebruik wordt gemaakt. Onder 6 van hun pleitnota in hoger beroep hebben ACI c.s. hieraan toegevoegd dat technische

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

25

voorzieningen 'niet voldoende' worden toegepast. Het hof begrijpt hieruit dat ACI c.s. zich thans op het standpunt stellen dat technische voorzieningen maar in zeer geringe mate, 'mondjesmaat', worden gebruikt. Hiermee bevestigen zij, althans in grote lijnen, de stellingen van ThuisKopie onder 3.2-3.4 MvA/MvG-inc, dat alle grote platenmaatschappijen inmiddels hebben verklaard afstand te doen van de toepassing van DRM, dat de Windows Media Data Session Toolkit niet meer in gebruik is, en dat het beschermd materiaal bij I-tunes en andere aanbieders – naar het hof begrijpt uit de door ThuisKopie daarbij aangehaalde productie 29 bij MvG: inmiddels – DRM-vrij wordt aangeboden. ACI c.s. hebben deze stellingen van ThuisKopie in ieder geval niet betwist, hoewel zij daartoe bij de genoemde akte en ten pleidooie de gelegenheid hebben gehad. Die stellingen staan dus vast. Aan de andere kant is door ThuisKopie niet bestreden dat thans wel 'mondjesmaat' technische voorzieningen worden gebruikt, zodat ook dit vast staat. Dit kan ACI c.s. evenwel niet baten gezien het navolgende. Onder 3.2 MvA/MvG-inc heeft ThuisKopie onweersproken gesteld dat SONT bij de vaststelling van de vergoeding (door bijvoorbeeld een lager tarief voor DVD+ te hanteren) al rekening houdt met de toepassing van technische voorzieningen. Bij gebreke aan stellingen van de kant van ACI c.s. die in een andere richting wijzen, moet in dit geding daarom worden aangenomen dat met het gebruik dat thans 'mondjesmaat' van technische voorzieningen wordt gemaakt al bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding rekening wordt gehouden. Dit betekent dat vordering III van ACI c.s., voorzover zij ziet op het gebruik dat feitelijk van technische voorzieningen wordt gemaakt, bij gebrek aan belang niet kan worden toegewezen.

7. Vordering II. A van ACI c.s.: kopiëren uit illegale bron

Inleiding

- 7.1. Onder kopiëren uit illegale bron is te verstaan met name/onder meer het op een CD-R of DVD-R kopiëren ('downloaden') van muziek of films die door een ander zonder toestemming van de rechthebbenden op internet zijn gezet ('ge-upload'), zoals wel gebeurt bij 'peer-to-peer'- of 'BitTorrent'-netwerken. Onomstreden is dat dit 'uploaden' zonder toestemming inbreuk vormt op het openbaarmakingsrecht van de auteur.
- 7.2. In de visie van ACI c.s. is ook het kopiëren/'downloaden' uit een illegale bron strijdig met het auteursrecht – meer specifiek: het reproductierecht – en is de ThuisKopieregeling van artikel 16c AW daarop bijgevolg niet van toepassing. Zij hebben op deze grond gevorderd een verklaring voor recht dat bij de vaststelling van de hoogte van de thuisKopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron. Volgens ThuisKopie kan deze verklaring voor recht echter niet worden uitgesproken omdat het kopiëren uit illegale bron wel onder de ThuisKopieregeling valt (CvA blz. 20, voorlaatste alinea).
- 7.3. De rechtbank heeft hieromrent als volgt geoordeeld, zakelijk weergegeven.
 - (a) Het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal is – omdat daarmee niet wordt voldaan aan de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 ARI – zelf ook een illegale handeling. Derhalve valt het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw;

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

26

(b) de ARI laat evenwel onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van een privé-kopieën van illegaal materiaal. De ARI ziet daar niet op. Derhalve valt niet in te zien dat en waarom bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening mag worden gehouden met privé-kopieën van illegaal materiaal.

Op deze gronden heeft de rechtbank vordering I sub G (thans, in hoger beroep: vordering I.A) van ACI c.s afgewezen.

7.4 Met hun grief I zijn ACI c.s. – die 's rechtbanks oordeel (a) juist achten – opgekomen tegen het onder (b) weergegeven oordeel van de rechtbank. Thuiskopie schaart zich achter oordeel (b) van de rechtbank, maar voor het geval dit oordeel in hoger beroep geen stand zou houden heeft Thuiskopie met haar (voorwaardelijke) grief 1 in het incidenteel appel oordeel (a) van de rechtbank bestreden.

Grief 1 van ACI c.s. tegen oordeel (b) van de rechtbank

7.5 Bij de beoordeling van grief 1 van ACI c.s. moet veronderstellenderwijs tot uitgangspunt worden genomen dat kopiëren uit illegale bron niet onder artikel 16c Aw valt, en, gezien de verwijzing van de rechtbank naar de strijdigheid daarvan met de drie-stappen-toets, ook niet onder de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI.

7.6 Bij dit uitgangspunt heeft – zo volgt uit het onder 3.2 en 3.4 overwogene – de rechthebbende geen aanspraak op de specifieke in artikel 16c Aw/artikel 5 lid 2 sub ARI genoemde vergoeding en kunnen de desbetreffende kopieerhandelingen niet bij vaststelling van de hoogte daarvan in aanmerking worden genomen. Voorzover de rechtbank dit wel zou hebben bedoeld, kan haar oordeel (b) niet in stand blijven.

7.7 Het kan echter ook zijn dat de rechtbank in haar oordeel (b) een andere niet nader gespecificeerde billijke vergoeding op het oog heeft gehad, die niet de thuiskopievergoeding is maar wel op hetzelfde neerkomt. Dan geldt het volgende. Nu hier veronderstellenderwijs ervan uit wordt gegaan dat kopiëren uit illegale bron niet onder artikel 16c Aw/artikel 5 lid 2, aanhef en sub b ARI valt, zouden de rechthebbenden ten aanzien van kopiëren uit illegale bron op grond van artikel 1 Aw/artikel 2 ARI een verbodsrecht hebben. Wanneer de rechthebbende bij het kopiëren uit illegale bron aanspraak zou hebben op zo'n niet nader gespecificeerde billijke vergoeding, dan moet dit betekenen dat:

- i) hetzij die billijke vergoeding in plaats komt van het verbodsrecht;
- ii) hetzij die billijke vergoeding naast het verbodsrecht bestaat.

Mogelijkheid i) heeft tot gevolg dat de rechthebbenden hun verbodsrecht verliezen zonder dat daarvoor een rechtvaardiging – in de vorm van een toegestane beperking op het reproductierecht – bestaat. Daarom kan deze mogelijkheid niet worden aanvaard. Mogelijkheid ii) geeft daarentegen de rechthebbenden teveel van het goede: een verbodrecht én een billijke vergoeding. Dit is in strijd met het systeem van de Aw en de ARI, die immers een billijke vergoeding introduceren in (sommige) gevallen waarin het verbodsrecht is weggefallen. Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, laat de ARI derhalve niet de mogelijk open dat in gevallen die buiten de werkingssfeer van de in de ARI voorziene beperkingen vallen, op nationaal niveau tevens wordt voorzien in een billijke vergoeding. Dit volgt ook uit overweging 36 van de considerans van de ARI, luidende:

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

27

[d]e lidstaten kunnen ook een billijke compensatie voor rechthebbende voorschrijven wanneer zij de facultatieve bepalingen toepassen inzake beperkingen of restricties waarvoor zo'n compensatie niet verplicht is'.

Hieruit valt immers op te maken dat aan de ARI de gedachte ten grondslag ligt dat voor een billijke vergoeding alleen plaats is bij de in artikel 5 ARI genoemde beperkingen en restricties. Tot slot wordt in dit verband opgemerkt dat niet goed valt in te zien waarop de bevoegdheid van SONT om tot vaststelling van (de thuis kopie vergoeding mede op basis van) zo'n niet nader gespecificeerde billijke vergoeding zou berusten. Krachtens de Aw is zij alleen bevoegd tot vaststelling van de hoogte van de 'echte' thuis kopie vergoeding.

- 7.8 De slotsom luidt dat indien het kopiëren uit illegale bron niet onder de reikwijdte van artikel 16c Aw zou vallen, bij de bepaling van de hoogte van de thuis kopie vergoeding daarmee geen rekening mag worden gehouden. Het in rov. 7.3 weergegeven oordeel (b) van de rechtbank kan mitsdien niet in stand blijven. Grief 1 van ACI c.s. is terecht voorgesteld.

(Voorwaardelijke) grief 1 van Thuis kopie in het incidenteel appel

- 7.9 Aan de voorwaarde waaronder grief 1 van Thuis kopie – tegen oordeel (a) van de rechtbank, dat illegaal downloaden niet onder de Thuis kopie regeling valt – is ingesteld, is voldaan, zodat deze grief ter beoordeling voorligt. Deze grief steunt op de volgende argumenten.
- a. Artikel 16c Aw stelt niet de eis dat het gekopieerde werk rechtmatig is openbaargemaakt en uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om kopieën uit illegale bron niet onder de werkingssfeer van die bepaling te laten vallen. Van de kant van de Nederlandse regering is bij de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004 meermalen verklaard dat downloaden uit illegale bron onder de Thuis kopie regeling valt;
 - b. Downloaden uit illegale bron is niet in strijd met de drie-stappen-toets omdat i) het uitoefenen van het verbodsrecht van de rechthebbenden voor in de privé-sfeer gemaakte kopieën onmogelijk is en er wat dat betreft dus geen sprake was van een normale exploitatie waaraan afbreuk kon worden gedaan, en ii) de wettige belangen van de rechthebbenden door toepasselijkheid van de Thuis kopie regeling op downloaden uit illegale bron juist niet worden geschaad; dan ontvangen de rechthebbenden – die hun verbodsrecht tegen in de privé-sfeer gemaakte kopieën toch niet kunnen handhaven – daarvoor in ieder geval nog iets.
- 7.10 De rechtbank heeft niet nader toegelicht waarom zij van oordeel is dat kopiëren uit illegale bron niet voldoet aan de drie-stappen-toets. ACI c.s. hebben ter onderbouwing van hun standpunt, dat het toestaan van downloaden uit illegale bron in strijd is met die toets, onder meer aangevoerd dat een illegale activiteit op geen enkele manier is te verenigen met de wettige belangen van de rechthebbenden (MvA-inc onder 19), dat een heffing niet de schade kan repareren aan het belang van de rechthebbenden om zelf te bepalen op welke wijze hun werk aangeboden, verkocht en gepromoot wordt (MvA-inc onder 21) en dat het onmogelijk is dat de uit het downloaden uit illegale bron voortvloeiende 'gigantische' schade volledig of grotendeels door een heffing wordt gecompenseerd (pleitnota in hoger beroep onder

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

28

25). Het hof begrijpt dat ACI c.s. hiermee het volgende tot uitdrukking hebben willen brengen. Kopiëren ('downloaden') uit illegale bron veronderstelt dat er een ander is die daarvóór illegaal – dat wil zeggen: zonder toestemming van de auteursrechthebbende – het werk dat wordt gekopieerd, heeft openbaar gemaakt door dit op internet te plaatsen ('uploaden'). Door dit openbaarmaken zonder toestemming en betaling (de in MvA-inc onder 19 bedoelde 'illegale activiteit') wordt niet alleen de exclusieve bevoegdheid van de auteur om te beslissen of en onder welke omstandigheden hij zijn werk aan het publiek wil openbaren, ondermijnd, maar ontvangt de auteur ook geen enkele betaling voor die openbaarmakingshandeling. Door het downloaden uit illegale bron wordt het illegaal uploaden gestimuleerd en wordt een systeem, waarbij de een downloadt en de ander illegaal uploadt, en vice versa, in stand gehouden. Wanneer er niet meer uit illegale bron gedownload wordt, houdt het illegaal uploaden (uiteindelijk) grotendeels ook op. Aldus bezien is het kopiëren uit illegale bron een wezenlijke factor bij het teweegbrengen van dat nadeel bij de rechthebbenden. Nu deze nadelige gevolgen van het illegaal uploaden niet kunnen worden opgeheven door een thuiskopievergoeding, die immers alleen is verschuldigd voor de reproductiehandeling die bij het downloaden plaatsvindt, betekent dit dat door het kopiëren uit illegale bron de wettige belangen van de rechthebbenden onredelijk worden geschaad (de 3e stap van de drie-stappen-toets). Gezien het gebod van richtlijnconforme interpretatie moet artikel 16c e.v. Aw dienovereenkomstig worden uitgelegd, dus in de zin dat downloaden uit illegale bron is verboden. Een en ander aldus ACI c.s.

- 7.11 Het hof stelt voorop dat artikel 5 lid 2 sub b ARI, waarin is bepaald dat het de lidstaten is toegestaan een beperking op het exclusieve reproductierecht in wetgeving op te nemen voor het maken van een 'elektronische privé-kopie', zelf geen onderscheid maakt naar de bron waaruit de te kopiëren werk wordt verkregen. Er kan dan ook alleen sprake zijn van strijdigheid met de ARI wanneer het toepassen van de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI op downloaden uit illegale bron in strijd moet worden geacht met de in artikel 5 lid 5 ARI opgenomen drie-stappen-toets. In overweging 44 van de considerans wordt er in dat verband nog op gewezen dat '*de lidstaten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben*' en dat '*bijgevolg (...) het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter (zal) dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal*'.
-
- 7.12 Ook in artikel 16c e.v. Aw is niets bepaald over de al dan niet toelaatbaarheid van reproduceren uit illegale bron. Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004 is deze kwestie echter wel uitdrukkelijk ter sprake gekomen, getuige de volgende opmerkingen van de minister.
- *De internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KaZaa en vergelijkbare peer-to-peer diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert in het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van de auteursrechthebbende, is openbaargemaakt (...). Het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, kan er dus toe leiden dat van een illegale bron legale privé-*

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

29

kopieën worden gemaakt (...) (Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5, p 32);

- *Het heeft mijn voorkeur dat alleen van een legale bron een privé-kopie wordt gemaakt. Artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn en artikel 16c staan er evenwel niet zonder meer aan in de weg dat van een illegale bron een legale privé-kopie kan worden gemaakt. Zoals de leden van de CDA-fractie al opmerkten kan van de gebruiker veelal niet worden gevraagd te beoordelen of sprake is van een legaal origineel. Voorts heb ik twijfel bij de handhaafbaarheid van een dergelijke eis. Tenslotte zij er op gewezen dat de opname van de eis dat het slechts mag gaan om een legale bron met zich brengt dat de hoogte van de billijke vergoeding naar beneden toe moet worden bijgesteld. De billijke vergoeding is namelijk uitsluitend verschuldigd voor verlies van inkomsten door inkomsten door rechthebbenden vanwege het privé-kopiëren ingevolge artikel 16c. Dat verlies moet worden onderscheiden van omzetsuitval vanwege illegale, buiten de reikwijdte van artikel 16c vallende kopieën.* (Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5, p.33).
- *Artikel 16c verbindt aan het privé-kopiëren de voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald. De vergoeding is verschuldigd ongeacht of sprake is van een legale of illegale bron (...). Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op het gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart ook dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron.* (Nota naar aanleiding van het Nader Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr 8, p. 13)

Uit deze uitspraken van de kant van de Nederlandse regering blijkt dat zij van oordeel is dat volgens de Aw kopiëren uit illegale bron is toegestaan omdat dit onder artikel 16c lid 1 daarvan valt. Artikel 16c e.v. Aw moet daarom in deze zin worden uitgelegd. De regering heeft dit bewust zo bepaald, hetgeen naar zij kennelijk meent in overeenstemming is met de ARI.

- 7.13 De zojuist genoemde uitspraken van de minister berusten klaarblijkelijk op de volgende gedachtegang. Zolang technische voorzieningen nog niet in voldoende mate beschikbaar zijn (zie rov. 6.10 hiervoor) is een verbod op het maken van privé-kopieën uit illegale bron in de praktijk niet te handhaven (in latere brieven aan de Tweede Kamer over het auteursrechtbeleid heeft de minister hieraan toegevoegd dat aan zo'n verbod bovendien privacy-bezwaren kleven, TK 2008-2009, nr. 6 en TK 2009-2010, 29838, nr. 22, p. 13). De facto zullen de rechthebbenden bij een verbod op downloaden uit illegale bron dus geen betaling kunnen ontvangen. Gelet hierop zijn op dit moment de wettige belangen van de rechthebbenden beter gediend bij een systeem waarin het downloaden uit illegale bron is toegestaan, aangezien dat met zich brengt dat daarvoor in ieder geval thuiskopievergoeding aan de rechthebbenden is verschuldigd. Derhalve worden de belangen van de rechthebbenden niet onredelijk geschaad door het toestaan van downloaden uit illegale bron en is voldaan aan de eisen die de ARI stelt, aldus, zo begrijpt het hof, de regering.
- 7.14 Het hof stelt vast dat in het door de regering voorgestane systeem overeind blijft dat downloaden uit illegale bron tot gevolg heeft dat illegaal uploaden wordt gestimuleerd en dat de rechthebbenden in dat systeem derhalve geconfronteerd

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

30

blijven met de nadelige gevolgen van het illegaal uploaden die niet worden opgeheven door een thuiskopievergoeding. Het kan echter niet zonder meer worden gezegd dat reeds hierom het downloaden uit illegale bron in strijd is met (de 3^e stap van) de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 ARI nu alleszins denkbaar is dat die toets een concrete afweging van alle betrokken omstandigheden vergt, waaronder de omstandigheid dat een verbod op downloaden uit illegale bron op dit moment in de praktijk (nog) niet te handhaven is en de rechthebbenden daarom beter af zijn wanneer het downloaden uit illegale bron is toegestaan, en dat hiervan uitgaande de benadering van de minister in overeenstemming is met de (3^e stap van de) drie-stappen-toets. Indien dit zo zou zijn, dan is het Nederlands recht zoals omschreven/uitgelegd in rov. 7.12 *in fine* wel richtlijnconform, en is downloaden uit illegale bron toegestaan.

- 7.15 Indien het echter zo zou zijn dat de (de 3^e stap van) drie-stappen-toets zich tegen downloaden uit illegale bron verzet omdat dit tot gevolg heeft dat illegaal uploaden wordt gestimuleerd en voormelde concrete belangenafweging en vragen van handhaving (dus) geen doorslaggevende rol bij de beoordeling op basis van die toets spelen, dan is artikel 16c Aw in zoverre in strijd van de ARI. Gezien het in de eerste volzin van 7.14 overwogene is alsdan de afstand tussen hetgeen de ARI voorschrijft en hetgeen het Nederlandse recht inhoudt zo groot, dat de grens van richtlijnconforme interpretatie is bereikt. Dit geldt temeer nu in de Kabinetsreactie van 30 juni 2009 op het rapport van de "Werkgroep Auteursrecht" nog eens wordt bevestigd dat naar opvatting van de regering 'het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal (...) thans wel (is) toegestaan' (TK, 2009-2010, 28 838, nr. 22, blz. 14), waarmee blijkens de context van die woorden onmiskenbaar is bedoeld: downloaden uit illegale bron. Zeker gelet hierop zou de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze in het gedrang komen wanneer artikel 16c Aw op het punt van het downloaden uit illegale bron nu zou worden uitgelegd op de wijze als door ACI c.s. bepleit. Indien het Nederlandse recht in strijd zou zijn met de ARI, dan behoudt het Nederlandse recht zoals in rov. 7.12 *in fine* vastgesteld niettemin zijn gelding, zodat ook in dat geval in Nederland downloaden uit illegale bron is toegestaan.
- 7.16 Samenvattend. Ofwel aan de drie-stappen-toets is voldaan en dan is artikel 16c Aw, zoals uitgelegd onder 7.12 *in fine*, in overeenstemming met de ARI ofwel aan de drie-stappen-toets is niet voldaan en dat is artikel 16c Aw, zoals uitgelegd in rov. 7.12 *in fine*, zozeer in strijd met de ARI dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, zodat de in rov. 7.12 *in fine* omschreven uitleg van artikel 16c Aw prevaleert. Het in rov. 7.9 onder a. genoemde argument van Thuiskopie treft bijgevolg doel, en daarmee haar grief I in het incidenteel appel.
- 7.17 Voor de door ACI c.s. voorgestelde prejudiciële vragen 1, 1.a en 1.b naar, kort gezegd, de toelaatbaarheid onder de ARI van het kopiëren uit illegale bron, bestaat geen aanleiding, omdat het, naar uit het hiervoor overwogene blijkt, het antwoord op deze vragen niet van belang is voor de in deze door het hof te nemen beslissing.
- 7.18 Het voorgaande voert tot de slotsom dat kopiëren (waaronder downloaden) uit illegale bron onder de werkingssfeer van artikel 16c lid 1 Aw valt. Met deze handeling moet daarom rekening worden gehouden bij de vaststelling van de Thuiskopievergoeding. Vordering I.A van ACI c.s. is dan ook niet toewijsbaar. Het vonnis van de rechtbank zal op dit punt worden bekrachtigd, met wijziging van

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

31

gronden.

8. De oorspronkelijke vordering I sub I: de toestemmingskwestie

- 8.1 In de inleidende dagvaarding hebben ACI c.s. onder I sub I gevorderd een verklaring voor recht dat geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen. Hiertegen is ThuisKopie opgekomen met haar grief II in het incidenteel appel. Deze grief berust op de volgende drie stellingen:
- a) het past niet bij het systeem van globale heffing om in een geval waarin een rechthebbende toestemming heeft verleend voor het maken van een thuisKopie, daaraan de conclusie te verbinden dat de vergoeding moet worden verlaagd.
 - b) toestemming is voor kopieën die onder het regime van artikel 16c Aw vallen, niet aan de orde omdat daarin is bepaald dat het maken van een thuisKopie geen inbreuk op auteursrecht is en daarvoor dus geen toestemming is vereist; het al dan niet verleend zijn van toestemming is dus irrelevant.
 - c) wanneer de rechthebbende toestemming heeft verleend voor het maken van een thuisKopie, mag daaruit geenszins geconcludeerd worden dat hij zijn 'wettelijke aanspraak op thuisKopievergoeding' prijsgeeft.
- 8.2 Aangenomen moet worden dat ACI c.s. met 'toestemming' de situatie op het oog hebben dat de auteursrechthebbende jegens een ander (hierna: de gebruiker) afstand heeft gedaan van zijn uit zijn reproductierecht voortvloeiende rechten. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat niet valt in te zien dat de auteursrechthebbende in dat geval nadeel kan hebben geleden. Gelet op het onder 4.16 overwogene hoeft dan ook bij de bepaling van de hoogte van de thuisKopievergoeding geen rekening te worden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende toestemming heeft gegeven. Zou niettemin moeten worden aangenomen dat van enig nadeel sprake kan zijn dan zou dat niet tot een andere uitkomst leiden. Het hof licht dit als volgt toe. Artikel 5 lid 2 sub b ARI en artikel 16c lid 1 Aw vormen een beperking van het reproductierecht. Aan die beperking kan niet worden toegekomen wanneer afstand is gedaan van het reproductierecht. Er is dan niets meer om te beperken. Dit betekent dat de kopieerhandeling waarvoor toestemming is gegeven, niet onder het toepassingsbereik van de zojuist genoemde artikelen valt. En nadeel dat door zulke handelingen is teweeggebracht, mag niet worden meegeteld bij de vaststelling van de hoogte van de thuisKopievergoeding, zoals onder 3.4 is uiteengezet. Hierop stranden de stellingen a) t/m c) van ThuisKopie.
- 8.3 De stellingen b) en c) van ThuisKopie zouden alleen – en alleen dan – juist zijn wanneer onder 'toestemming' zou moeten worden verstaan: een verklaring of gedraging van de rechthebbende waarmee hij bevestigt dat (zoals al uit artikel 16c Aw volgt) de gebruiker zijn werk mag kopiëren voor eigen gebruik. Hierbij is echter geen sprake van 'echte' toestemming, van toestemming in de normale betekenis van het woord en de oorspronkelijke vordering I sub I van ACI c.s. ziet – naar ThuisKopie heeft moeten begrijpen – daar dan ook niet op.
- 8.4 De conclusie is dat voorzover gebaseerd op de stellingen a) t/m c), grief II van ThuisKopie in het incidenteel appel faalt. Met kopieerhandelingen waarvoor

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

32

toestemming is gegeven mag geen rekening worden gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding. Nu de beslissing op dit punt in hun voordeel uitvalt, hebben ACI c.s. geen belang meer bij de door hen in dit verband geformuleerde prejudiciële vraag.

- 8.5 In het kader van haar grief II heeft ThuisKopie er verder over geklaagd dat de rechtbank in het midden heeft gelaten wanneer er sprake is van toestemming. Omdat, zo betoogt ThuisKopie, partijen op dit punt fundamenteel van mening verschillen en de gevraagde verklaring voor recht hierover geen duidelijkheid verschaft, had de rechtbank de daartoe strekkende vordering bij gebrek aan belang behoren af te wijzen. De hier bedoelde klacht faalt ten aanzien van de verklaring voor recht over de expliciete toestemming. Het is voldoende duidelijk wat hiermee wordt bedoeld, namelijk een schriftelijke of mondelinge verklaring waarin met zoveel woorden toestemming wordt verleend. Maar de klacht treft doel ten aanzien van de verklaring voor recht over de impliciete toestemming. Zeker gezien de in de eerste aanleg tussen partijen gevoerde, en in hoger beroep voortgezette, discussie over de vraag of – zoals ACI c.s. stellen, maar ThuisKopie berwist – het niet toepassen van wel beschikbare technische voorzieningen als impliciete toestemming voor het kopiëren van de desbetreffende werken moet worden aangemerkt, is de door de rechtbank uitgesproken verklaring voor recht op dat punt te weinig concreet, zodat haar vonnis in zoverre niet in stand kan blijven. Het hof zal te dien aanzien opnieuw beslissen.
- 8.6 Van wat 'impliciete' toestemming wordt genoemd, kan sprake zijn a) bij een gedraging van de auteursrechthebbende waarin zijn wil tot uiting komt om toestemming te verlenen (artikel 3:33 BW) en b) bij verklaringen of gedragingen van de auteursrechthebbende die door de gebruiker redelijkerwijs mochten opgevat als uitingen van diens wil om toestemming te verlenen (artikel 3:35 BW). In de door het hof uit te spreken verklaring voor recht zal deze precisering worden neergelegd.
- 8.7 Naar de zojuist genoemde maatstaven kan overigens in het niet toepassen van wel beschikbare technische voorzieningen geen impliciete toestemming worden gezien, ook niet wanneer, zoals ACI c.s. stellen, bewust van het toepassen van die voorzieningen zou zijn afgezien. Aan die keuze kunnen immers zoveel redenen ten grondslag hebben gelegen dat de gebruikers enkel op grond daarvan niet redelijkerwijs hebben kunnen menen dat de rechthebbers de wil hadden om van hun reproductierecht afstand te doen.
- 8.8 Het bestreden vonnis zal op het punt van de toestemming worden vernietigd, doch alleen ten aanzien van het daarin gebruikte begrip 'impliciete toestemming'. Opnieuw rechtdoende zal een in de kern overeenkomstige verklaring voor recht worden uitgesproken, maar dan met precisering van dat begrip.

9. De kopieervergoeding in andere lidstaten

- 9.1 Onderdeel I sub O van de oorspronkelijke vordering van ACI c.s., thans hun vordering II.E, strekt tot een verklaring voor recht dat bij de bepaling van de thuiskopievergoeding wel rekening dient te worden gehouden met de hoogte van de billijke vergoeding in andere (EU-)lidstaten. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen, waarbij zij heeft overwogen dat de omstandigheid dat wat de hoogte betreft grote verschillen (kunnen) bestaan tussen de lidstaten inherent is aan de keuze

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

33

van de Europese regelgever om de hoogte van de billijke vergoeding niet te harmoniseren. Grief 3 van ACI c.s. keert zich tegen (onder meer) deze beslissing. Daartoe voeren zij aan dat 'fair compensation' wel een Europees begrip is dat in elke lidstaat op dezelfde wijze moet worden geïnterpreteerd, ingevuld en toegepast, en dat (grote) verschillen tussen de tarieven in de lidstaten strijd met het beginsel van vrij verkeer van goederen kunnen opleveren.

- 9.2 Bij MvA/MvG-inc heeft ThuisKopie opgemerkt dat in het geval een lidstaat veel hogere tarieven vaststelt dan die in andere lidstaten, een door artikel 28 EG-Verdrag verboden importbeperking of maatregel van gelijke werking aan de orde zou kunnen zijn (punt 4.2) en dat SONT wel degelijk naar de tarieven elders kijkt (punt 7.1, laatste zin). Bij pleidooi in hoger beroep heeft ThuisKopie bij monde van haar raadsman verklaard dat de vergoeding in Nederland niet uit de pas mag lopen met die in het buitenland omdat anders sprake zou van een verkapte invoerbeperking. Hieruit blijkt dat ThuisKopie de onderhavige vordering niet (langer) bestrijdt, zodat die vordering voor toewijzing gereed ligt. Voorzover gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van deze vordering slaagt grief 3 van ACI c.s.
- 9.3 In het kader van die vordering hoeft overigens niet te worden onderzocht of de Nederlandse tarieven tot de hoogste in Europa behoren, zoals ACI c.s. stellen onder 86 MvG, maar ThuisKopie betwist. Met die vordering wensen ACI c.s. immers alleen maar vastgesteld te zien dat rekening moet worden gehouden met de tarieven in de andere lidstaten, en niet in welke mate dat moet gebeuren.

10. De wanverhouding tussen de prijs van de drager en de heffing

- 10.1 Onderdeel I sub N van de oorspronkelijke vordering van ACI c.s., thans hun vordering II D, strekt tot een verklaring voor recht dat bij de bepaling van de thuisKopievergoeding wel rekening dient te worden gehouden met de dreigende wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen op grond van de overweging dat, naar ThuisKopie had gesteld, het in de rede ligt de thuisKopievergoeding te relateren aan de waarde van de daarop te kopiëren werken, en niet aan de waarde van de drager. Tegen deze beslissing zijn ACI c.s. opgekomen met (eveneens) grief 3.
- 10.2 Deze grief stoelt op de volgende stellingen (MvG punten 52, 53, 84-87 en 92-93, en pleitnota in hoger beroep punten 1 t/m 3). De groothandelsprijs van een gewone CD-R bedraagt 7 cent en de thuisKopieheffing 14 cent, dat is dus een heffing van 200%. Bij blanco DVD's is dat percentage zelfs 600%. Op dit moment bedraagt de thuisKopievergoeding in veel gevallen ongeveer 40% van de verkoopprijs. De hoogte van de heffing moet er niet toe leiden dat de dragers zo duur worden dat een reële afzet niet meer mogelijk is.
- 10.3 De hoogte van de thuisKopievergoeding moet worden bepaald aan de hand van de wettelijke maatstaven die besloten liggen in artikel 16c e.v. Aw, zoals deze – voorzover mogelijk – moeten worden uitgelegd in het licht van artikel 5 lid 2 sub b ARI. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de auteurs naar behoren worden gecompenseerd voor het gebruik dat van hun werk wordt gemaakt (zie rov. 4.7). De heffing die met de aldus bepaalde vergoeding correspondeert vormt doorgaans, samen met de groothandelsprijs, de ondergrens voor de verkoopprijs van blanco-

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

34

dragers. Kennelijk door met name illegale importen van (veel) goedkopere blanco dragers slagen de Nederlandse fabrikanten en importeurs er niet om hun prijzen op dat 'normale' niveau te houden. ACI c.s. zijn kennelijk de opvatting toegedaan dat het hierdoor bij de fabrikanten en importeurs veroorzaakte nadeel geheel of ten dele op de auteursrechthebbers dient te worden afgewenteld. Echter, noch in de ARI noch in de Aw is iets te vinden dat er op zou kunnen duiden dat bij de vaststelling van de hoogte van 'fair compensation'/billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met zulk nadeel van de fabrikanten of importeurs. De hier bedoelde vordering is daarom niet toewijsbaar en het bestreden vonnis zal op dit punt worden bekrachtigd. In zoverre faalt grief 3 van ACI c.s.

11. Grief III van Thuiskopie in het incidenteel appel

- 11.1. In de inleidende dagvaarding hadden ACI c.s. onder I sub A gevorderd een verklaring voor recht dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding 'wel rekening rekening dient te worden gehouden met het feit dat uitsluitend een vergoeding is verschuldigd terzake van voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven'. Hiermee wilden ACI c.s. in rechte vastgesteld zien dat bij de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening mag worden gehouden met het gebruik van het werk op opslagmedia die weliswaar geschikt zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, maar daarvoor niet bestemd zijn, zoals een bandje voor een dictafoon, diskettes, memory/USB-sticks (die bedoeld zijn om persoonlijke bestanden op te slaan) en DVD-Ram (waarmee back-up kopieën worden gemaakt). Bij repliek hebben ACI c.s. aangegeven dat ook voorwerpen die mede bestemd zijn om het werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, als voorwerpen in de zin van artikel 16c Aw moeten worden beschouwd. Thuiskopie meent echter dat deze opvatting van ACI c.s. te beperkt is, en dat alle voorwerpen tot het normale gebruik waarvan de opslag van beeld of geluid behoort om dit beeld of geluid ten gehore te (kunnen) brengen of te (kunnen) vertonen, zoals MP3-spelers en DVD-recorders met harde schijf, onder de Thuiskopieregeling vallen (punt 2.5 dupliek). Daarom heeft Thuiskopie afwijzing van vordering I sub A bepleit (zie blz. 20 en 22 antwoord), onder meer wegens gebrek aan belang (dupliek, blz. 5, laatste regel). De rechtbank heeft vervolgens vordering I sub A van ACI c.s. afgewezen op de grond dat ACI c.s. daarbij geen belang hebben.
- 11.2 Tegen deze beslissing heeft Thuiskopie incidenteel appel ingesteld met grief III, die inhoudt dat de rechtbank ten onrechte in het midden heeft gelaten of ook apparaten (zoals MP3-spelers en DVD recorders met harde schijf) voorwerpen kunnen zijn die bestemd of mede bestemd zijn om een werk ten gehore brengen in de zin van artikel 16c Aw. Omdat de rechtbank vordering I sub A van ACI c.s. heeft afgewezen zoals Thuiskopie verlangde, heeft Thuiskopie echter geen belang bij haar hoger beroep tegen die beslissing. De in incidentele grief III van Thuiskopie vervatte stelling zou niettemin in hoger beroep – als verweer tegen die vordering – aan de orde kunnen komen indien ACI c.s. van hun kant hoger beroep hadden ingesteld tegen de afwijzing van hun vordering I sub A, doch dat hebben zij niet gedaan. Opmerking verdient hierbij nog dat Thuiskopie in eerste aanleg niet zelf een vordering heeft ingesteld tot een verklaring voor recht, dat ook apparaten (zoals MP3-spelers en DVD recorders met harde schijf) voorwerpen kunnen zijn die bestemd of mede bestemd zijn om een werk ten gehore brengen in de zin van artikel 16c Aw.

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

35

Voorzover in het petitum van haar MvA/MvG-inc een vordering van die strekking zou moeten worden gelezen, kan die vordering niet in aanmerking worden genomen, ook niet in de vorm van een vermeerderde eis, nu de conclusie van antwoord de laatste gelegenheid was om een tegenvordering in te stellen (zie de artikel 137 en 353 lid 1, laatste zinsnede, Rv) en dat in die conclusie niet is gebeurd.

- 11.3 Het voorgaande komt er op neer dat ThuisKopie met haar stellingen in hoger beroep aangaande de vraag of MP3-spelers en dergelijke onder artikel 16c Aw vallen, miskent dat de (appel)rechter uitsluitend heeft te beslissen, en uitsluitend mag beslissen, op vorderingen die (in hoger beroep nog) aan de orde zijn, en niet op geschilpunten die weliswaar van belang kunnen zijn voor partijen, maar niet voor de beoordeling van die vorderingen.
- 11.4 Nu, naar uit het voorgaande blijkt, ThuisKopie geen (voldoende rechtens te respecteren) belang bij haar grief III heeft, hoeft die niet verder te worden beoordeeld.

12. Slotsom

- 12.1 Alleen grief 3 van ACI c.s. in het principaal appel en grief II van ThuisKopie in het incidenteel appel slagen, zij het beide slechts gedeeltelijk. In zoverre zal het vonnis van de rechtbank worden vernietigd en zal opnieuw recht worden gedaan als in de rov. 8.8 en 9.2 vermeld. Voor het overige zal dat vonnis worden bekrachtigd, ook – nu ACI c.s. nog steeds als de in de eerste aanleg voor het grootste deel in het ongelijk gestelde partij zijn te beschouwen – wat de proceskostenveroordeling betreft.
- 12.2 Van de door ACI c.s. in hoger beroep ingestelde vorderingen zijn alleen vordering I, met de in de rov. 4.16 genoemde precisering, en het subsidiaire deel van vordering II.B toewijsbaar. Het door hen in hoger beroep meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.
- 12.3 In het principaal appel zijn ACI c.s. grotendeels in het ongelijk gesteld, zodat zij in de kosten van die procedure zullen worden veroordeeld. ThuisKopie zal in de kosten van het incidenteel appel worden verwezen nu zij in die procedure grotendeels in het ongelijk is gesteld. SONT heeft zich in de procedure tussen haar en ACI c.s. gerefereerd aan het oordeel van het hof. Daarom zullen in die procedure de kosten worden gecompenseerd.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis uitsluitend voorzover het de beslissingen op de onderdelen I sub I en I sub O van de oorspronkelijke vorderingen van ACI c.s. betreft, en te dien aanzien opnieuw rechtdoende:

- # verklaart voor recht dat bij de bepaling van de hoogte van de thuisKopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of naar de maatstaven die zijn genoemd in rechtsoverweging 8.6 toestemming heeft

0703813256

Zaaknummer: 200.018.226/01

36

gegeven;

- # verklaart voor recht dat bij de bepaling van de hoogte van de
thuiskopievergoeding wel rekening dient te worden gehouden met de hoogte
van de kopieervergoeding in andere EU-lidstaten;
- # wijst af het meer of anders gevorderde;
- bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige;
- verklaart – naar aanleiding van de door ACI c.s. in hoger beroep bij wege van
wijziging van eis ingestelde vordering – voor recht dat de in artikel 16c Aw bedoelde
billijke vergoeding uitsluitend bedoeld is om het nadeel (te verstaan als: de voor de
desbetreffende kopieerhandeling gederfde licentievergoeding) dat de rechthebbenden
ondervinden van de reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van
artikel 16c Aw vallen, te compenseren;
- verklaart – naar aanleiding van de door ACI c.s. in hoger beroep bij wege van
wijziging van eis ingestelde vordering – voor recht dat bij de bepaling van de hoogte
van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met
kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende nihil is;
- wijst af het in hoger beroep bij wege van wijziging van eis meer of anders
gevorderde;
- veroordeelt ACI c.s. in de kosten van het principaal appel, tot op heden aan de zijde
van Thuiskopie begroot op € 2.985,-, waarvan € 303,- voor verschotten en € 2.682,-
voor salaris advocaat;
- veroordeelt Thuiskopie in de kosten van het incidenteel appel, tot op heden aan de
zijde van ACI c.s. begroot op € 1.341,- voor salaris advocaat;
- compenseert in de procedure tussen ACI c.s. en SONT de kosten van het hoger
beroep, aldus dat ieder de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, G.J. Heevel en M. De Cock Buning en is
uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 november 2010 in aanwezigheid van de
griffier.