

Zaaknr. 11/01131
Zitting van 11 mei 2012

Mr. Huydecoper
Conclusie
inzake

1. *ACI Adam B.V.*
 2. *Alpha International B.V.*
 3. *AVC Nederland B.V.*
 4. *B.A.S. Computers & Componenten B.V.*¹
 5. *Despec B.V.*
 6. *Dexxon Data Media and Storage B.V.*
 7. *de rechtspersoon naar vreemd recht Fuji Magnetics Nederland, inmiddels Fujifilm Recording Media GmbH*
 8. *Imation Europe B.V.*
 9. *Maxell Benelux B.V.*
 10. *Philips Consumer Electronics B.V.*
 11. *Sony Benelux B.V.*
 12. *Verbatim GmbH*
- Principaal eiseressen tot cassatie

tegen

Stichting De Thuis kopie
principaal verweerster in cassatie

Feiten² en procesverloop

1. In deze zaak hebben de partijen over een groot aantal vragen gestreden. In cassatie is nog maar één van die vragen – al is dat dan wel een alleszins wezenlijke vraag – aan de orde.

Dat rechtvaardigt een enigszins bekorte weergave van “het voorafgaande”; waarbij ik er uiteraard naar streef, de voor de beoordeling in cassatie relevante gegevens correct te vermelden.

2. De strijd tussen de partijen heeft steeds de vergoeding betroffen die art. 16c van de Auteurswet (Aw) aanwijst: de zogenaamde thuis kopie vergoeding.

Art. 16c Aw bepaalt in lid 1 dat het reproduceren van een (auteursrechtelijk beschermd) werk op een voorwerp dat voor het ten gehore brengen, vertonen of weergeven van het werk bestemd is, door een natuurlijke persoon die dat doet zonder direct of indirect commercieel oogmerk en met het uitsluitende doel de reproductie voor eigen oefening, studie of gebruik aan te wenden, geen inbreuk op het auteursrecht oplevert.

¹ T.a.v. deze partij en de partijen met nrs. 10 en 11 wordt een ontvankelijkheidsverweer gevoerd: zie alinea’s 115 – 120 hierna.

² Ontleend aan rov. 1.1 (onder a – e) van het bestreden arrest. Zie ook de rov. 2.1 – 2.6 van het (eind)vonnis in de eerste aanleg van 25 juni 2008.

Lid 2 vervolgt dan met de bepaling dat voor het reproduceren als in lid 1 bedoeld een billijke vergoeding verschuldigd is, en dat die vergoeding verschuldigd is door de fabrikanten dan wel importeurs van de in lid 1 bedoelde voorwerpen. Dit is de vergoeding die veelal als “thuiskopievergoeding” wordt aangeduid.

3. Het innen en onder de rechthebbenden verdelen van de thuiskopievergoeding is op de voet van art. 16d lid 1 Aw opgedragen aan de verweerster in cassatie, Thuiskopie. Voor de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding biedt art. 16e Aw een regeling, die er echter vooralsnog niet toe heeft geleid dat er tussen de betalingsplichtigen en Thuiskopie overeenstemming is bereikt.

4. De eiseressen tot cassatie, ACI c.s., zijn betalingsplichtigen als in art. 16c lid 2 Aw bedoeld. In het kader van de voortdurende meningsverschillen die Thuiskopie en de betalingsplichtigen verdeeld houden, hebben ACI c.s. een groot aantal stellingen aan de rechter voorgelegd, en gevorderd dat de rechter op de voet van die stellingen voor recht zou verklaren.

Zoals ik al aangaf, is uiteindelijk slechts één van de in dit verband aangevoerde stellingen in cassatie aan de orde.

5. Het gaat dan om de stelling dat bij de bepaling van de thuiskopievergoeding slechts rekening mag worden gehouden met het kopiëren, op de in art. 16c lid 1 Aw omschreven voet, van werken die verkregen zijn van “geautoriseerde” bronnen. Daaronder moet zoveel worden verstaan als: bronnen die met het oog op het privé-kopiëren als rechtmatig in omloop gebracht hebben te gelden.

Het kan dan gaan om bronnen ten aanzien waarvan door of vanwege de maker van het desbetreffende werk toestemming voor de (verdere) reproductie is verleend³, of om rechtmatig in het verkeer gebrachte werkexemplaren – bijvoorbeeld “originele” exemplaren van CD's of DVD's. Voor die exemplaren geldt weliswaar niet dat de makers toestemming hebben verleend voor het verder kopiëren; maar de regel van art. 16c lid 1 Aw zou er volgens ACI c.s. toe strekken dat van zulke exemplaren reproducties als in dat artikel bedoeld mogen worden gemaakt. Dat zou echter niet verder gaan: het (nogmaals) kopiëren op basis van een reproductie die met toepassing van art. 16c lid 1 Aw rechtmatig is gemaakt, zou buiten het bereik van die bepaling vallen.

6. Voor andere in omloop zijnde bronnen zou art. 16c lid 1 Aw volgens ACI c.s. niet (mogen) gelden. Men moet dan denken aan fysieke werkexemplaren die niet met toestemming van de rechthebbenden gemaakte reproducties zijn (zoals de in de vorige alinea bedoelde reproducties die een privé-persoon op basis van een “origineel” werkexemplaar heeft gemaakt; maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om reproducties die niet in de privésfeer zijn gemaakt of die wél met enig commercieel oogmerk zijn gemaakt). Men moet echter vooral denken aan bronnen, veelal via het internet aangeboden, die het mogelijk maken om beschermd werk zoals muziekstukken en films, per computer te “downloaden”, om daarvan vervolgens op de door art. 16c lid 1 Aw bedoelde voorwerpen reproducties te maken⁴. Het maken van privé-kopieën aan de hand van deze bronnen beschouwen ACI c.s. dus als niet in het kader van art.

³ Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij de materialen die de Apple-organisatie aan abonnees van haar I-systeem aanbiedt.

⁴ De als gevolg van “downloaden” verkregen reproductie die zich in de daarvoor gebruikte computer – gewoonlijk: op de “harde schijf” daarvan – bevindt, is overigens ook een reproductie zoals art. 16c lid 1 Aw die omschrijft; maar zoals hierna zal blijken, wordt in Nederland de thuiskopievergoeding alleen geheven in verband met de dragers waarop reproducties buiten de computer worden opgeslagen, zoals CD's en DVD's.

16c lid 1 Aw geoorloofd⁵; vandaar dat wel wordt gesproken van “illegale” of “niet-geautoriseerde” bronnen (en bij dat woordgebruik zal ik mij hierna aansluiten).

ACI c.s. willen aanvaard zien, niet alleen dat het maken van de hier bedoelde reproducties buiten het bereik van art. 16c lid 1 Aw valt, maar (vooral) ook dat met het maken van deze reproducties geen rekening mag worden gehouden bij het bepalen van de (door hen verschuldigde) thuiskopieergoeding.

7. De strijdende partijen zijn het er over eens dat het maken van reproducties op de in de vorige alinea's bedoelde voet – namelijk aan de hand van “illegale” bronnen – op grote schaal voorkomt. Als bij het bepalen van de thuiskopieergoeding daarmee geen rekening mag worden gehouden zou die vergoeding, naar mag worden aangenomen, zeer aanmerkelijk lager uitvallen dan wanneer dat wél zou mogen. Daarom zal men begrijpen waarom ik de strijdvraag in deze zaak hiervóór als “wezenlijk” heb gekwalificeerd. Het zou mij niet verbazen wanneer, als het namens ACI c.s. verdedigde standpunt het juiste zou blijken te zijn, de thuiskopieergoedingen die alsdan verschuldigd zouden blijken te zijn van een dusdanig beperkte omvang zouden blijken te zijn, dat het innen en verdelen daarvan de daarmee gemoeide lasten niet zou lonen⁶.

8. Met betrekking tot de hiervóór beschreven vraag oordeelde de rechtbank in de eerste aanleg, kort samengevat, dat het op de voet van art. 16c lid 1 Aw “vrijstellen” van het privé-kopiëren uit illegale bron moest worden aangemerkt als strijdig met de op dit onderwerp toepasselijke internationale rechtsbronnen; maar dat dat er niet aan in de weg stond om bij het bepalen van de thuiskopieergoeding van art. 16c lid 2 Aw, wél met het aldus plaatsvindende kopiëren rekening te houden.

9. In hoger beroep kwam het hof met een andere gedachtegang tot een uitkomst die in materieel opzicht vrijwel hetzelfde oplevert:

- Privé-kopiëren op basis van een “illegale” bron moet aan de hand van art. 16c lid 1 Aw wél als geoorloofd worden aangemerkt. De Nederlandse wetgever heeft een regeling in die zin kennelijk aangemerkt als verenigbaar met, met name, art. 5 lid 2 onder b van de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001, in de wandeling bekend als de “Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij” (en door mij hierna op het voetspoor van de partijen en van de rechters in de vorige instanties, aan te duiden als de ARI), rov. 7.12.
- Het is denkbaar dat de afweging waarop de Nederlandse wettelijke regeling berust, verenigbaar is met de in art. 5 lid 5 ARI bedoelde norm (aangeduid als de “driestappentoets”). In dat geval is de Nederlandse wetsbepaling ten opzichte van de ARI “richtlijnconform”, rov. 7.14.

⁵ Ik denk dat dat niet geldt, als het om een “legaal” via digitale media gedistribueerd werk gaat, zoals een film die met toestemming van de makers wordt uitgezonden – het “nemen” van een reproductie daarvan valt ook volgens ACI c.s. binnen de door art. 16c lid 1 Aw getrokken grens. Wij moeten hier dus denken aan zonder toestemming van de makers via het internet beschikbaar gesteld werk.

⁶ Het op de website www.cvta.nl te raadplegen jaarverslag van het College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten over 2009 (het meest recente dat aldaar is aan te treffen), bericht op p. 7 – 8 dat Thuiskopie in 2008 € 17 mln. incasseerde en in 2009 € 15 mln, terwijl een verdere teruggang van inkomsten verwacht werd in verband met de afnemende afzet van CD's en DVD's, vergeleken met andere, niet onder de thuiskopieregeling begrepen reproductiemiddelen.

Als men deze cijfers als uitgangspunt hanteert, ligt in de rede dat een aanmerkelijke aantasting van de basis waarop de thuiskopieergoeding berekend wordt, het totale voor inning beschikbare bedrag zodanig zou kunnen verminderen dat de baten inderdaad in een irreële verhouding tot de met incasso en repartitie gemoeide lasten zouden (kunnen) komen te staan.

- Als de “driestappentoets” zich ertegen verzet dat de wet het downloaden uit illegale bron toelaatbaar verklaart, is art. 16c lid 1 Aw in zoverre in strijd met de ARI. In dat geval is de discrepantie tussen de Nederlandse wet en de ARI echter zo groot dat dat zich ertegen verzet dat de Nederlandse wet “richtlijnconform” kan worden uitgelegd. Tussen rechtsgenoten zoals ACI c.s. en ThuisKopie, aan wie geen rechtstreeks beroep op Europese richtlijnen toekomt, geldt dan de Nederlandse wet, rov. 7.15.

10. Namens ACI c.s. is tijdig⁷ en regelmatig cassatieberoep ingesteld. ThuisKopie heeft laten concluderen tot verwerping, en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep laten instellen. ACI c.s. hebben tot verwerping van dat beroep laten concluderen. De standpunten zijn over en weer schriftelijk toegelicht. Van de kant van ACI c.s. is gerepliceerd.

Bespreking van de cassatiemiddelen

11. Het lijkt mij goed om, voor ik de cassatiemiddelen apart bespreek, enige gedachten neer te schrijven die mij hebben geholpen, de vrij complexe materie uit deze zaak “op een rij te zetten”; in de hoop dat de lezer daar in ongeveer dezelfde omvang baat bij zal hebben.

Dat begint er dan mee, dat zich bij eerste kennismaking van het probleem uit deze zaak de gedachte opdringt dat er voortdurend twee (of meer) gegevens als onlosmakelijk met elkaar verbonden worden behandeld, terwijl op aannemelijke gronden kan worden verdedigd dat tussen die gegevens niet het “noodzakelijke” verband bestaat dat hier wordt verondersteld.

Ik licht dat hieronder wat nader toe.

Hinken op twee of meer gedachten

12. Het auteursrecht⁸ strekt ertoe, de maker (of diens rechtverkrijgende, die ik hierna verder gemakshalve buiten beschouwing laat) exclusieve rechten te verlenen, mede – eigenlijk: vooral⁹ – met het oog op het lonend maken van de creatieve prestatie die in het beschermde werk is belichaamd.

Het is daarom goed te begrijpen dat dat recht erop is toegesneden, gebruik door derden van het werk waardoor de lonende exploitatie vanwege de maker wordt belet, belemmerd of anderszins benadeeld, tegen te gaan. Het gaat er immers (nu juist) om, die exploitatie aan de maker voor te behouden. Dat doel wordt niet bereikt als er gebruik van het werk mogelijk is dat beletselen etc. als zojuist bedoeld, oplevert.

13. Het probleem van de onderhavige zaak gaat terug op het verschijnsel dat particulieren van beschermde werken gebruik maken door deze voor eigen gebruik te reproduceren.

In vroeger tijden, toen het reproduceren van werken voor eigen gebruik niet op grote schaal mogelijk was, kon het buiten het bereik van het auteursrecht plaatsen van zulk reproduceren worden gebillijkt omdat de minimale schaal waarop dit zich kon voordoen, rechtvaardigde dat werd aangenomen dat de exploitatiemogelijkheden van de maker niet noemenswaardig konden worden benadeeld (laat staan belet of belemmerd)¹⁰.

⁷ Het arrest van het hof is van 15 november 2010. De cassatiedagvaarding is op 15 februari 2011 uitgebracht.

⁸ Wat ik hierna in verband met het auteursrecht zal bespreken is, denk ik, één-op-één toepasselijk als het gaat om de exploitatie van “naburige rechten” (maar zie alinea 102 hierna onder D). Slechts ter vermijding van hinderlijke herhaling zal ik die rechten hierna niet meer noemen – men beschouwe ze echter als “herhaald en ingelast”.

⁹ Een auteursrechthebbende kan er ook voor kiezen, zijn werk in het geheel niet te exploiteren, en dat ook niet openbaar te maken. Ook die keuzes beschermt het auteursrecht. Het praktische belang van dit aspect, en van daarmee vergelijkbare “persoonlijkheidsrechtelijke” aspecten van het auteursrecht, is echter uiterst beperkt.

¹⁰ (Bijna) geen regel zonder uitzondering: voor bouwwerken is het zojuist gezegde klaarblijkelijk niet van toepassing, en dat geval is dan ook steeds uitgezonderd van de vrijheid om, voor eigen gebruik of anderszins, te reproduceren (art. 16b lid 6 Aw).

14. Het “de minimis” karakter betekende, dat kopiëren voor eigen gebruik kon worden gebillijkt. Maar de regelgeving is ook, in ieder geval in de recentere tijd, beïnvloed door de gedachte dat het handhaven van een verbod op kopiëren voor eigen gebruik door particulieren praktisch hoogst bezwaarlijk zou zijn, en ook onaangename connotaties in verband met de privacy van de betrokkenen heeft¹¹. Ook hebben gedachten in verband met het o.a. in art 10 EVRM verankerde grondrecht van informatievrijheid, een rol gespeeld¹².

Overigens: het handhaven van auteursrechtelijke verbodsrechten ten opzichte van geringschalige reproductie door anderen dan particulieren¹³, is in praktisch opzicht nagenoeg even bezwaarlijk als de handhaving ten opzichte van particulieren zou zijn; en ook daar kunnen bezwaren met het oog op aspecten als privacy etc. een wezenlijke rol spelen.

15. Het “privé” reproduceren is echter met het verloop van de tijd steeds makkelijker geworden – eerst door voorzieningen als de fotokopie en het bandopnameapparaat (en iets later de cassetterecorder en de videorecorder); maar na de introductie van de PC en de modernere variaties daarop, in sterk versnelde mate door de vele verschillende manieren waarop met deze apparatuur allerlei werken kunnen worden opgeslagen, vermenigvuldigd en verspreid (en ook aangeboden en zichtbaar en/of hoorbaar gemaakt)¹⁴. Uiteraard geldt (ook) hier voor het reproduceren door anderen dan particulieren-voor-eigen-gebruik precies hetzelfde.

16. Inmiddels is, zoals de partijen in deze zaak van weerszijden beklemtonen¹⁵, het al lang volstrekt niet meer zo dat het reproduceren voor eigen gebruik door particulieren, een als niet noemenswaardig te kwalificeren benadeling van de exploitatie van werken door de makers oplevert. Integendeel, reproductie met de hier bedoelde middelen – door particulieren maar ook door anderen –, leidt er soms toe dat de exploitatie door de maker wordt verrijdeld; en leidt er op grote schaal toe, dat die exploitatie nadelig wordt beïnvloed¹⁶.

17. Het blijft intussen onverminderd gelden dat de handhaving van een verbodsrecht tegen reproductie op de beperkte schaal die hier (in het individuele geval) aan de orde is, praktisch ondoenlijk is en, indien wél in praktijk gebracht, bezwaren met het oog op de bescherming van de privésfeer e.a. zou oproepen.

¹¹ Het woord “heksenjacht” roept zo ongeveer het beeld op van de bezwaren die ik hier bedoel. De Nederlandse Parlementaire geschiedenis geeft er blijk van dat dit verschijnsel niet alleen op zijn eigen merites als bezwaarlijk is onderkend, maar ook, omdat als excessief gepercipieerde handhaving “het maatschappelijke draagvlak voor het auteursrecht in het algemeen” zou kunnen ondergraven (Kamerstukken II 2009 – 2010, 29 838, nr. 22, p. 13).

In Nederland is het gebleven bij het signaleren van de privacy-aspecten van handhaving in de particuliere sfeer. In Duitsland is al in een vroeg stadium door het BGH beslist dat dergelijke handhaving met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in belangrijke opzichten ontoelaatbaar was, zie BGH 29 mei 1964, GRUR 1965, p. 104 (gegevens ontleend aan Hugenholtz c.s., *The Future of Levies in a Digital Environment*, IVIR Amsterdam 2003, p. 11).

¹² Kamerstukken II 2002 – 2003, 28 482, nr. 5, p. 13.

¹³ Ik noem als voorbeeld het geringschalige kopiëren van bepaalde werken binnen een bedrijf of instelling. Daarvoor bieden de art. 16h e.v. Aw dan ook een uitzondering op het auteursrechtelijke verbodsrecht, waaraan praktische overwegingen van de hier genoemde strekking ten grondslag liggen. Dat hier ook (ooit) gedacht is langs de lijn dat de omvang van dergelijke reproductie een “de minimis”-benadering zou rechtvaardigen, is onaannemelijk.

¹⁴ Reeds de Parlementaire geschiedenis van de eerste wettelijke regeling van de “thuiskopievergoeding” signaleert dit, Kamerstukken II 1988 – 1989 20 656 nr. 5, p. 2, verwijzend naar Kamerstukken II 1987 – 1988, 20 656 nr. 3, p. 1 – 2; Spoor – Verkade – Visser, *Auteursrecht*, 2005, p. 216.

¹⁵ Uit de schriftelijke toelichting (repliek) namens ACI c.s. alinea 1.1: “ACI c.s. en Thuiskopie zijn het erover eens dat auteursrechthebbenden enorme schade lijden als gevolg van het massale kopiëren uit illegale bron.”

¹⁶ Gegevens hierover in de vindplaatsen en citaten die in de schriftelijke toelichting namens ACI in voetnoot 146 worden opgesomd; Zie ook Kamerstukken II 2008 – 2009, 29 838, nr. 19, p. 18 en Kamerstukken II 2001 – 2002, 28 482, nr. 3, p. 24.

Anders dan in de negentiger jaren van de vorige eeuw werd verwacht, hebben technische voorzieningen die het reproduceren (voor eigen gebruik of anderszins) in de digitale omgeving effectief kunnen tegengaan, zich niet doorgezet. Ik pretendeer geen enkele deskundigheid op dit gebied; maar ik waag, dat gezegd zijnde, de veronderstelling dat de oplossing van het onderhavige probleem langs de weg van technische voorzieningen, niet eerdaags valt te verwachten.

18. Ik meen daarmee het probleem te hebben geschetst dat hier voor regelgevers, en vervolgens voor de toepassers van de inmiddels gegeven regels opdoemt: het kopiëren door particulieren voor eigen gebruik is inmiddels een zéér serieuze factor geworden die ertoe bijdraagt dat de exploitatie van werken door de makers daarvan fors wordt belemmerd en soms zelfs onmogelijk gemaakt. Maar de belemmering of het beletsel wordt (dus) veroorzaakt door de gecombineerde effecten van kleinschalige reproductie van particulieren voor eigen gebruik en ongeautoriseerde kleinschalige reproductie in ander verband (dus door anderen dan particulieren of door particulieren, maar buiten het kader van het "eigen gebruik"¹⁷).

Alle genoemde vormen van reproductie komen op grote schaal voor; en bij al die vormen van reproductie stuit handhaving van het reproductierecht voor makers op vergelijkbare, praktisch (nagenoeg) onoverkomelijke bezwaren¹⁸.

19. Met deze gegevens voor ogen zal duidelijk zijn dat een regeling die ertoe strekt, kopiëren door particulieren voor eigen gebruik van het auteursrechtelijke reproductierecht uit te zonderen, en dat "goed te maken" door te voorzien in een billijke vergoeding voor de makers, op zichzelf niet geëigend is om in aanvaardbare mate aan het geschetste probleem tegemoet te komen.

Dat is dan vooral daarom het geval, omdat de bedreiging of aantasting van het exploitatierecht van de makers maar (zeer) gedeeltelijk is toe te schrijven aan privé-kopiëren binnen de geoorloofde grenzen. Die bedreiging of aantasting bestaat er in de praktijk immers ook voor een groot deel in, dat er buiten de geoorloofde grenzen kopieën worden gemaakt/doorgegeven/openbaar gemaakt, voor een deel door particulieren, maar ook voor een groot deel door rechtsgenoten die die status (van particulier) niet bezitten.

20. De in alinea 19 veronderstelde regeling dekt dus maar een beperkt vlak uit het probleemgebied. Voor het resterende deel van dat gebied blijft gelden dat er wel een forse aantasting van de belangen van de makers is, en tegelijk dat het praktisch vrijwel ondoenlijk is om ten gunste van die belangen handhavend op te treden.

Naarmate men de reikwijdte van het gebied waarop de in alinea 19 veronderstelde regeling van toepassing is *verkleint*, wordt enigszins paradoxaal zichtbaar, dat de toch al bedreigde positie van de makers verder wordt ondermijnd: terwijl er niets wordt gedaan aan het ongeautoriseerd kopiëren (en de handhavingsmogelijkheid onverminderd problematisch blijft), wordt er afgedongen op de omvang van het kopiëren waarvoor (althans) een billijke vergoeding tegemoet kan worden gezien.

21. Daar staat dan wel tegenover dat verkleining van de uitzondering betekent dat het bereik van het reproductie-monopolie wordt uitgebreid, en dat makers hun rechten dus in theorie in

¹⁷ Beide verschijnselen vertonen een aanzienlijke mate van "overlap". Het aanbod van werken die door particulieren voor eigen gebruik worden gereproduceerd bestaat voor een belangrijk deel uit niet-geautoriseerde reproducties die zelf niet onder de vrijstelling voor het "thuis kopiëren" vallen. Zonder het laatstgenoemde aanbod zou de omvang van het eerstgenoemde reproduceren waarschijnlijk aanzienlijk in betekenis afnemen. Omgekeerd geldt dat de aanmerkelijke behoefte van particulieren aan bronnen om reproducties van te maken, het aanbod van niet-geautoriseerde reproducties stimuleert, en minstens voor een relevant deel in leven houdt.

¹⁸ Ik spreek van "kleinschalige" reproductie. Bij grootschalige reproductie is de benadeling van de makers uiteraard nog groter; maar daar wegen de handhavingsproblemen en privacy-bezwaren (e.d.) minder zwaar.

ruimere mate zouden kunnen handhaven; maar zoals wij eerder zagen, bestaat een essentieel deel van het probleem er nu juist in, dat handhaving op het gebied van de reproductie-opbeperkte-schaal praktisch vrijwel onmogelijk, en ook overigens in verschillende opzichten bezwaarlijk is.

Tegenover de verkleining van het gebied waarop een billijke vergoeding tegemoet kan worden gezien, zou in dit geval dus een compensatie staan die kwalificatie als de spreekwoordelijke “dode mus” ten volle verdient.

22. Op gevaar af van “jumping to conclusions” te worden beschuldigd, denk ik dat oplossingen langs de in alinea 19 geschetste weg dus gedoemd zijn, tekort te schieten. Men is daarentegen, naar zich opdringt, genoodzaakt te zoeken naar oplossingen die erin voorzien dat de makers op een punt waar handhaving wél effectief mogelijk is, gecompenseerd worden voor het grootschalige reproducieren van hun werken, zowel binnen de geautoriseerde grenzen als daarbuiten, op het brede terrein waar handhaving niet goed mogelijk is.

Waarom ook dat laatste (dus: ook compensatie voor de reproductie buiten de geautoriseerde grenzen)? Omdat, bij gebreke van andere handhavingsmogelijkheden, zich hier de enige weg aandient die bewerkstelligt dat aan het aan makers toegebrachte nadeel toch, en misschien zelfs in een reële omvang, tegemoet wordt gekomen. Waar andere mogelijkheden ontbreken en men niet bereid is te berusten in “er is niets aan te doen”, dient zich hier een reële mogelijkheid aan om het nadeel voor de makers in grotere of kleinere omvang te ondervangen.

23. Ik verras de lezer niet als ik meedeel, dat allang bekend is wáár er een aanknopingspunt bestaat om wél handhavend op te treden in een relevant deel van de markt betreffende de reproductie van auteursrechtelijk beschermd werk. Dat is namelijk het geval bij de professionele producenten van en handelaren in de materiële voorzieningen die worden gebruikt bij de (kleinschalige) reproductie: de apparatuur en de dragers die voor reproductie, opslag, verzending en weergave van gereproduceerd beschermd werk (kunnen) worden toegepast.

24. In de lijn van het zojuist gezegde, verrast het wederom niet dat er heel wat regelgeving is die bij dit aanknopingspunt aansluiting zoekt – dus die erop berust dat bij de genoemde producenten en handelaren vergoedingen in rekening worden gebracht, die bestemd zijn om tegemoet te komen aan het nadeel dat geleden wordt doordat de voorzieningen in kwestie voor reproductie (zullen) worden gebruikt¹⁹.

25. De bedoelde regelgeving hinkt echter op een als verkeerd te bestempelen samenstel van gedachten. Ik vat dat samenstel van gedachten ruwweg zo samen, dat die regelgeving alleen toegestane vormen van reproductie zou mogen betreffen, en moet worden aangemerkt als compensatie voor de aantasting van het auteursrechtelijke reproductie-monopolie die is ontstaan doordat de desbetreffende reproductiehandelingen werden toegestaan.

Aan de hand van het hiervóór besprokene hebben wij immers gezien dat een op deze gedachte gebaseerde regeling (zoals in alinea 19 hiervóór geschetst), gedoemd is om aan het geschetste probleem niet, of hoogstens zéér inadequaet, tegemoet te komen. Bovendien geldt dat zo'n regeling snel aan betekenis verliest naarmate men die beperkter uitlegt; en – zie alinea 7 – bij al te “orthodoxe” uitleg zelfs iedere reële betekenis kan komen te missen.

¹⁹ Zie de beschouwingen in Kamerstukken II 1987 – 1988, 20 656 nr. 3, p. 8.

Blijkens Westkamp, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Part II, 2007, zijn er in 22 van de 27 EU-Lid-Staten thuis kopiëregelingen van kracht die ertoe strekken dat een billijke vergoeding wordt geïnd via de producenten en handelaren van, resp. in de hier bedoelde voorzieningen.

26. Denkend over een wél deugdelijke oplossing, stuit men erop dat het in alinea 23 genoemde uitgangspunt juist is: producenten van en handelaren in de voorzieningen die voor kleinschalige reproductie worden gebruikt, vormen misschien wel het enige, en op dit ogenblik ongetwijfeld het enige bruikbare aanknopingspunt om het aan makers toegebrachte nadeel in rekening te brengen bij degenen die dat nadeel ook veroorzaken (namelijk de gebruikers van de desbetreffende voorzieningen, die die inderdaad voor het reproduceren e.a. in praktijk brengen).

27. Op deze plaats aangekomen is het misschien goed er op te wijzen dat de “thuis kopiëregeling” waarin de Nederlandse Auteurswet voorziet, tenminste in dit opzicht niet aansluit bij het hiervóór geschetste beeld, dat die regeling beperkt is tot heffingen voor bij AMvB aangewezen categorieën middelen die bij reproductie van auteursrechtelijk beschermd werk kunnen worden toegepast. Bij de implementatie van die regeling is de Nederlandse wetgever vrij spaarzaam te werk gegaan. Zoals al even ter sprake kwam, geldt de Nederlandse regeling namelijk alleen voor een groep externe (ik bedoel dan: niet in computerapparatuur opgenomen) “dragers” zoals CD-ROMs en DVD’s, en niet voor de rijke schakering aan andere technische voorzieningen die voor het reproduceren, doorgeven, opslaan en weergeven van beschermde werken geschikt zijn (en ook op grote schaal worden toegepast)²⁰.

28. Logisch op het hiervóór besproken spoor doordenkend, komt men er toe dat de oplossing niet gezocht moet worden in een partiële beperking van het reproductierecht van makers, waar dan een min of meer compenserende aanspraak op een billijke vergoeding tegenover wordt gesteld. Wil men een effectieve en ook billijke oplossing, dan moet ten laste van de in alinea 23 bedoelde producenten/handelaars een vergoeding worden geheven die in een redelijke verhouding staat tot de (uiteeraard: geschatte) omvang van het reproduceren waarvoor de “belaste” voorzieningen zullen worden gebruikt en waarvoor niet langs andere weg een vergoeding zal worden betaald; waarbij uiteraard geldt dat het de betalingsplichtigen vrij staat – en zelfs aanmoediging verdient – om de betaalde vergoeding aan de afnemers/gebruikers die die uiteindelijk zouden moeten dragen, in rekening te brengen.

29. De vergoeding die mij voor ogen staat zou (dus) zowel het binnen legale grenzen gepleegde reproduceren moeten betreffen als het niet met effectieve handhaving bereikbare reproduceren dat met miskennis van die grenzen plaatsvindt – het nadeel voor de makers bestaat uit beide componenten, en zij hebben als het om niet-geautoriseerd reproduceren gaat een minstens zo valabele billijkheidsaanspraak op tegemoetkoming, als wanneer het wel-geautoriseerd reproduceren betreft^{21, 22}.

30. Het heffen van de bedoelde vergoeding hoeft als het om de daaraan ten grondslag te leggen ratio gaat, niet “gecompenseerd” te worden door een naventende uitbreiding van het

²⁰ Dat heeft geleid tot geschillen over de vraag of de Nederlandse wetgever heeft voldaan aan de verplichting om tegenover de verleende vrijstelling voor privé-kopiëren, te voorzien in een vergoedingsregeling die beantwoordt aan de rechtens geldende maatstaf voor wat als “billijke vergoeding” mag worden aangemerkt; zie hierover Hof Den Haag 27 maart 2012, rechtspraak.nl LJN BV9880, door mij geraadpleegd via IEPT (website) IEPT20120327. Op de aspecten die hier aan de orde zijn, hoeft in deze conclusie niet te worden ingegaan.

²¹ De door mij hier met een vrij omstandig betoog verdedigde benadering, sluit aan bij de door de rechtbank in het vonnis van de eerste aanleg in rov. 4.4.3 en 4.4.4 gevonden, en met een voorbeeldig sobere motivering toegelichte rechtsopvatting.

²² In de stukken wordt er op gewezen dat de ongeautoriseerde reproductie per saldo vermoedelijk (aanmerkelijk) nadeliger voor makers is, dan het wél geautoriseerde gedeelte van de kleinschalige reproductie. Dat komt niet alleen door de mogelijk aanzienlijk grotere omvang van ongeautoriseerd reproduceren, maar ook doordat het aanbod van ongeautoriseerde reproductiemogelijkheden naar zijn aard beduidend goedkoper kan zijn dan het aanbod van wél-geautoriseerde faciliteiten, en daardoor als concurrentiefactor voor de exploitatie door makers, extra bedreigend.

gebied waarbinnen legaal gekopieerd mag worden. Benaderd zoals ik hiervóór deed, gaat het hier om twee van elkaar los staande gegevens, die dan ook niet met elkaar in verband hoeven te worden gebracht. De ruimte waarbinnen men kleinschalige, niet-commerciële reproductie van het beschermde recht wil uitzonderen is, naar zich opdringt, naar wezenlijk andere criteria te beoordelen²³ dan de omvang waarin men het gerechtvaardigd acht, aan het nadeel als gevolg van (al-dan-niet legaal) reproduceren tegemoet te komen door een vergoeding met het oog op dat nadeel via de bedoelde producenten en handelaars aan de uiteindelijke gebruikers door te belasten.

31. Het tweede – het gebruiken van de mogelijkheid om een vergoeding voor het nadeel bij de gebruikers in rekening te brengen – betekent dan ook niet noodzakelijkerwijs dat het gebruik van de betrokkenen daarmee als geoorloofd gebruik moet worden aangemerkt – integendeel, een regeling die effectief en billijk is behoort juist ook de vergoeding voor ongeoorloofd gebruik in te sluiten; met als consequentie dat wat ongeoorloofd is, onverminderd ongeoorloofd blijft.

32. Er is (volop) rekening te houden met de tegenwerping: dan zouden rechthebbenden onder omstandigheden “dubbel betaald krijgen” – namelijk eenmaal via de door mij beschreven heffing, en nog eens als rechthebbenden er in slagen een illegale reproductie op te sporen en de betrokkene ter verantwoording te roepen (in rov. 7.7 van het bestreden arrest aanvaardt het hof ook een tegenwerping, ongeveer langs deze lijn).

Die tegenwerping lijkt mij echter niet doeltreffend. Nog daargelaten dat het hier besproken probleem er nu juist in bestaat dat het ter verantwoording roepen van degenen die op kleine schaal ongeautoriseerde reproducties maken of gebruiken, praktisch onmogelijk is, en dat dit probleem zich dus praktisch nauwelijks kan voordoen – mocht dat een enkele keer wél gebeuren²⁴, dan kan allicht bij de schadebepaling rekening worden gehouden met de al door de makers in kwestie ontvangen tegemoetkoming. Wij hebben in de rechtspraak lastiger problemen dan dit ontmoet en opgelost.

33. De tot dusver bekende regelingen leggen het eerder bedoelde, maar in werkelijkheid volgens mij niet deugdelijke, verband bijna altijd wél, of zij doen dat tot op zekere hoogte. Reproductie wordt ofwel van het uitsluitende recht van de makers uitgezonderd en dan “heffingsplichtig” verklaard, of niet uitgezonderd maar dan ook niet “heffingsplichtig” verklaard.

Door het verband zo te leggen roept men de in alinea’s 13 t/m 18 hiervóór beschreven probleemsituatie in het leven. Die is alleen²⁵ oplosbaar als men het hier gelegde verband – dat

²³ (Ook) namens ACI c.s. wordt er – met nadruk – op gewezen dat de ruimte rechtens voor uitzonderingen op het reproductierecht beperkt is (zie daarover intussen alinea’s 60 – 70 hierna); en dat verruiming van de mogelijkheid voor “geoorloofde” reproductie de exploitatie door makers ernstig nadelig beïnvloedt.

Dat vergelijkbare overwegingen opgeld zouden doen ten aanzien van een heffing die mede voor ongeautoriseerde reproductie zou gelden (zonder aan het ongeautoriseerd-zijn van de reproducties in kwestie te tornen), is niet aannemelijk.

²⁴ ACI c.s. doen in dat verband (schriftelijke toelichting, nr. 9.3.4) een beroep op gevallen waarin “downloaden” dat op grote schaal en uit evident illegale bronnen plaatsvindt, zou worden “aangepakt”. Ik denk dat ACI c.s. gelijk hebben, en dat de enkele keer dat zo iets gebeurt én ook door rechthebbenden kan worden achterhaald, het niet uitgesloten is dat er wél handhavend wordt opgetreden. Wat mij betreft doet dat echter niet noemenswaardig af aan het hier door mij verdedigde; zie ook voetnoot 18.

²⁵ Misschien zullen er met het verloop van de tijd en het voortschrijden van de techniek andere bruikbare oplossingen blijken. Op dit ogenblik lijkt het mij verantwoord om de hier geschetste oplossing als het enige reële alternatief aan te wijzen.

volgens mij inderdaad blijkt geeft van hinken op een aantal niet logisch met elkaar samenhangende gedachten²⁶ – laat varen.

34. Aan de hand van de hiervóór met enige stelligheid gedane beweringen, zal het duidelijk zijn dat het mij lief zou zijn wanneer de bestaande regelgeving ruimte liet voor een uitleg die de zojuist als verkieselijk beschreven oplossing dekt, benadert, of die tenminste een eindweegs die kant op gaat. Dat zal ik dan ook in deze conclusie, althans mede, (proberen te) onderzoeken.

35. Ik denk dan dat ik er goed aan doe, nu de volgende gegevens te onderzoeken:

a) De aan art. 16c lid 1 en lid 2 Aw te geven uitleg; met hantering van de voor dat gegeven beschikbare bronnen: tekst, strekking en geschiedenis van de wet; invloed hierop van de Europese en internationale regelgeving die de wetgever bij het totstandbrengen van de wet wilde, of behoorde te respecteren; de overige rechtsleer (doctrine en rechtspraak); en “last” maar zeker niet “least”, beoordeling aan de hand van doelmatigheid en redelijkheid.

b) De vraag of de aldus gevonden uitleg verenigbaar is met de op het geval toepasselijke Europese en internationale rechtsbronnen; en bij ontkennende beantwoording: de vraag van de gevolgen daarvan.

Aan de hand van de voor deze vragen gevonden uitkomsten zou het mogelijk moeten zijn de over en weer ingebrachte cassatieklachten (althans voorzover die op de toepassing van art. 16c Aw zien²⁷), te beoordelen.

ad a) De aan art. 16c Aw in het licht van de relevante rechtsbronnen te geven uitleg.

Wettekst en wetsgeschiedenis

36. De tekst van art. 16c lid 1 Aw bevat volgens mij geen aanwijzingen die relevant zijn voor de vraag of de bepaling alleen het privé-kopiëren van “legaal” bronnenmateriaal van het auteursrechtelijke reproductierecht beoogt uit te zonderen, of ook het kopiëren van bronnen die de betrokkene als niet-legaal onderkent of zou kunnen onderkennen en/of bronnen die daadwerkelijk niet-legaal zijn, maar waarvan dat door de betrokkene redelijkerwijs niet kan worden vastgesteld.

De tekst van lid 1, en ook van lid 2, bevat ook geen aanwijzingen voor het antwoord op de – volgens mij dus van de vorige vraag te onderscheiden – vraag, of bij de bepaling van de door het wetsartikel voorziene *vergoeding* alleen rekening mag worden gehouden met de kopieerhandelingen die onder de door art. 16c lid 1 Aw bestreken vrijstelling vallen, of ook met andere, en dus niet als “vrijgesteld” aan te merken handelingen.

37. Uit de Parlementaire geschiedenis van de bepaling blijken wél duidelijke antwoorden op beide vragen.

Van de kant van de Regering is bij herhaling onomwonden te kennen gegeven dat de door art. 16c lid 1 Aw beoogde vrijstelling van het auteursrechtelijke reproductieverbod gold,

²⁶ Een passage uit Kretschmer, *Private Copying and Fair Compensation*, 2011, p. 7: “The system as a whole is deeply irrational, with levies for the same devices sold in different EU countries varying arbitrarily”, heeft mij dan ook bepaald aangesproken.

²⁷ De partijen twisten namelijk ook over enkele minder belangrijke kwesties waarbij art. 16c Aw niet aan de orde is; zie alinea’s 115 e.v. hierna.

ongeacht of gekopieerd werd van een als legaal of als illegaal te kwalificeren bron, en dat voor de vergoedingsplicht hetzelfde gold²⁸.

De reacties van de kant van het Parlement geven geen blijk van een andere opvatting, maar veeleer van instemming met het Regeringsstandpunt. Ik meen dan ook dat de bedoeling van de wetgever in dit geval eenduidig is, en wel in die zin dat art. 16c Aw zowel het kopiëren uit “legale” als uit “illegale” bronnen bestrijkt en dus, in logische aansluiting daarop, de voorgeschreven billijke vergoeding zowel voor het maken van privé-kopieën uit legaal als uit illegaal bronnenmateriaal op het oog heeft.

38. Ook de strekking van de wettelijke regeling moet volgens mij in die zin worden begrepen. Het feit dat die regeling het vervolg vormt op een reeds voorheen geldende regeling die in dezelfde zin placht te worden uitgelegd²⁹ – terwijl bij herhaling blijkt van de bedoeling om bij het eerdere recht op dit punt aan te sluiten – wijst in die richting.

Belangrijker nog lijkt mij, dat de beperkter uit te leggen regeling die ACI c.s. verdedigen, zowel in praktisch opzicht als vanuit billijkheidsoogpunt overwegende bezwaren oproept.

39. Zoals hiervóór bleek, vormen voor de thuiskopieregeling belangrijke motieven

- dat, ofschoon het privé-kopiëren een aanmerkelijke schade voor de makers van beschermde werken betekent, het door middel van rechtstreekse handhaving tegen dit nadeel opkomen vooralsnog (en ook op wat langere termijn) als praktisch onmogelijk werd (en wordt) aangemerkt, waarbij nog komt

- dat praktische handhaving ten opzichte van privé-kopieerders om verschillende rechtspolitieke redenen – privacy-argumenten, overwegingen van informatievrijheid en ook gedachten omtrent het “draagvlak” voor auteursrechtelijke bescherming in het algemeen – als onwenselijk werd aangemerkt.

40. De zojuist genoemde bezwaren gelden voor privé-kopieren in het algemeen. Zij verschillen qua gewicht niet wezenlijk, of het nu om kopiëren van legale dan wel van illegale bronnen gaat. Een regeling die zich slechts op een beperkt deel van het probleem – namelijk: alleen op het kopiëren uit legale bronnen – zou richten, moet daarom, zoals ik dat hievóór al uitvoerig heb betoogd, als onvoldoende worden gekwalificeerd: aan datgene wat die regeling zou beogen te “verhelpen” of te vermijden, zou voor het belangrijkste deel niet worden toegekomen.

Vandaar mijn bevinding dat de regeling zoals ACI c.s. die uitgelegd willen zien, in praktisch opzicht (al te) gebrekkig zou zijn – en dat wij niet mogen aannemen dat dat met de strekking van de regeling strookt.

41. En wat het billijkheidsaspect betreft: bij het uitgangspunt dat praktische handhaving van het auteursrechtelijke reproductierecht ten opzichte van privé-kopiëren, of dat nu uit legale of uit illegale bronnen gebeurt, vrijwel onmogelijk is, en dat langs die weg dus niet aan de voor de rechthebbenden ontstaande schade tegemoet kan worden gekomen, is een oplossing langs de door ACI c.s. verdedigde lijnen, waarbij wat vermoedelijk het grootste deel van de in de privésfeer plaatsvindende kopieeractiviteit vormt, alsnog buiten schot wordt gelaten, ook als bepaald onbillijk te bestempelen.

²⁸ Kamerstukken II 2001 – 2002, 28 482, nr. 3, p. 45; Kamerstukken II 2002 – 2003, 28 482, nr. 5, p. 32 – 33; Kamerstukken II 2002 – 2003, 28 482, nr. 8, p. 13;

²⁹ Kamerstukken II 2001 – 2002, 28 482, nr. 3, p. 23 en p. 45 – 46; Kamerstukken II 2002 – 2003, 28 482, nr. 5, p. 32 – 33; T&C Intellectuele Eigendom, Visser, 1998, art. 16c Aw, aant. 1 en 2; Spoor – Verkade, Auteursrecht, 1993, nr. 170; De Vries, Geschiedenis van de Auteurswet 1912 etc. (losbl.), p. 16c.1 – 15.

42. In de schriftelijke toelichting namens ACI c.s. wordt in dit verband aangevoerd dat het niet te verantwoorden zou zijn wanneer de wetgever de rechthebbenden hun verbodsrecht jegens de particulieren die uit illegale bronnen kopieën maken zou ontnemen (en daar “slechts” een soort dwanglicentie met toekenning van een vrij bescheiden vergoedingsrecht tegenover zou stellen). Daarbij wordt een beeld geschetst van hoe, wanneer dit verbodsrecht wel zou bestaan, de betrokkenen daar toch nog iets nuttigs mee zouden kunnen uitrichten³⁰.

De wetgever is er echter op wat mij betreft volstrekt plausibele gronden, van uit gegaan dat handhaving op dit gebied niet slechts (vrijwel) onmogelijk, maar ook bepaald onwenselijk was. Het eerste althans, is ook door het hof in het bestreden arrest aangenomen. Met die gegevens voor ogen kunnen de hier bedoelde argumenten van ACI c.s. in cassatie voor de uitleg van de Nederlandse wet geen gewicht in de schaal leggen.

43. Aan de hand van de parameters: wetsgeschiedenis en strekking van de wet, komt men dus tot de uitkomst dat de namens ACI c.s. verdedigde uitleg van die wet niet aanvaardbaar is.

44. Bij de totstandkoming van de huidige thuiskopieregeling uit de Nederlandse Auteurswet heeft de wetgever zich terdege rekenschap gegeven van de toepasselijke Europese regelgeving – de nieuwe wet beoogde implementatie van de ARI, zodat daarvan om voor de hand liggende redenen goede nota is genomen – en van de relevante internationale verdragen.

Het is onmiskenbaar dat de wetgever meende dat de regeling zoals die tot stand werd gebracht met beide rechtsbronnen in overeenstemming was³¹. Ik denk (al) daarom dat die bronnen niet tot een andere uitleg van de Nederlandse wet kunnen bijdragen. Dat laat de mogelijkheid open dat de Nederlandse wet toch met die bronnen in strijd is; maar of dat het geval is en of dat tot een aangepaste toepassing van de Nederlandse wet moet leiden, vormt het onderwerp van het volgende hoofdstuk (“ad b”).

Rechtspraak en doctrine

45. Wat het in dit “kopje” bedoelde gegeven betreft moet er, denk ik, een onderscheid gemaakt worden tussen de bronnen die specifiek de uitleg van het Nederlandse art. 16c Aw betreffen, en bronnen die art. 5 lid 2 onder b van de ARI betreffen of anderszins de marges onderzoeken waarbinnen privé-kopiëren naar de maatstaven van internationaal recht zou kunnen worden toegestaan.

Als het om de Nederlandse wet gaat is er een vrij brede consensus dat die in de hiervóór besproken zin moet worden begrepen; dus: dat de wet ertoe strekt, ook het privé-kopiëren uit “illegale” bron van het verveelvoudigingsverbod van de art. 1 jo. 13 Aw uit te zonderen – én daarop dus de “thuiskopievergoeding” van toepassing te laten zijn³².

46. Wat het tweede gegeven betreft, is er geen sprake van een vergelijkbare consensus: de beschikbare bronnen laten een vrij brede marge van meningsverschil zien, als het er om gaat welke ruimte de verschillende internationale regelingen de aangesloten landen laten voor het

³⁰ Het verbodsrecht op privé-kopiëren uit illegale bron, zo vat ik het samen, zou een “signaalfunctie” hebben, en daardoor het binnenlands kopiëren uit illegale bron kunnen ontmoedigen; en het zou ertoe kunnen bijdragen dat het aanbod van illegaal voor kopiëring geëigend materiaal werd teruggedrongen. Wat dat laatste betreft veroorloof ik mij de opmerking dat, aangezien voor kopiëren vatbaar materiaal niet slechts vanuit Nederland wordt aangeboden maar uit alle hoeken van de wereld, wij ons in dat opzicht van de ontmoedigende werking van een – praktisch niet te handhaven – Nederlands verbod van kopiëren uit illegale bron, geen overdreven voorstellingen moeten maken.

³¹ Zie behalve de in voetnoot 28 genoemde vindplaatsen Kamerstukken II 2001 – 2002, 28 482, nr. 3, p. 16 e.v.

³² In die zin Schrijvers, Computerrecht 2011, 69; Alberdingk Thijm, NJB 2011, 857, p. 1121; Ringnalda c.s., Auteursrechtinbreuk door P2P filesharing, CIER 2009, p. 20 e.v.; Senfleben, AMI 2009-1, p. 3 en IER 2008, 65, p. 265; Siemerink, MvV 2008, p. 182 en 186; Seignette, AMI 2006 - 1, p. 21; Van Gompel, AMI 2006 – 2, p. 52; Spoor – Verkade – Visser, Auteursrecht, 2005, p. 272.

inruimen van uitzonderingen op, wat onze zaak aangaat, het reproductieverbod. Iets dergelijks geldt ook voor de ARI.

De bedoelde bronnen constateren af en toe dat de Nederlandse wet ertoe strekt, het privé-kopiëren van een illegale bron binnen de beoogde vrijstelling te brengen³³ – in zoverre sluiten die aan bij de eerder aangehaalde “binnenlandse” bronnen. Voor zover deze bronnen ertoe strekken dat de toepasselijke internationale regels een andere uitkomst voorschrijven, strekken zij er uiteraard ook toe dat de Nederlandse regel moet worden afgewezen – maar niet, dat die anders moet worden uitgelegd dan tot dusver bleek. In dat opzicht betreffen deze bronnen het onderwerp van het volgende hoofdstuk (“ad b”): de verenigbaarheid van de Nederlandse wet met de op dit onderwerp toepasselijke internationale regelingen.

47. De zojuist aangehaalde bronnen kennen veel betekenis toe aan de parameters die de toelaatbaarheid van uitzonderingen op het auteursrechtelijke reproductierecht bepalen, in de wandeling vaak aangeduid als de “driestappentoets”^{34, 35}.

Ik meen er goed aan te doen, de verwijzingen naar deze toets ook te bespreken in het volgende hoofdstuk (“ad b”).

Doelmatigheid en redelijke uitkomsten

48. Wat ik over deze gegevens denk, zal voor het overgrote deel al zijn gebleken in de alinea’s 19 – 33 hiervóór.

Ik denk dat de wetgever op zeer plausibele gronden kon oordelen dat handhaving van een reproductieverbod ten opzichte van privé-kopiëren op onoverkomelijke praktische en ook wel op principiële bezwaren stuit, en dat dat in ongeveer gelijke mate geldt of het nu gaat om privé-kopiëren uit legale dan wel uit niet-legale bronnen.

In het verlengde daarvan kon worden besloten dat het de voorkeur heeft, het privé-kopiëren over de hele linie van het auteursrechtelijke reproductieverbod uit te zonderen, en om in de aldus ontstaande lacune in de auteursrechtelijke bescherming te voorzien door via een heffing op (sommige van) de bij het privé-kopiëren bruikbare middelen, een vergoeding voor de benadeelde makers te verwezenlijken.

49. Het dringt zich om de eerder besproken redenen immers op dat de andere oplossing – het volledig handhaven van het auteursrechtelijke reproductieverbod ook in de privésfeer, dan wel het beperken van een vrijstelling van kopiëren in de privésfeer tot het kopiëren uit legale bron – leidt tot een situatie waarin nog altijd niet effectief tegen schending van het aldus aanzienlijk uitgebreide reproductierecht kan worden opgetreden en waarin de met dat optreden in verband gebrachte principiële bezwaren in aanzienlijk versterkte mate opgeld (gaan) doen; terwijl in materieel opzicht de voor makers beschikbare compensatie gevoelig wordt verminderd. We zien dan voor ons het omgekeerde van de in het politieke discours geliefde “win – win-situatie”: een “verlies – verlies-situatie”.

³³ Kretschmer, *Private Copying and Fair Compensation*, 2011, p. 34 – 35, verwijzend naar het arrest a quo; Westkamp, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Part II, 2007, p. 351.

³⁴ Zoals Ricketson – Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Vol. I, 2006, nr. 13.10 schrijven: “With a faint allusion to ballroom dancing, the three conditions of article 9(2), as now transposed to the WCT and the TRIPs Agreement, have become generally known as the “three step test”.

³⁵ Die parameters gaan terug op art. 9 lid 2 van de Berner Conventie (BC); men vindt ze onder meer terug in art. 13 van het TRIPs-Verdrag (Bijlage bij het Verdrag tot oprichting van de wereldhandelsorganisatie, Marrakech 15 april 1994, Trb. 1994, 235, 1995, 130 en 263 en 1996, 325. Het TRIPs-verdrag is door mij geraadpleegd in de SDU Wettenverzameling *Intellectuele Eigendom*, editie 2012; in art. 10 lid 1 van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake het auteursrecht (Verdrag van 20 december 1996, Trb. 1998, 247, eveneens te raadplegen in de zojuist genoemde SDU Wettenverzameling; de gebruikelijke afkorting van de naam van dit verdrag is: WCT) – de ARI strekt mede ter uitvoering van dit verdrag; en in art. 5 lid 5 van de ARI.

50. Uit het eerder besprokene zal overigens zijn gebleken dat de omstandigheden waarmee de wetgever geconfronteerd werd, wat mij betreft in uitgesproken mate een oplossing aandringen die nog enkele stappen verder gaat: namelijk een oplossing die wél voorziet in heffing van bedragen ten laste van de producenten van en handelaren in voor reproductie geëigende voorzieningen, maar niet in een daarmee gepaard gaande beperking van het door het auteursrecht aan de makers voorbehouden reproductierecht. Zoals ik in alinea 32 hiervóór heb aangegeven, zie ik niet in dat daarmee een rechtens bedenkelijk “dubbelop” zou worden teweeggebracht.

51. Een regeling zoals in de vorige alinea bedoeld is er echter niet. De regel van art. 16c Aw, zoals die blijkens het voorafgaande volgens mij moet worden uitgelegd, gaat in tenminste twee opzichten minder ver: hij voorziet wél in een uitzondering op het exclusieve recht van de makers vóórdat daar een aanspraak op een billijke vergoeding tegenover wordt gesteld; en hij voorziet (dus) niet in die aanspraak – op een billijke vergoeding – in gevallen waartoe de verleende uitzondering op het exclusieve recht van de makers zich niet uitstrekt (daarbij is dan te denken aan het kleinschalige kopiëren dat buiten de beperkingen treedt die voor de geoorloofde privé-kopie zijn gesteld). In beide opzichten schiet de regeling tekort ten opzichte van wat ik hiervóór als de meest verkieslijke oplossing heb aanbevolen.

52. Dat neemt echter niet weg dat de regeling van de Nederlandse wet (ik herhaal: uitgelegd zoals hiervóór aanbevolen, een herhaling die ik hierna ter bekorting van mijn betoog verder maar achterwege zal laten), wel beduidend beter aan de in geding zijnde belangen toekomt dan de regeling die namens ACI c.s. wordt verdedigd³⁶; een regeling die, daar komt het op neer, de beperking van het auteursrechtelijke reproductierecht die in het kader van de verschillende ingeroepen internationale bepalingen beoogd c.q. toegestaan zou zijn, tot een minimum terugbrengt en tegelijk ook de marge waarbinnen aanspraak op een billijke vergoeding bestaat terugbrengt tot minimale, of in een wat verder gaande uitleg zelfs: tot verwaarloosbare proporties (ik verwijs weer naar alinea 7 hiervóór).

53. Het namens ACI c.s. verdedigde systeem gaat immers uit van de volgende driedeling:

a) Er zijn werken waarvan (privé-)reproductie krachtens toestemming van de maker (dus: krachtens licentie) geoorloofd is. Dan is er uiteraard geen inbreuk op het auteursrecht, en ook geen vergoedingsplicht (behalve voor zover de licentierelatie daarin voorziet). Het is hier ook niet doorslaggevend of de reproductie door een particulier en voor eigen oefening etc. plaatsvindt – beslissend is of de reproductie binnen de engere of ruimere termen van de licentie valt.

b) Er zijn onrechtmatig (wat betekent: zonder de relevante toestemming van de rechthebbende) aangeboden bronnen. Daaruit mag, ook binnen het bereik van de vrijstelling voor de reproductie voor eigen oefening, studie of gebruik, niet worden gereproduceerd (en er hoeft daarom ook geen billijke vergoeding te worden betaald). En

c) er kan een rest-categorie worden aangewezen waarvoor krachtens wettelijke vrijstelling geldt dat kopiëren voor eigen oefening etc. door een particulier toegestaan is, maar dat aan de maker dan een billijke vergoeding toekomt. Het gaat hier dan om gevallen waarin niet een uitdrukkelijke of stilzwijgende licentie mag worden aangenomen – die vallen in de

³⁶ Ik herinner overigens aan het in alinea 27 hiervóór besprokene: de Nederlandse thuis kopiëregeling zoals die nu luidt, gaat in verschillende opzichten (aanzienlijk) minder ver dan volgens sommigen – waaronder het Haagse hof – zou stroken met de verplichting om in een “billijke vergoeding” te voorzien.

eerste categorie –, en het maken van een privé-kopie niettemin als “legaal” mag worden gekwalificeerd. Welke gevallen dat precies zijn, is tussen de partijen omstreden, maar in de namens ACI c.s. verdedigde zienswijze gaat het, als ik het goed zie, vooral om de gevallen waarin op basis van een in het verkeer gebrachte “originele” drager waarop een werk is vastgelegd³⁷, en zonder dat bij het in het verkeer brengen van die drager toestemming voor verdere reproductie is verleend, een of meer privé-kopieën door de natuurlijke persoon in kwestie zélf, voor eigen oefening etc., worden gemaakt³⁸.

54. Men kan ook zonder te beschikken over relevante onderzoekgegevens wel begrijpen a) dat de gevallen die in subalinea 53 onder c zijn aangewezen als volgens ACI c.s. relevant voor bepaling van de “thuiskopievergoeding” (want: wél begrepen onder wat volgens ACI c.s. een toegestane uitzondering op het auteursrechtelijke reproductierecht zou zijn), een verhoudingsgewijs weinig betekenend gedeelte vormen binnen het totaal van wat er aan kleinschalige reproductie, in de privésfeer of anderszins, plaatsvindt; b) dat de daarmee gemoeide vergoeding dan ook, naar in de rede ligt, van alleszins bescheiden proporties zou (moeten) zijn (zeker als men daar het in alinea 27 hiervóór opgemerkte bij betreft); en c) dat een op die leest geschoeide regeling een op z’n best als mager te kwalificeren bijdrage zou leveren in de tegemoetkoming aan het nadeel dat aan makers in verband met privé-kopiëren – en a fortiori: in verband met kleinschalig kopiëren binnen en buiten het toegestane kader van de privé-kopie – wordt berokkend.

55. In het verlengde daarvan geldt dat de regeling, uitgelegd zoals van de kant van ACI c.s. verdedigd, voor het grootste deel van het in strijd met het auteursrechtelijke exclusieve reproductierecht plaatsvindende kleinschalige kopiëren zou betekenen, dat alle bezwaren van praktische en principiële aard die de stoot gaven tot het aanvaarden van een thuiskopieregeling, onverkort blijven gelden: handhaving blijft daar in praktisch opzicht (nagenoeg) uitgesloten; en het blijft zo dat, voor zover er wel mogelijkheden voor handhaving zouden worden aangewend, die in veel gevallen als strijdig met botsende aanspraken op privacy of op informatievrijheid, en/of om redenen van politieke opportuniteit (ik doel dan op het te berde gebrachte argument, dat het draagvlak voor auteursrechtelijke bescherming aan steun zou kunnen inboeten), als onwenselijk of zelfs als onaanvaardbaar (moeten) worden aangemerkt.

56. Bezien vanuit het perspectief van doelmatigheid en redelijkheid, is de uitleg van de Nederlandse thuiskopieregeling die namens Thuiskopie wordt verdedigd – ook als men meent dat die regeling in verschillende opzichten tekort schiet – daarom verre te prefereren boven wat van de kant van ACI c.s. wordt verdedigd.

57. Het zal duidelijk zijn waar het in de voorafgaande paragrafen betoogde in uitmondt: een vrij sterk dominerende meerderheid van uitlegbronnen pleit ervoor, de Nederlandse wet zo uit te leggen als dat door het hof werd aangenomen (en zoals het van de kant van Thuiskopie wordt verdedigd).

Die uitleg, die er wat dit cassatiegeding betreft toe strekt dat de thuiskopieregeling van toepassing is op het privé-kopiëren van alle bronnen, ongeacht of die als “legaal” kunnen

³⁷ En dus, met name, niet om gevallen waarin reproducties worden gemaakt op basis van van een “originele” drager als hier bedoeld afgeleide verdere reproducties, al dan niet in tastbare vorm (CD-roms, reproducties op harde schijven, op I-pods, USB-sticks etc.).

³⁸ Ik ga er daarbij van uit dat gevallen waarin via het internet of vergelijkbaar distributiemedium rechtmatig een reproductie kan worden verkregen, vaak in de eerste categorie thuishoren (namelijk: dat er van een licentie sprake is). Waar dat anders is – voorbeeld: het op de eigen apparatuur/dragers “overzetten” van een via de kabel vertoonde film – valt dit reproduceren echter ook in de derde categorie (reproduceren zonder licentie, maar uit een “legitieme” bron), zie ook voetnoot 5.

worden gekwalificeerd of niet, strookt met de overtuigend tot uitdrukking gebrachte bedoeling van de wetgever; is niet strijdig met de uit rechtspraak of doctrine blijkende aanknopingspunten, en is qua doelmatigheid en redelijkheid verre te verkiezen boven het namens ACI c.s. verdedigde alternatief.

58. Uit het hiervóór besprokene zal overigens wel zijn gebleken dat mijn sympathie in nog sterkere mate uitgaat naar de uitleg die de rechtbank in de beslissing in de eerste aanleg heeft aanvaard: de Nederlandse wettelijke thuiskopieregeling moet van de hand worden gewezen voor zover die ertoe strekt dat het privé-kopiëren uit als “illegaal” te kwalificeren bronnen wordt “gelegaliseerd”; maar als geldig, voor zover die ertoe strekt dat voor alle kopiëren dat door deze regeling wordt bestreken een billijke vergoeding via de “thuiskopieheffing” moet worden verwezenlijkt³⁹; zie ook nrs. 107 – 112 hierna.

ad b) Is de hiervóór gevonden uitleg van art. 16c Aw verenigbaar met de op het geval toepasselijke Europese en internationale rechtsbronnen; en zo nee: wat zijn de gevolgen daarvan?

59. Hiervóór heb ik geconcludeerd dat art. 16c Aw ertoe strekt, het privé-kopiëren toe te staan ongeacht of daarbij een “legale” (door de maker geautoriseerde, of daarmee op één lijn te stellen) bron wordt toegepast of een als “illegaal” te kwalificeren bron; en dat daaraan inherent is dat bij de vaststelling van de door de bepaling voorgeschreven “thuiskopievergoeding”, met beide gevallen rekening moet worden gehouden.

Het is nu tijd om te onderzoeken of de aldus te interpreteren bepaling strijdig is met de internationale regelingen die in Nederland op dit geval van toepassing zijn.

60. Van de kant van ACI c.s. wordt verdedigd dat dat vooral om twee redenen inderdaad het geval zou zijn: de marge die de Nederlandse regeling omvat zou niet verenigbaar zijn met de al eerder ter sprake gebrachte “driestappentoets”, zoals die onder andere in art. 5 lid 5 van de ARI wordt geformuleerd; en de ARI zou ook overigens niet beogen, de Lid-Staten de vrijheid te geven om het privé-kopiëren toe te laten in de ruime mate waarin art. 16c Aw dat doet.

61. De “driestappentoets” wordt in de Nederlandse tekst van de ARI als volgt geformuleerd:

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

De bepaling is klaarblijkelijk ontleend aan art. 9 lid 2 BC⁴⁰:

“Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden in bijzondere gevallen het veeleenvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits die veeleenvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.”

62. De teksten van zowel art. 5 lid 5 ARI als art. 9 BC kunnen bij eerste lezing de indruk wekken, dat beoogd is een nogal stringent geformuleerde grens te stellen, die de ruimte voor het beperken van het exclusieve recht dat beide regelingen voor de makers van werken voorop stellen, aan nauw bepaalde en ook inhoudelijk smalle marges bindt.

³⁹ Zie voor een zeer kritische bespreking van het rechtbankvonnis overigens Senftleben, IER 2008, 65, p. 265 e.v.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld considerans alinea 44, waar wordt verwezen naar de geldende internationale verplichtingen en de formule uit art. 9 lid 2 BC wordt geparafraseerd.

Die indruk wordt intussen niet onaanzienlijk gerelativeerd wanneer men er kennis van neemt dat beide regelingen tot stand kwamen onder omstandigheden waarbij veel van de bij de regeling en de totstandkoming daarvan betrokken staten daadwerkelijk beperkingen van het exclusieve recht van makers in hun wetgeving hadden opgenomen; dat die beperkingen onderling aanmerkelijke verschillen vertoonden, en soms materieel van een alleszins wezenlijke betekenis waren; en dat beide regelingen erop gericht waren om weliswaar de ruimte voor het beperken van de uitsluitende rechten van makers aan banden te leggen, maar wel in termen die de bestaande, door de betrokken staten reeds ingevoerde beperkingen, althans in zeer belangrijke mate, “onderdak konden bieden”⁴¹.

63. Om de ruimte die art. 9 lid 2 BC beoogt te bieden wat nader te bepalen, wil ik twee gegevens onderzoeken:

Ten eerste: de vraag welke beperking bedoeld wordt met de omschrijving “in bijzondere gevallen”.

Zoals voor de hand ligt, kan aan deze formulering de betekenis worden toegekend dat het om tot op zekere hoogte beperkte uitzonderingen moet gaan, en dat brede, generieke uitzonderingen buiten het bereik van art. 9 BC vallen. Verder ligt voor de hand dat het om concrete en duidelijk afgebakende gevallen moet gaan, waardoor geen ontoelaatbaar vage uitzondering op de “hoofregel” wordt opengesteld⁴². Ook wordt wel als kwalificatie aangewezen, dat de desbetreffende uitzondering op deugdelijke en overtuigende redenen van openbaar belang (“public policy”) moet berusten⁴³.

64. Als het om de door art. 5 lid 2 onder b ARI aangewezen uitzondering voor privé-kopiëren gaat, ligt volgens mij al in de opzet van de ARI zelf besloten, dat daarin wordt aangenomen dat deze uitzondering in beginsel aan dit element uit de driestappentoets kan beantwoorden. Ware het anders, dan zou het immers niet in aanmerking komen om in deze bepaling in een ongeclausuleerde ruimte voor het opnemen van een uitzondering voor privé-kopiëren te voorzien, en daar dan een verwijzing naar de regel van de driestappentoets op te laten volgen. Het opnemen van de eerste regel – die van art. 5 lid 2 onder b ARI – is alleen dan zinnig als men ervan uitgaat dat die gewoonlijk met de tweede regel, die van de “driestappentoets”, in overeenstemming valt te brengen.

65. Dat deze benadering (ook) met art. 9 BC verenigbaar is lijkt mij ook daarom aannemelijk, dat het privé-kopiëren voor louter eigen gebruik inderdaad als een welomlijnde uitzondering van (nog juist) beperkte omvang kan worden aangemerkt. Dat is ook daarom plausibel, omdat het verschijnsel van wettelijke exempties voor de privé-kopie in 1967, toen art. 9 BC tot stand kwam, al volop bekend was (zulke exempties kwamen in vele nationale auteurswetten voor), terwijl de techniek in die periode ook al middelen kende die het maken van privé-kopieën op

⁴¹ Zie wat betreft de BC bijvoorbeeld Ricketson – Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Vol. I, 2006, nrs. 13.03 en 13.04; Koelman, *AMI* 2003 – 1, p. 6.

⁴² Zie voor beide gegevens Samartzi, *On uploading and downloading copyrighted works (etc.)*, te vinden via website http://conferences.ionio.gr/icil2011/download.php?f=papers/142-samartzi-full_text-en-v001.pdf, p. 12; Ricketson – Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Vol. I, 2006, nrs. 13.10 – 13.27 en nr. 13.33, met veel verdere verwijzingen (zie ook Ricketson, *WIPO study on limitations and exceptions of copyright (etc.)*, Geneve 2003, p. 21 – 22 en i.h.b. p. 74 – 75); Senftleben, *IIC* 2006, p. 411 e.v.; Koelman, *AMI* 2003 – 1, p. 6 e.v.; Ficsor, *The Law of copyright and the Internet*, 2002, nrs. 5.49 – 5.58.

De beslissing in de vorm van een Panel Report van de WTO van 15 juni 2000 in de zaak tussen de EG en de VS betreffende (onder andere) de uitleg van art. 13 TRIPs-verdrag (dat qua strekking met art. 9 BC overeenkomt, maar een ruimer gebied bestrijkt), komt in rov. 6.107 – 6.113 tot ongeveer dezelfde bevindingen. Alle eerder genoemde bronnen doen overigens een beroep op deze beslissing als relevante bron van uitleg.

⁴³ Zelfde bronnen; zie de aangehaalde vindplaats bij Ricketson – Ginsburg voor afwijkende meningen.

vrij aanzienlijke schaal mogelijk maakten⁴⁴. Bij de totstandkoming van art. 9 BC werd in een toelichtend memorandum van de Main Committee I⁴⁵ ook het voorbeeld aangehaald van het op grotere en kleinere schaal fotokopiëren door privé-personen, en worden de parameters aangegeven die voor de beoordeling van de geoorloofdheid daarvan van belang kunnen zijn.

66. Ten tweede (ik grijp hier terug op een in alinea 63 aangekondigde onderverdeling): de vraag of het vrijstellen van privé-kopiëren te verenigen valt met de regel dat er geen sprake mag zijn van afbreuk aan de normale exploitatie van het werk dat aldus gekopieerd wordt.

Hier stuit ik er op, dat bij de totstandkoming van de ARI als vaststaand werd aanvaard dat het privé-kopiëren met digitale middelen op dusdanige schaal plaatsvond, dat daardoor makers van de betrokken werken – aanzienlijk, en in elk geval véél meer dan verwaarloosbaar – werden benadeeld⁴⁶. Juist omdat dat het uitgangspunt was, is de regel toegevoegd dat in een billijke compensatie moest worden voorzien. Dat de aldus voor vrijstelling in aanmerking komende activiteit – namelijk: (grootschalig) privé-kopiëren – inderdaad afbreuk doet aan de normale exploitatie van het gekopieerde werk, moet dus wel uitgangspunt zijn geweest⁴⁷.

67. Desondanks is aanvaard dat het met inachtneming van de driestappentoets mogelijk moet zijn, privé-kopiëren van het reproductierecht uit te zonderen. Ik neem voetstoots aan dat daarbij voor de geest heeft gestaan het hele privé-kopiëren zoals dat, naar de destijds betrokkenen al bekend moet zijn geweest, op aanzienlijke schaal voorkwam – althans: niet een betrekkelijk klein deel van dat privé-kopiëren dat, onder heel specifieke omstandigheden, meer in het bijzonder als gerechtvaardigd kon worden aangemerkt.

68. Men ontkomt er dan niet aan, dat hier bedoeld moet zijn op een belangenafweging: hoewel er wel degelijk van een betekenisvolle aantasting van het monopolie van de makers sprake was, moet er zijn aangenomen dat dat gerechtvaardigd kon zijn, en daarom per saldo te

⁴⁴ Fotokopiëren en opnemen op de band waren, naar ik uit eigen ervaring kan bevestigen, toen al op vrij brede schaal gangbaar. De eerste cassette-recorders waren kort voor 1967 op de markt gekomen.

De eerste Duitse regeling van een thuiskopie-vergoeding, uiteraard geïnspireerd door de wetenschap dat thuiskopiëren inmiddels een wezenlijke aantasting van het monopolie van de makers betekende (of dreigde te gaan betekenen) werd in 1965 ingevoerd (bron: Hugenholtz c.s., *The Future of Levies in a Digital Environment*, IVIR Amsterdam 2003, p. 11).

⁴⁵ Aangehaald in rov. 6.73 van het in voetnoot 42 aangehaalde Panel Report van de WTO.

⁴⁶ Considerans 44 van de ARI stelt dat aannemelijk is dat het digitaal kopiëren voor privé-gebruik op grotere schaal zal plaatsvinden en een grotere impact zal hebben (dan andere vormen van privé-kopiëren) en dat – daarom – onderscheid tussen beide moet worden gemaakt. Dat gegeven moet in aanmerking worden genomen tegen het licht van het feit dat er (tamelijk) brede consensus bestond dat het destijds bekende niet-digitale privé-kopiëren (fotokopieën, cassettebandjes etc.) al een alleszins relevante afbreuk aan de exploitatie van de makers opleverde. De ARI gaat dus uit van de veronderstelling dat privé-kopiëren langs digitale weg op nog aanzienlijk grotere schaal verwacht mag worden – allicht: met navenant grotere afbreuk aan de belangen van de makers.

⁴⁷ Van de kant van Thuiskopie wordt er op gezinspeeld dat dat niet het geval zou zijn omdat er geen “normale exploitatie” bestaat die enigszins vergelijkbaar is met wat bij het kopiëren in de privésfeer gebeurt. Thuiskopie kan daarbij steun ontleenen aan het feit dat er wel bronnen zijn die bij het begrip “normale exploitatie” de blik richten op activiteiten die als concurrerend met de bedoelde exploitatie kunnen worden aangemerkt. De maker van individuele kopieën in de privésfeer treedt, als men het zo benadert, niet werkelijk in concurrentie met de maker van het gekopieerde werk.

Toch lijkt deze benadering (van Thuiskopie) mij niet juist. Het nadeel dat makers hier ondervinden bestaat er vooral in dat, doordat het gemakkelijk en op aanzienlijke schaal mogelijk is werken voor privé-gebruik te kopiëren, de vraag naar de via “normale” exploitatie verkrijgbare exemplaren (of anderssoortige uitingen) afneemt: wie zich een privé-kopie heeft verschafte heeft geen behoefte meer aan een via de handel verkrijgbaar exemplaar, c.q. aan het gaan zien van de gekopieerde film in de bioscoop. Zie ook Senftleben, IER 2008, 65, p. 266 – 267; Ricketson – Ginsburg, a.w. nr. 13.33. Aan een discussie die in de literatuur is gevoerd over de vraag of één gekopieerde CD gelijk te stellen is aan één CD minder verkocht, kan denk ik voorbij worden gegaan: ook als het verband beduidend losser blijkt te zijn, blijft overeind dat er “enorme schade” is, zie voetnoot 15.

verenigen viel met de eis dat aan de normale exploitatie geen ontoelaatbare afbreuk mocht worden gedaan⁴⁸.

Bij deze afweging zullen aan de ene kant hebben meegewogen, de praktische en principiële bezwaren die er tegen de handhaving van het auteursrecht ten opzichte van het privé-kopiëren blijken te bestaan; en aan de andere kant, de tegemoetkoming aan het nadeel van de makers, in de vorm van de voorgeschreven billijke compensatie.

69. De hier veronderstelde gedachte kon, zoals ik al even aanstipte, ook steun vinden bij wat bij het totstandbrengen van art. 9 lid 2 BC voor ogen heeft gestaan. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het volgende citaat uit de toelichting van de “Main Committee I” die met de voorbereiding van art. 9 lid 2 BC belast was⁴⁹:

“A practical example may be photocopying for various purposes. If it consists of producing a very large number of copies, it may not be permitted, as it conflicts with the normal exploitation of the work. If it implies a rather large number of copies for use in industrial undertakings, it may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, a suitable remuneration is paid. If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use.”

70. Aan de hand van deze beschouwingen kom ik ertoe, te denken dat de ARI met de in art. 5 lid 2 onder b en 5 lid 5 gegeven regels, het oog heeft op een vrij brede marge voor het toelaten van privé-kopiëren; waarbij wordt aangenomen dat de billijke compensatie – uiteraard: mits die inderdaad aan die kwalificatie beantwoordt – de noodzakelijke bijdrage levert, die aan de afbreuk die deze vrijstelling aan de normale exploitatie van het werk zou (kunnen) doen, dat karakter ontnemt. Het is geoorloofd om die strekking ook ten aanzien van art. 9 BC aan te nemen, en om aan te nemen dat art. 5 ARI bij de regel van de BC beoogt aan te sluiten – en niet om een strengere regel, die minder ruimte voor het toelaten van beperkingen biedt, daarvoor in de plaats te stellen.

71. Bij deze uitleg van de ARI zou er geen strijd bestaan tussen die regeling en de daarvan in art. 16c Aw neergelegde uitwerking. De vraag wat de gevolgen zouden zijn van een wél tussen beide bestaande strijd komt dan niet aan de orde.

Voor ik dit gegeven nog wat verder onderzoek, een zijsprong naar de mogelijkheid dat art. 16c Aw wél onverenigbaar zou zijn met art. 9 lid 2 BC (en dan natuurlijk ook met de verschillende daarop gelijkende bepalingen uit het TRIPs-verdrag, de WTC én de ARI).

72. Ingevolge art. 94 Grw. brengt strijdigheid met een ieder verbindende bepalingen uit voor Nederland geldende internationale verdragen mee, dat de Nederlandse wet die daardoor wordt getroffen niet kan worden toegepast. Wat betreft de BC en het TRIPs-verdrag heeft de Hoge Raad dan ook verschillende keren daarmee strijdige regels van intern Nederlands (of Benelux-) recht buiten toepassing gelaten⁵⁰.

⁴⁸ Over de vraag in hoeverre de tweede stap van de driestappentoets, de stap waar het gaat om afbreuk aan de normale exploitatie, ruimte laat voor belangenafweging Ricketson – Ginsburg, a.w. nrs. 13.20 – 13.22; Ricketson, a.w., p. 23 – 26; Hugenholtz c.s., *The Future of Levies in a Digital Environment*, IVIR Amsterdam 2003, p. 42 – 43.

Opmerkelijk vond ik de notitie “File sharing” van het Europees Parlement, geschreven door Van Eijk, IVIR Amsterdam 2011, in te zien via <http://www.europarl.europa.eu/studies>. In par. 3.1 daarvan wordt “downloaden” voor particulier gebruik ongeclausuleerd aangemerkt als een toelaatbare uitzondering op het reproductierecht.

⁴⁹ Ik ontleen ook dit citaat aan het WTO Panel report, rov. 6.73. In dit citaat wordt klaarblijkelijk de tweede stap uit de driestappentoets beoogd. Zie ook Ficsor, a.w. nr. 5.54. Anders (inhoudelijk): Geiger, EIPR 2008, p. 126 – 127 (voetnoot 32).

⁵⁰ HR 19 december 2003, NJ 2008, 75, rov. 5.2.2 en 5.2.3; HR 26 mei 2000, NJ 2000, 671 m.nt. DWFV, rov. 3.3.2.

73. De onderhavige zaak vertoont echter de bijzonderheid dat in cassatie niet wordt geklaagd over miskennis van de mogelijkheid dat art. 16c Aw, voor zover dat artikel een ruimere vrijstelling van privé-kopiëren op het oog zou hebben dan met de BC dan wel met het TRIPS-verdrag (e.a.) verenigbaar is, uit hoofde van het in art. 94 Grw. bepaalde niet mag worden toegepast; en ook in de feitelijke instanties is een betoog van die strekking niet aangevoerd.

Ingevolge art. 419 lid 1 Rv. kan deze vraag dan niet in cassatie aan de orde komen. De hiervóór neergeschreven beschouwingen over de aan de bedoelde verdragen te geven uitleg kunnen daarom slechts in zoverre een rol spelen, dat zij van invloed kunnen zijn op de aan art. 5 lid 2 onder b ARI te geven uitleg. De uitleg van die bepaling wordt in cassatie wél ter discussie gesteld.

74. Wanneer de Hoge Raad zou oordelen dat voor de verdere beslissing van de zaak de uitleg van art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI beslissend is – ik zal hierna tot de bevinding komen dat dat wel het geval is – denk ik, dat de Nederlandse rechterlijke autoriteiten zich niet het laatste woord over deze uitleg mogen aanmatigen. Het zou hier dan immers gaan over de uitleg van een regel uit een besluit van de instellingen van de Unie. Ingevolge art. 267 VWEU is de Hoge Raad gehouden de uitleg van zo'n regel bijwege van prejudicieel verzoek aan het Hof van Justitie voor te leggen.

75. Wat de in dat geval voor te leggen vragen betreft, veroorloof ik mij opnieuw een zijsprong.

Hiervóór zal zijn gebleken dat het wat mij betreft niet noodzakelijkerwijs zo is dat het feit dat de Nederlandse wet, te weten: art. 16c Aw, een ruimere vrijstelling van het reproductieverbod zou blijken in te houden dan met art. 5 lid 2 onder b ARI verenigbaar is, er zonder meer toe zou moeten leiden dat de Nederlandse bepaling in zijn geheel buiten toepassing blijft.

76. Ik heb immers als mogelijk verondersteld dat een op dit onderwerp toepasselijke nationale regeling slechts een beperkte vrijstelling van privé-kopiëren open stelt, maar de billijke vergoeding die terzake van het verstrekken van voor privé-kopiëren bestemde middelen wordt geheven afstemt op een ruimer gebied, dat ook niet-toegestane varianten van het privé-kopiëren bestrijkt, en eventueel zelfs kopiëren buiten de privésfeer.

Het betreft hier (variaties op) de gedachte die in het voorwaardelijk namens Thuiskopie ingestelde incidentele cassatieberoep wordt verdedigd.

77. Met deze gedachte(n) komen tenminste de volgende twee vragen op:

- a) Zou het naar Nederlands recht geoorloofd zijn om, aangenomen dat art. 16c lid 1 Aw een ruimere "vrijstelling" van privé-kopiëren inhoudt dan met art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI verenigbaar is, en tevens aangenomen dat dat wetsartikel voor wat betreft de in het tweede lid nader aangeduide billijke vergoeding ervan uitgaat dat daarmee privé-kopiëren in een ruimer omvang moet worden gecompenseerd dan de omvang die aan de hand van art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI voor vrijstelling in aanmerking komt, die wetsbepaling zo uit te leggen c.q. toe te passen dat het tweede element daaruit – de regel betreffende het ruimere bereik van de billijke vergoeding – blijft gelden ook wanneer het eerste element – de in (te) ruime omvang verleende vrijstelling voor privé-kopiëren – wegens strijd met de ARI niet in de door de Nederlandse wetgever beoogde omvang voor toepassing in aanmerking zou komen⁵¹?
En

⁵¹ De hier veronderstelde regel zou dus betekenen dat het kopiëren van een niet-geautoriseerde bron buiten de toegestane marge voor een vrijstelling zou vallen; maar dat niettemin bij de bepaling van de verschuldigde

- b) kan een uitleg van de Nederlandse wet zoals zojuist onder a) verondersteld, gelden als (wel) verenigbaar met art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI?

78. De zojuist als eerste geopperde vraag ziet op de partiële onverbindendheid, wegens strijd met “hogere” regelgeving, van een Nederlands voorschrift. Deze mogelijkheid is in de literatuur aanvaard⁵², maar bij mijn weten in de burgerlijke rechtspraak van de Hoge Raad nog niet daadwerkelijk toegepast.

Naar betrekkelijk eenvoudige logica, kom ik tot dezelfde uitkomst als de aangehaalde schrijvers (namelijk: dat partiële onverbindendheid in beginsel aanvaard moet worden): partiële onverbindendheid kan in aanmerking komen als er in een bepaald voorschrift meer dan één regel kan worden opgemerkt, en niet ieder van de desbetreffende regels wegens botsing met voorschriften die voorrang genieten, als onverbindend moet worden aangemerkt.

Het is niet zelden toevallig, of minstens: bepaald niet noodzakelijk, dat de desbetreffende voorschriften in dezelfde bepaling zijn ondergebracht, en niet in verschillende bepalingen (of zelfs in verschillende regelingen). In dat laatste geval zou onverbindendheid van het ene voorschrift de geldigheid van het andere ongemoeid laten. Dan moet het toevallige feit dat bepaalde – van elkaar te onderscheiden – voorschriften in dezelfde bepaling zijn opgenomen, niet noodzakelijkerwijs tot een andere uitkomst leiden.

79. In het verlonge van het zojuist gezegde geldt dan, dat wanneer in een bepaalde regeling verschillende regels voorkomen waarvan een deel wegens strijd met prioriteit genietende regels van hogere orde onverbindend blijkt te zijn, de overige regels uit de desbetreffende regeling wél mede onverbindend zullen zijn als aannemelijk is dat zij in een zodanig verband staan tot de regels die rechtstreeks onverbindend bleken te zijn, dat aannemelijk is dat zij niet zouden zijn uitgevaardigd wanneer de regelgever zich van de onverbindendheid van het desbetreffende deel van zijn regeling rekenschap had gegeven⁵³.

80. Als ik het voorliggende geval in dat licht bezie, lijkt mij bepaald aannemelijk dat de wetgever, wanneer die zich rekenschap had gegeven van de mogelijkheid dat een uitbreiding van de vrijheid van privé-kopiëren tot het kopiëren uit niet-geautoriseerde bronnen, de door art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI geboden marge overschreed, die vrijheid (slechts) dienovereenkomstig zou hebben beperkt, maar desondanks ruimte zou hebben gelaten om bij de bepaling van de thuishkopievergoeding wél rekening te houden met zowel het “legale” als het “illegale” kopiëren.

Waarom ik dat meen, zal na het voorafgaande wel duidelijk zijn: ik heb in de alinea’s 48 – 56 hiervóór verdedigd a) dat klemmende redelijkheidsargumenten ervoor pleiten, een ruime basis voor de thuishkopievergoeding te aanvaarden, en b) dat het op een misverstand berust dat de omvang van die vergoeding zou moeten overeenstemmen met de ruimte die de wetgever voor het geoorloofd kopiëren open laat. Wanneer men die beide argumenten als geldig accepteert, ligt in het verlonge daarvan dat de wetgever zich daar ook naar zou hebben gericht, en in elk geval dat de wetgever dat in redelijkheid had behoren te doen.

vergoeding met dergelijk kopiëren – dat dan dus niet van enige vrijstelling zou profiteren, maar dat allicht wél op aanzienlijke schaal plaatsvindt – rekening moet worden gehouden.

⁵² Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, diss. 2009, nr. 2.4.; Van der Burg in Van der Burg e.a., *Gemeentelijke vrijheden (Van Vliet-bundel)*, 1983, p. 19 e.v. – die het onderwerp uitvoerig bespreekt met als uitgangspunt het, vooral uit het strafrecht bekende, leerstuk van de “onplitsbare wilsverklaring”.

⁵³ Waarbij men zich nog kan afvragen of het er om gaat te beoordelen of de regelgever daadwerkelijk in de bedoelde zin zou hebben geoordeeld, dan wel dat die redelijkerwijs in die zin zou hebben moeten oordelen. Ik kies voor de laatstgenoemde variant. Ik ben mij er van bewust dat de rechter die deze lijn volgt, kan worden tegengeworpen dat hij zich een plaats aanmatigt op de stoel van bestuurders dan wel regelgevers die hem, rechter, niet toekomt. In die variant laat de rechter zich immers per saldo leiden door de uitkomst die hem, rechter, als de in redelijkheid aangewezen voorkomt. Hij laat zijn eigen oordeel daarover dus in voorkomend geval prevaleren boven wat de regelgever mogelijkerwijs in werkelijkheid zou hebben beslist.

81. Dat zou dan leiden tot de uitkomst dat, wanneer bevonden moest worden dat de regel van art. 16c lid 1 Aw wegens strijd met, met name, art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI als onverbindend moet worden aangemerkt voor zover die bepaling ook het privé-kopiëren uit niet-geautoriseerde bron “legaliseert”, het geldende Nederlandse recht er niet toe leidt dat de in art 16c lid 2 (e.v.) Aw besloten liggende regel dat bij de vaststelling van de thuis kopie vergoeding met de zojuist omschreven vorm van privé-kopiëren rekening moet worden gehouden, eveneens als onverbindend moet worden aangemerkt – “partiële” onverbindendheid, dus.

Verenigbaarheid van deze wetsuitleg met de ARI

82. De in alinea 77 hievóór onder b) opgeworpen vraag – is de zo-even “subsidiair” verdedigde uitleg van art. 16c Aw verenigbaar met art. 5 lid 2 onder b en art. 5 lid 5 ARI? – kan het best worden beantwoord aan de hand van het arrest van het HvJ van 21 oktober 2010, NJ 2011, 509 m.nt. Hugenholtz onder nr. 510, IER 2011, nr. 26 m.nt. Koelman, Padawan/SGAE.

Dit arrest betreft inhoudelijk de vraag of bij de toepassing van de in Spanje geldende thuis kopie regeling, een heffing op voorzieningen bestemd voor het kopiëren mag worden toegepast voor zover die voorzieningen werden geleverd aan bedrijven en instellingen, en dus aan gebruikers die geen gebruik zouden (mogen) maken van de in het kader van die regeling ook in het Spaanse recht geboden vrijstelling van het reproductierecht voor privé-kopiëren.

83. De kern van het arrest bevindt zich in de rov. 51 – 59. Daar wordt geoordeeld dat ongedifferentieerde toepassing van een thuis kopie heffing, ook in het geval “waarin andere dan natuurlijke personen deze installaties, apparaten en dragers⁵⁴ duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privé-gebruik aanschaffen, in strijd (is) met artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29.” (rov. 53).

84. De hierna volgende rechtsoverwegingen luiden als volgt:

“54. Daarentegen is het, wanneer de betrokken installaties voor een privé-gebruik ter beschikking van natuurlijke personen zijn gesteld, niet noodzakelijk aan te tonen dat die personen daarmee daadwerkelijk kopieën voor privé-gebruik hebben gemaakt en aldus de auteur van het beschermde werk daadwerkelijk hebben benadeeld.

55. Die natuurlijke personen worden immers terecht geacht volledig gebruik te maken van die terbeschikkingstelling. Zij worden met andere woorden geacht de functies van die installaties — waaronder het vervaardigen van reproducties — volledig te benutten.

56. Hieruit volgt dat de loutere omstandigheid dat met die installaties of apparaten kopieën kunnen worden gemaakt volstaat om de toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privé-gebruik te rechtvaardigen, mits die installaties of apparaten aan de natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privé-gebruikers ter beschikking zijn gesteld.”

85. Ik meen dat deze overwegingen wel aanwijzingen opleveren voor de vraag die ik hier wil behandelen, maar dat die aanwijzingen niet van dien aard zijn dat twijfel over de juiste uitleg van het hier toepasselijke Europese recht voldoende wordt uitgesloten.

Ik herinner er aan dat het hier gaat om de in alinea 77 onder b) hiervóór aangeduide vraag; en dat die vraag uitgaat van de premisse dat art. 5 lid 2 onder b ARI (eventueel: in samenhang met art. 5 lid 5 ARI) wat betreft de daarmee beoogde kopieervrijheid beperkt moet

⁵⁴ De “oplettende lezertjes” zullen uit deze woorden opmaken dat de Spaanse regeling voor de thuis kopie vergoeding niet, zoals de Nederlandse, slechts van toepassing is op een beperkte categorie voor privé-kopiëren bruikbare dragers (inmiddels vooral: CD-roms en DVD’s), maar op alle voorzieningen die voor dit doel in aanmerking komen. Voor alle mij bekende in Europa geldende thuis kopie regelingen geldt eveneens dat die op een veel breder scala aan voorzieningen van toepassing zijn, dan de huidige Nederlandse regeling.

worden uitgelegd, ongeveer zoals namens ACI c.s. wordt verdedigd – dus in die zin, dat het de Lid-Staten niet vrijstaat, ook het privé-kopiëren uit niet-geautoriseerde bronnen onder de krachtens dit artikel toegestane vrijstelling “mee te nemen”. Wanneer men van de, eerder door mij aanbevolen, ruimere uitleg van de ARI uitgaat ligt immers in uitgesproken mate voor de hand dat ook de thuiskopievergoeding overeenkomstig de ruimere vrijstellingsmogelijkheid mag worden bepaald, en komt de vraag die ik in alinea 77 onder b) opperde niet aan de orde.

86. Het Padawan-arrest suggereert een ruime benadering van deze vraag, doordat in de rov. 54 – 56 wordt aangegeven dat er geen verplichting bestaat om rechtstreeks verband te leggen tussen de thuiskopieheffing in verband met aan privé-personen geleverde voorzieningen, en het kopieergedrag dat daadwerkelijk terzake van die voorzieningen in praktijk zal worden gebracht. Daaruit zou men kunnen opmaken dat het geoorloofd is, deze thuiskopieheffing globaal te benaderen; terwijl uit eerdere overwegingen van het arrest blijkt dat daarbij het nadeel dat makers als gevolg van het privé-kopiëren lijden, de voornaamste parameter voor de beoordeling van de redelijkheid van de vergoeding is. Dat nadeel wordt, zoals ik eerder heb betoogd, in belangrijke mate mede teweeggebracht door het privé-kopiëren uit niet-geautoriseerde bronnen.

87. Uit de rechtsoverweging met betrekking tot aan anderen dan privé-personen geleverde voorzieningen (aangehaald in alinea 83 hiervóór) vallen daarentegen aanwijzingen te putten, dat er wél verband moet bestaan tussen de basis waarop de thuiskopievergoeding wordt vastgesteld enerzijds, en de door art. 5 lid 2 onder b ARI geboden vrijstellingsmogelijkheid anderzijds; wat zou kunnen impliceren dat ook waar het aan privé-personen beschikbaar gestelde voorzieningen betreft er geen vergoeding mag worden verbonden aan (privé-)kopiëren dat niet onder een door art. 5 lid 2 onder b ARI begrepen vrijstelling valt.

88. Daarnaast kan ook aan rov. 50 van het Padawan-arrest een aanwijzing voor uitleg in deze zin worden ontleend. Die rov. houdt onder meer in dat “de billijke compensatie moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik.”. Ook die formulering kan mogelijk zo moeten worden begrepen, dat een regeling die een ruimere basis voor de billijke compensatie voorschrijft dan correspondeert met de ingevoerde uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik, buiten de kaders van de ARI treedt en daarmee ongeoorloofd is (oftewel, dat de ARI in dit opzicht wél “uitputtend” is, zie de volgende alinea).

89. In haar conclusie voor het Padawan-arrest onderzoekt A – G Trstenjak de vraag of de ARI als “uitputtend” mag worden aangemerkt, in die zin dat die zich zou verzetten tegen de toepassing, door Lid-Staten, van een heffing ten laste van ondernemingen (e.a.) en ten gunste van makers van werken, en anders dan ten titel van vergoeding wegens privé-kopiëren (wat bij ondernemingen e.a. immers niet aan de orde kan zijn). Zij overweegt in alinea 106 van haar conclusie dat de ARI zich niet tegen dergelijke heffingen verzet, nu de ARI slechts een beperkte harmonisatie van auteursrechtelijke regels beoogt.

Ik zou denken dat met die gedachte spoort, dat het Lid-Staten ook vrij zou staan om in een heffing wegens kopieergedrag van privé-personen te voorzien in verband met kopiëren dat het bereik van de ARI te buiten gaat.

90. Tot mijn spijt kan ik uit het arrest niet opmaken of het HvJ deze gedachte van zijn

A – G omarmt, verwerpt, dan wel terzijde laat – ik ben geneigd te denken: het laatste, maar ik erken dat voor die gedachte geen “harde” aanknopingspunten in het arrest zijn aan te wijzen⁵⁵. Maar ook al zou deze exegese van het arrest de juiste zijn – het stilzwijgen van het HvJ op dit volgens mij cruciale punt is de belangrijkste reden waarom ik de in alinea 77 hiervóór onder b) geformuleerde vraag, als op dit ogenblik nog onbeantwoord aanmerk.

Tijd voor een tussenstand

91. Hiervóór heb ik onderzoek gedaan aan de hand van de volgende thema’s:

- A) Welke basis is, gezien de in aanmerking komende belangen, de meest aangewezen als het gaat om een heffing ten gunste van makers van auteursrechtelijk beschermde werken, en (in de eerste lijn) ten laste van de producenten van en handelaren in de voorzieningen die worden gebruikt voor het op kleine (en in dat opzicht vanuit een oogpunt van handhaving bezwaarlijke) schaal maken van reproducties van die werken? Hier is mijn bevinding dat de heffing aansluiting zou moeten zoeken bij het nadeel dat makers van het kleinschalige kopiëren ondervinden, zodat de heffing op zowel “legaal” als “illegaal” privé-kopiëren en ook op kleinschalig reproduceren buiten de privésfeer gericht zou moeten zijn; waarbij het intussen niet nodig (en ook niet aangewezen) is, dat er een met het door de heffing bestreken gebied corresponderende “vrijstelling” voor het door de heffing beoogde reproduceren wordt ingeruimd. Ik heb een uitleg van de toepasselijke regels aanbevolen die de hier gevonden uitkomsten zo veel mogelijk benadert.
- B) Tot welke uitleg van art. 16c Aw leiden de verschillende voor die uitleg bepalende bronnen? Hier kom ik ertoe, dat de bepaling ertoe strekt het reproduceren in de privésfeer en voor louter “eigen” gebruik uit te zonderen van het auteursrechtelijke reproductierecht, ongeacht of de persoon in kwestie daarbij van als “legaal” of als “illegaal” aan te merken bronnen gebruik maakt; en dat de basis voor de door art. 16c Aw voorgeschreven thuiskopievergoeding hieraan beantwoordt.
- C) In hoeverre strookt de regel van art. 16c Aw met de daarop toepasselijke regels van internationaal recht? In weerwil van een restrictief geformuleerde tekst, meen ik dat de relevante internationale regels, in het bijzonder art. 9 BC en art 5 lid 5 ARI, niet in de weg staan aan een betrekkelijk ruime regeling zoals die van art. 16c Aw⁵⁶. Of dat met name wat betreft art. 5 lid 5 (of art. 5 lid 2 onder b) van de ARI het geval is, kan echter niet als “acte clair” gelden. Wat betreft de verdere internationale regels is nog van belang dat een beroep op onverbindendheid in verband met art. 94 Grw in cassatie niet aan de orde is.
- D) Aansluitend rijst de vraag of, wanneer art. 16c Aw het privé-kopiëren in ruimere mate zou vrijstellen dan met toepasselijke internationale regels verenigbaar is, daarmee ook de basis aan de in die bepaling voorziene thuiskopievergoeding zou komen te ontvallen. Ik meen, zoals in alinea’s 75 – 89 werd besproken, dat dat naar intern Nederlands recht niet het geval is, en dat de aldus gevonden regel ook verenigbaar is met de ARI; maar ook hier kan niet worden gezegd dat dit een “acte clair” betreft.

⁵⁵ Bonadio en Cantore, EIPR 2011, p. 262, maken uit het Padawan-arrest op dat het HvJ een heffing terzake van kopiëren buiten de privésfeer niet als strijdig met het EU-recht aanmerkt; maar ik zie niet goed waar die mening op berust.

⁵⁶ Waarbij wel van beslissend gewicht is of de regeling daadwerkelijk een billijke compensatie ten gunste van de benadeelde makers in het leven roept.

92. Voor de vraag of de verdere beoordeling van deze zaak vragen van uitleg van Europees recht oproept die aan het HvJ moeten worden voorgelegd, komt dan beslissende betekenis toe aan de alternatieve grond die het hof in het bestreden arrest aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd – namelijk deze grond, dat art. 16c Aw, ruim uitgelegd zoals dat ook volgens mij behoort te gebeuren, wanneer die bepaling niet zou blijken te sporen met art. 5 ARI een zodanige discrepantie ten opzichte van het Europese recht aan de dag legt, dat hier geconstateerd moet worden dat het Nederlandse recht een afwijking ten opzichte van een Europese Richtlijn vertoont, en dat het niet mogelijk is daarin op de voet van zgn. “richtlijnconforme uitleg” te voorzien.

De uitkomst is dan immers, dat de Nederlandse regel, ofschoon niet in lijn met de Richtlijn, de rechtsverhouding tussen de Nederlandse rechtssubjecten blijft bepalen.

93. Het zal daarom nodig zijn om dit onderdeel van het oordeel van het hof te onderzoeken. Het principale Middel II is daar specifiek tegen gericht.

*De gevolgen van eventuele strijdigheid van de Nederlandse wet met de ARI;
“richtlijnconforme uitleg”*

94. De vraag die zich hier voordoet, vindt zijn oorsprong in het systeem van het Europese recht. Dat recht voorziet onder andere in de specifieke rechtsfiguur van de Richtlijn (op basis van art. 288 e.v. VWEU, voorheen art. 249 e.v. EG-verdrag).

Blijkens art. 288 VWEU verplicht een Richtlijn de Lid-Staten tot welke zij gericht is, om het door de Richtlijn beoogde resultaat te verwezenlijken, waarbij het aan de nationale instanties is om de vorm en middelen voor die verwezenlijking te kiezen.

95. In de rechtspraak van het HvJ is deze regel zo uitgelegd, dat een Richtlijn alleen aan de Lid-Staten verplichtingen oplegt, en dat anderen – zoals de verdere rechtsgenoten binnen de EU – daaraan niet rechtstreeks rechten kunnen ontleen of daardoor verplichtingen opgelegd kunnen krijgen⁵⁷.

Intussen maken Richtlijnen wél deel uit van het geldende recht van de Lid-Staten, en oefenen zij langs die weg hun invloed uit op de betekenis van dat recht. Daarnaast brengt de verplichting van (de autoriteiten van) de Lid-Staten om bona fide de implementatie van het EU-recht binnen hun invloedssfeer te verwezenlijken ook deze verplichting mee, om het overigens geldende nationale recht waar mogelijk zo uit te leggen en toe te passen, dat het niet botst met in Richtlijnen neergelegde regels – de zogenaamde “richtlijnconforme interpretatie”.

96. Het oordeel van het hof waar het principale Middel II op gericht is, strekt ertoe dat in het hier te veronderstellen geval, namelijk het geval dat art. 16c Aw strijdig zou zijn met (de strekking van) de ARI, de ruimte voor “richtlijnconforme interpretatie” tekort schiet, en daarom de regel dat een Richtlijn niet rechtstreeks strekt tot het scheppen van rechten en verplichtingen tussen individuele rechtsgenoten (niet zijnde de Lid-Staten), zijn werking behoudt dan wel herneemt.

97. Het zal duidelijk zijn dat een tot het uiterste doorgevoerde “richtlijnconforme interpretatie”, aan de aan het slot van de vorige alinea bedoelde regel het effect volledig zou ontnemen. Wanneer een regel naar intern nationaal recht ertoe strekt dat iets wél geldt terwijl dat volgens een Richtlijn niet het geval zou mogen zijn, levert de interpretatie dat in de gegeven omstandigheden voor “wel” “niet” moet worden gelezen, per saldo op dat de

⁵⁷ Keus, WPNR 6901, p. 812 e.v.; Prechal, Directives in EC law, 2005, nr. 4.1 (rechtspraak in voetnoot 4); Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. 2001, nr. 2.3.1 en 2.3.2.2 (zie met name par. 32).

Richtlijn als geldend recht wordt geaccepteerd, hoewel die niet in een nationale rechtsregel is “omgezet” en er wél een nationale rechtsregel bestaat die het tegendeel van de regel uit de Richtlijn inhoudt.

Zo ver doorgevoerde interpretatie komt er, praktisch gesproken, op neer dat de regels uit Richtlijnen wél directe werking in het tussen de rechtsgenoten geldende recht van de Lid-Staten krijgen; en dat is nu juist niet, waar het in art. 288 WVEU blijvende systeem toe strekt.

98. De vraag is dus, wanneer mag worden aangenomen dat het geldende nationale recht de ruimte biedt om door interpretatie tegemoet komen aan regels uit Richtlijnen, en wanneer dat niet het geval is.

Op gezag van het al aangehaalde werk van Prechal⁵⁸ meld ik dat de hier te trekken grens als “unclear” moet worden aangemerkt. Op p. 198 – 199 van de zojuist aangehaalde paragraaf worden – vele – rechtsbronnen aangehaald die twee wezenlijk verschillende benaderingen van dit probleem laten zien: een benadering waarbij de verplichting om richtlijnconform te interpreteren als welhaast absoluut wordt aangemerkt aan de ene kant, en een benadering waarbij ruimte wordt gelaten voor uitleg van de nationale wet aan de hand van de naar het nationale recht geldende uitlegcriteria, met als mogelijke uitkomst dat er een onoverbrugbare tegenspraak tussen het nationale recht en de relevante regel uit een Richtlijn bestaat (Prechal zelf sluit zich aan bij een gematigde versie van de tweede benadering).

99. De beschikbare rechtsbronnen laten zien dat de ruimte voor richtlijnconforme interpretatie mede wordt beïnvloed door de aard van het recht dat in geding is – bij toepassing van bepalingen van strafrecht en strafprocesrecht wordt bijvoorbeeld aan de rechtszekerheid en de erkenning van “verkregen rechten” klaarblijkelijk méér gewicht toegekend dan als het om civielrechtelijke regels gaat; en door de vraag of de regel waarvan uitleg wordt gevraagd, al-dan-niet strekt tot implementatie van de desbetreffende Richtlijn. Als dat laatste het geval is geldt namelijk als uitlegregel, dat moet worden aangenomen dat de nationale regelgever beoogd heeft, de strekking van de Richtlijn te verwezenlijken⁵⁹.

100. Bij de toepassing van deze bronnen op het onderhavige geval lijkt mij vooral van belang dat de tekst van de Nederlandse wet, en met name van art. 16c Aw, zich niet verzet tegen een uitleg zoals die hier, veronderstellenderwijs, op de voet van de ARI geboden zou zijn. De door mij als doorslaggevend aangemerkte argumenten om art. 16c Aw anders uit te leggen dan volgens ACI c.s. met de ARI in overeenstemming zou zijn, bestonden er in dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling onmiskenbaar de bedoeling blijkt dat deze een ruimere strekking zou hebben dan ACI c.s. verdedigen, alsmede dat deze ruimere strekking uitkomsten oplevert die beter aan de door de wettelijke regeling beoogde bescherming van makers van werken beantwoorden, en in dat opzicht ook billijker zijn dan de namens ACI c.s. verdedigde strekking.

101. Per saldo lijkt mij dat de EU-rechtelijke bronnen (ook) op dit punt niet in die mate duidelijkheid verschaffen, dat van een “acte clair” (c.q. “éclairé”) kan worden gesproken. Dat zou betekenen dat ook voor het onderhavige punt geldt dat de Hoge Raad verplicht is, zich voor prejudiciële opheldering van het hier geldende EU-recht tot het HvJ te wenden.

⁵⁸ Prechal, Directives in EC law, 2005, nr. 8.5.1.

⁵⁹ Van een aanzienlijk aantal in dit verband relevante uitspraken van het HvJ, benadert HvJ 5 oktober 2004, zaaknrs. C-397/01 – C-403/01, rov. 107 e.v., volgens mij het dichtst de omstandigheden waar wij ook in de onderhavige zaak rekening mee hebben te houden.

Vragen van uitleg van EU-recht

102. Het hiervóór besprokene levert op vijf punten vragen op die volgens mij voor prejudiciële beoordeling aan het HvJ zouden moeten worden voorgelegd. Ik vat die vragen als volgt samen:

- A) Is de regel van artikel 16c lid 1 van de Nederlandse Auteurswet, ingevolge welke niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt beschouwd het reproducere van een auteursrechtelijk beschermd werk op een voorwerp dat bestemd is om dat werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproducere geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt, *ongeacht* of de reproductie is vervaardigd aan de hand van een werkexemplaar dat, of een werkreproductie die niet op rechtmatige wijze aan de persoon in kwestie ter beschikking is gesteld, in overeenstemming met de bepalingen van Richtlijn 2001/29/EG, en in het bijzonder met artikel 5 lid 2 onder b en/of art. 5 lid 5 van die Richtlijn?
- B) Voor het geval de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, is een regel van “nationaal” recht die ertoe strekt dat terzake van reproducties als in die vraag bedoeld een billijke vergoeding verschuldigd is, ongeacht of de vervaardiging van de reproductie inbreuk op het auteursrecht maakte of niet, strijdig met enige regel van Europees recht?⁶⁰
- C) Maakt het voor de beantwoording van de vragen onder A en/of B verschil dat de Nederlandse thuishopieregeling thans voorziet in een heffing op “blanco”-dragers zoals CD’s en DVD’s, maar niet op andere voor het maken van kleinschalige reproducties geëigende voorzieningen, zoals de “harde schijven” van computerapparatuur, geheugenvoorzieningen van MP3-spelers en dergelijke; wat tot gevolg heeft dat slechts een alleszins beperkt deel van de voor zulke reproducties geëigende en in de praktijk ook gebruikte voorzieningen, bij de heffing van de hiermee gemoeide vergoeding betrokken is?
- D) Zijn de antwoorden op de voorafgaande vragen dezelfde als het gaat om dienovereenkomstige regels, geldend voor reproducties van werken waarop naburige rechten ten gunste van uitvoerende kunstenaars, fonogrammen- of filmproducenten of omroeporganisaties van toepassing zijn? Zo neen, in welke opzichten verschillen de antwoorden in deze gevallen?
- E) Moet, wanneer de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, worden aangenomen dat de Nederlandse rechter gehouden is art. 16c van de Nederlandse Auteurswet zo uit te leggen dat die bepaling wél in overeenstemming is met Richtlijn 2001/29/EG, ervan uitgaand dat de tekst van art. 16c van de Nederlandse Auteurswet geen beletsel voor een dergelijke uitleg oplevert, en dat de andere, in de eerste vraag weergegeven uitleg van dat wetsartikel vooral berust op de bedoelingen van de bij de wording van dat wetsartikel betrokken wetgevende instanties die in de wordingsgeschiedenis daarvan tot uitdrukking zijn gebracht, alsmede op de gedachte dat door deze uitleg uitkomsten worden verkregen die

⁶⁰ Deze vraag komt uiteraard alleen aan de orde wanneer het Nederlandse recht in die zin zou zijn uit te leggen, dat (ook) bij strijdigheid van de in art. 16c Aw vervatte uitzondering op het reproductieverbod met “hogere” regelgeving waardoor die wetsbepaling onverbindend zou zijn, het overblijvende deel van art. 16c Aw er niettemin toe strekt dat een thuishopievergoeding verschuldigd is die met inachtneming van de mogelijkheid van privé-kopiëren uit niet-geautoriseerde bron moet worden berekend. Wanneer het “interne” Nederlandse recht zich tegen deze uitleg zou verzetten, ontvalt aan deze vraag de grond.

beter beantwoorden aan de door de regeling beoogde bescherming van de belangen van makers van werken, en die in dat opzicht billijker zijn?

103. Volgens mij is beantwoording van de hier voorgestelde vragen (althans: vragen van overeenkomstige strekking) nodig voor de beoordeling van de in cassatie naar voren gebrachte klachten. Ik denk er goed aan te doen, dat nu “na te lopen” aan de hand van de klachten zoals die in de middelen zijn geformuleerd:

104. Middelen I 1 - 3 in het principale beroep zien alle op de vragen die volgens mij (ongeveer) in de in alinea 102 sub A) – D) voorgestelde vorm aan het HvJ zouden moeten worden voorgelegd.

De subonderdelen I 1.1 – 1.5, I 2.1 – 2.4 en I 3.1 – 3.3⁶¹ van dit middel bevatten argumenten waarmee ACI c.s. de van hun kant verdedigde antwoorden op deze vragen ondersteunen. In het kader van het voorleggen van de vraag aan het HvJ behoeven deze argumenten niet afzonderlijk te worden onderzocht. Men zal bij het doornemen van die argumenten bemerken dat die niet alle sporen met de door mij hiervóór verdedigde opvattingen; gedeeltelijk sporen zij ook niet met door het hof gebezigde feitelijke aannames. Ik meen echter dat (ook) dit in cassatie geen nader onderzoek vergt, althans: als wordt besloten tot het richten van prejudiciële vragen aan het HvJ. Wel zou bij de aan het HvJ voor te leggen vragen als feitelijke basis kunnen worden vermeld, dat ervan uit is te gaan dat het reproduceren van werken in de privésfeer uit niet-geautoriseerde bronnen inmiddels op grote schaal plaatsvindt en dat makers van werken daarvan een aanmerkelijk nadeel ondervinden.

105. Ik wijs er nog op dat ACI c.s. de desbetreffende argumenten gedeeltelijk (en alternatief of subsidiair) als motiveringsklachten hebben geformuleerd. Aangezien het hier een rechtsoordeel betreft, kunnen deze klachten in zoverre niet tot cassatie leiden⁶².

106. Middel II in het principale beroep betreft de vraag die volgens mij (ongeveer) in de in alinea 102 sub E) voorgestelde vorm aan het HvJ zou moeten worden voorgelegd.

Middel III in het principale beroep bevat geen zelfstandige klacht(en), en behoeft daarom verder geen bespreking.

107. Het middel in het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep strekt ertoe dat art. 16c Aw (ook) zou beogen, makers van werken aanspraak te geven op een billijke vergoeding in geval van reproductie in de privésfeer buiten het in art. 16c lid 1 Aw als niet-inbreukmakend omschreven gebied.

Daarmee stelt dit middel een vraag aan de orde die nauw verband houdt met de vraag die volgens mij in de in alinea 102 sub B) hiervóór voorgestelde vorm aan het HvJ zou moeten worden voorgelegd. De klacht betreft echter ook een louter naar “intern” Nederlands recht te beantwoorden vraag, namelijk: of art. 16c Aw inderdaad in de hier beoogde ruime zin mag worden begrepen. Als dat niet zo zou blijken te zijn, heeft het, zoals ik in voetnoot 60 al aangaf, geen zin om een daarop betrekking hebbende vraag te stellen.

108. Bij de beoordeling van deze klacht lijkt mij in dit stadium verstandig, om van een indeling in drieën uit te gaan, als volgt:

⁶¹ Subonderdeel 3.4 neemt een aparte plaats in. Daarin wordt aangedrongen op het stellen van prejudiciële vragen.

⁶² O.a. HR 13 april 2012, rechtspraak.nl LJN BW1999, rov. 4.1.2.

i. Er is privé-kopiëren dat in zoverre beantwoordt aan de voorwaarden van art. 16c lid 1 Aw dat het zonder commercieel oogmerk en uitsluitend voor eigen oefening, studie of gebruik gebeurt.

ii Er is daarnaast privé-kopiëren dat buiten de kaders van art. 16c lid 1 Aw valt, bijvoorbeeld omdat er wel van direct of indirecte commercieel oogmerk sprake is of omdat het kopiëren anderszins niet uitsluitend eigen oefening, studie of gebruik betreft.

iii Er is overig kleinschalig kopiëren dat buiten de privésfeer (maar bijvoorbeeld “op de werkplek” en in verband met daar uit te voeren bezigheden) plaatsvindt.

In ieder van de genoemde varianten kan nog worden onderscheiden naar gelang er a) een geautoriseerde en b) een niet-geautoriseerde bron wordt gebruikt.

109. Als ik het goed zie verdedigt het incidentele middel dat alle vormen van privé-kopiëren – dus de in de vorige alinea onder i en ii bedoelde varianten, telkens met zowel de verbijzondering onder a) als die onder b) – in het kader van art. 16c lid 2 Aw zoals dat rechtens moet worden begrepen, in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de thuiskopie-vergoeding; maar houdt de klacht niet in dat ook de onder iii omschreven variant daarbij een rol zou mogen spelen.

110. In de alinea 51 hiervóór heb ik geopteerd voor de uitleg van art. 16c Aw naar de beperktere variant die overeenkomt met het in alinea 108 hiervóór onder i, met subvarianten a en b, omschrevene. Voor zover die een (nog) ruimere uitleg van art 16c Aw verdedigt, meen ik dat de incidentele klacht ongegrond is. Uitleg van art. 16c lid 1 Aw in een nog ruimere zin stuit, wat mij betreft, af op de bewoordingen van de bepaling én op de uitingen in de wetsgeschiedenis. Dan levert het feit dat die ruimere uitleg wél zou sporen met de redelijke uitkomsten waar ik hiervóór (o.a. in alinea’s 48 – 56) naar verwees, onvoldoende “tegenwicht” op.

111. Ik heb echter ook, in de alinea’s 75 – 81 hiervóór, verdedigd dat voor zover art. 16c lid 1 Aw wegens strijd met “hoger” recht als onverbindend zou moeten worden aangemerkt, dat niet hoeft te betekenen dat de regels van art. 16c lid 2 (e.v.) Aw, voor zover die ertoe strekken dat de thuiskopie mede met inachtneming van uit “illegale” bronnen verkregen kopieën moet worden bepaald, hun kracht zouden (moeten) verliezen. Voor dat geval, dat mede aan de orde komt in de in alinea 102 onder B) voorgestelde vraag, zou in de veronderstelling dat het voorwaardelijk voorgestelde incidentele middel aan de orde moet komen, wel gelden dat de thuiskopievergoeding op gevallen betrekking zou hebben die niet door de met art. 16c lid 1 Aw gegeven vrijstelling worden bestreken.

112. Het incidentele middel strekt er ook toe, een oordeel van het hof te bestrijden dat men zo kan lezen, dat deze mogelijkheid (een ruimer bereik van de thuiskopieregeling, dan overeenkomt met de bij art. 16c lid 1 Aw verleende “vrijheid”) niet wordt aanvaard. Tot zover zou ik het incidentele middel, wanneer dat aan de orde zou komen, dus wel als gegrond aanmerken. In het verlengde daarvan denk ik dat de Hoge Raad er goed aan doet om, afhankelijk van zijn oordeel over het in voetnoot 60 aangeduide punt, de in alinea 102 onder B) hiervóór aangewezen vraag in dit stadium aan het HvJ voor te leggen.

113. Voor de verschillende subalinea’s waarin het incidentele middel uiteenvalt geldt, ongeveer op de in alinea 104 hiervóór beschreven voet, dat daarin argumenten worden ontwikkeld die de rechtsklacht(en) van het middel ondersteunen. Voor een deel zijn die argumenten hiervóór – soms: zijdelings – aan de orde geweest. Voor het overige geldt dat zij mij geen aanleiding geven om de zaak anders te beoordelen dan ik hiervóór heb aangegeven.

Voor zover het incidentele middel ook motiveringsklachten bevat, is het in alinea 105 hiervóór gezegde van toepassing.

114. Als de Hoge Raad zou overwegen om, zoals ik zal concluderen, vragen op de voet van de in alinea 102 gedane voorstellen aan het HvJ voor te leggen, ligt in de rede dat de twistpunten die de partijen opwerpen met betrekking tot ontvankelijkheid en proceskosten (behoudens het in alinea's 124 en 125 hierna op te merkene) nog geen behandeling behoeven.

Ik meen er toch goed aan te doen, op die vragen in te gaan.

Aspecten van ontvankelijkheid; proceskosten

115. Van de kant van ThuisKopie zijn ontvankelijkheidsbezwaren ingebracht tegen de onder nrs. 4, 10 en 11 vermelde eiseressen tot cassatie; en wel omdat het hier om een partij zou gaan die niet tot de gedingvoerenden in de appelinstantie behoorde (B.A.S. Computers en Componenten B.V.) dan wel om in het geheel niet bestaande (rechts)personen (Philips Consumer Electronics B.V. en Sony Benelux B.V.). Wat de twee laatstgenoemden betreft is op te merken dat in de appelprocedure met deze namen aangeduide rechtspersonen als partijen zijn aangemerkt.

116. Het bezwaar ten aanzien van de eerstgenoemde partij, B.A.S., moet volgens mij worden verworpen. Zoals namens ACI c.s. wordt aangevoerd, is in de appelfase gesteld⁶³ dat de aanvankelijk meeprocedurende partij Nashua Media Products B.V. door een als BAS Distributie B.V. aangeduide partij was overgenomen en dat de overnemende partij de plaats van de eerder bedoelde innam; en tegen die "wissel" is van de kant van ThuisKopie geen bezwaar gemaakt. Dat die partij, en niet de aanvankelijke partij, cassatieberoep heeft ingesteld, is dan geheel conform de daarop toepasselijke regels⁶⁴.

117. Voor de twee andere genoemde partijen geldt dat die in cassatie op dezelfde wijze werden aangeduide als in de appelinstantie. Van de kant van ACI c.s. wordt aangevoerd – en ook met handelsregistergegevens ondersteund – dat de destijds als Philips Consumer Electronics B.V. aangeduide vennootschap inmiddels (te weten: als verkrijgende rechtspersoon in het kader van een fusie met een tweede Philips-B.V.) de naam Philips Consumer Lifestyle B.V. heeft gekregen (en die naam ook al had toen cassatieberoep werd ingesteld).

Het lijkt mij dat hier buiten redelijke twijfel stond dat de cassatiedagvaarding met de gebruikte naam doelde op dezelfde partij die ook in appel (en in eerste aanleg) was opgetreden; dat daarover bij ThuisKopie dan ook geen onduidelijkheid kon bestaan; en dat bij die stand van zaken niets zich ertegen verzet dat in dit stadium alsnog een verbetering wordt aangebracht, door de huidige naam in plaats van de destijds geldende te gaan vermelden⁶⁵.

118. Blijkens HR 9 januari 2004, NJ 2005, 222 m.nt. H.J. Snijders onder nr. 224, rov. 3.4.1 – 3.4.3, kan een als gevolg van fusie niet meer bestaande rechtspersoon geen rechtsmiddel aanwenden; en is het ook niet geoorloofd de partij waarin de betrokkene door fusie is

⁶³ Bij "Akte houdende suggestie prejudiciële vragen en wijziging appellanten" van 1 juli 2010 (alinea 13). Zie voor de (ontbrekende) reactie van de kant van ThuisKopie de pleitnota van 1 juli 2010, slotalinea.

⁶⁴ HR 11 september 1996, NJ 1997, 177 m.nt. Maeijer, rov. 3.2; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent 4, 2009, nr. 52.

Daarbij moet wel de extra stap worden genomen, dat BAS Distributie (de in de appelinstantie opgegeven naam) een handelsnaam blijkt te zijn waaronder de in cassatie verschenen B.A.S. Computers en Componenten B.V. zaken doet; maar dat dat inderdaad zo is, is in cassatie niet betwist.

⁶⁵ "Per analogiam" HR 11 september 2009, NJ 2010, 415 m.nt. H.J. Snijders, rov. 5.5 en 5.6; HR 27 mei 2005, NJ 2006, 598 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.2.

opgegaan, na het in gang zetten van een procedure door de niet langer bestaande partij, alsnog voor die partij in de plaats te stellen.

In het geval van Philips Consumer Electronics B.V. (c.q. Philips Consumer Lifestyle B.V.) was de toenmalige procespartij de verkrijgende rechtspersoon. Deze blijft, bij een fusie op de eerste in art. 2:309 BW aangeduide voet, bestaan, zie art. 2:311 lid 1 BW. Hier doen de in het arrest van 9 januari 2004 aangenomen beletselen zich daarom niet voor; we hebben “gewoon” te doen met verkeerde aanduiding van een “nach wie vor” bestaande rechtspersoon met een inmiddels gewijzigde naam. Op dat geval zijn de in de vorige alinea bedoelde regels toepasselijk.

119. Dat zelfde kan echter niet gezegd worden voor Sony Benelux B.V. Deze is, blijkens geproduceerde handelsregistergegevens, bij een in oktober 2010 verwezenlijkte fusie (dus vóór het hof arrest wees, en daarom ook vóór er cassatieberoep werd ingesteld), opgegaan in Sony Europe Ltd, blijkens het handelsregister een “Private limited company” naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.

Kennelijk was in dit geval de laatstgenoemde de verkrijgende vennootschap en is Sony Benelux B.V. als gevolg van deze fusie opgehouden te bestaan (art. 2:333a BW spreekt in dit verband van de “verdwijvende vennootschap”).

Hier doet het in het arrest van 9 januari 2004 behandelde probleem zich dus in vergelijkbare omvang voor. Dat zou meebrengen dat het ontvankelijkheidsbezwaar ten aanzien van Sony wél moet worden aanvaard.

120. Ik heb mij afgevraagd of de latere rechtspraak waarnaar ik in voetnoot 65 heb verwezen, betekent dat hierover inmiddels anders moet worden gedacht, maar ik denk dat dat niet het geval is. In die rechtspraak ging het om gevallen waarin in de ontwikkelingen besloten lag, dat de betrokkenen niet in misverstand verkeerden (of behoorden te verkeren) over de partij(en) die met een minder juiste aanduiding bedoeld werd(en). In het onderhavige geval kan dat niet worden gezegd: de verkrijgende Sony-vennootschap is een nieuw ten tonele verschijnende entiteit, en ThuisKopie hoefde op het bestaan daarvan niet verdacht te zijn; terwijl de entiteit die eerder in de stukken werd aangeduid, is opgehouden te bestaan.

121. Ik wijs er nog op dat namens ACI c.s. is aangevoerd dat de in de cassatiedagvaarding als Fuji Magnetics Nederland aangeduide partij ten rechte Fujifilm Recording Media GmbH zou heten (Fuji Magnetics Nederland zou de in Nederland gevoerde handelsnaam zijn). Nu hiervan van de kant van ThuisKopie geen punt wordt gemaakt, zie ik geen bezwaar tegen het aannemen van deze stelling als juist.

Proceskosten

122. Hier verschillen partijen er over, of ACI c.s., wanneer zij in cassatie als verliezende partij zouden worden aangemerkt, hoofdelijk in de kosten behoren te worden veroordeeld; en ook, of de onderhavige vorderingen aanleiding zouden moeten geven tot toepassing van art. 1019h Rv.

123. Om met dat laatste te beginnen: art. 1019h Rv. is ingevoerd ter implementatie van art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG⁶⁶. De bepaling uit de Richtlijn schrijft voor dat de Lid-Staten er zorg voor dragen dat als algemene regel de redelijkerwijs door de in het gelijk gestelde partij gemaakte kosten door de verliezende partij zullen worden gedragen.

⁶⁶ Ook deze Richtlijn heb ik geraadpleegd in de eerder aangehaalde SDU Wettenverzameling Intellectuele Eigendom, 2012 (nr. 6).

Het gaat dan, blijkens art. 1 van deze Richtlijn, om maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die noodzakelijk zijn om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen. De Richtlijn geeft een scala van dergelijke maatregelen etc. specifiek aan.

124. Anders dan verschillende andere regelgevende maatregelen van de EU betreffende de intellectuele eigendom, voorziet Richtlijn 2004/48/EG niet specifiek in de door wederpartijen van de rechthebbende in zaken van intellectuele eigendom in te stellen vordering, gericht op de vaststelling van de omvang van de verplichting van de betrokkene (naar Duits spraakgebruik wel aangeduid als “Feststellungsklage”⁶⁷). Om een dergelijke vordering gaat het in dit geval.

Bovendien kan men zich afvragen of Thuiskopie mag worden gerekend tot de in art. 4 van Richtlijn 2004/48/EG aangegeven partijen die bevoegd zijn de in de Richtlijn aangewezen maatregelen etc. uit te lokken.

125. Ik opper dat, wanneer de Hoge Raad zou besluiten vragen van uitleg aan het HvJ voor te leggen, ook de hier in geschil zijnde betekenis van Richtlijn 2004/48/EG tot dergelijke vragen aanleiding zou behoren te geven. Daarbij mag, denk ik, uitgangspunt zijn dat art. 1019h Rv. (jo. art. 1019 Rv.), ertoe strekt, de overeenkomstige regels uit de Richtlijn volledig en getrouwelijk te implementeren⁶⁸.

126. Als de voor te leggen vraag van uitleg suggereer ik dan:

F) Moet art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG zo worden uitgelegd dat de daar omschreven gerechtskosten en andere kosten ten laste van de verliezende partij moeten worden gebracht in een geding waarin, nadat een Lid-Staat op de voet van art. 5 lid 2 onder b van Richtlijn 2001/29/EG de verplichting tot het afdragen van de in die bepaling bedoelde billijke compensatie heeft opgelegd aan producenten en importeurs van dragers die geëigend en bestemd zijn voor de reproductie van werken, en ten gunste van een door die Lid-Staat aangewezen organisatie die met de heffing en verdeling van de billijke compensatie belast is, de betalingsplichtigen vorderen dat de rechter ten aanzien van bepaalde in geschil zijnde parameters betreffende de billijke compensatie, verklaringen voor recht geeft ten laste van de bedoelde organisatie, die zich daartegen verweert?

127. Wat het resterende geschilpunt – hoofdelijke veroordeling – betreft: de meningen over dit onderwerp zijn schaars, en daarbij enigszins verdeeld. Haardt, De veroordeling in de kosten (etc.), diss. 1945, p. 36 – 37, breekt een lans voor de hoofdelijke veroordeling (maar erkent daarbij dat de meerderheid van de destijds bestaande bronnen anders leert). Asser Procesrecht/Van Schaick 2, nr. 136 komt tot dezelfde uitkomst als Haardt, met verwijzing naar HR 17 maart 2000, NJ 2000, 353, rov. 3.3.2. Het verdient echter aantekening dat de vraag of er hoofdelijke aansprakelijkheid voor proceskosten is (dan wel: of die onder omstandigheden kan worden aangenomen) in deze zaak niet aan de Hoge Raad was voorgelegd.

⁶⁷ Art. 96 onder b van de Gemeenschapsmerkenverordening (Verordening (EG) nr. 207/2009, SDU Wetteneditie 2012 nr. 45) en art. 81 onder b van de Gemeenschapsmodellenverordening (Verordening (EG) nr. 6/2002, SDU Wettenverzameling 2012 nr. 75) houden beide wel met dergelijke vorderingen rekening.

⁶⁸ Uit HvJ 18 oktober 2011, NJ 2012, 19 m.nt. M.V. Polak valt wel op te maken dat art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG niet eng wordt uitgelegd; maar voor het antwoord op de hier aan de orde zijnde vraag vind ik in dat arrest onvoldoende houvast; zie ook de conclusie van A – G Langemeijer in zaaknr. 11/01017, rechtspraak.nl LJN BW0393, alinea 5.8. Een beperkte uitleg blijkt uit Hof Den Haag 29 maart 2011, IER 2011, 45 m.nt. FE (waar echter de verklaring voor recht ten gunste van de wederpartij van de rechthebbende wél onder het bereik van art 1019h Rv. wordt gebracht, zie rov. 8.6).

Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Numann, art. 237, aant. 15, lijkt geen algemene regel aan te nemen die hoofdelijke aansprakelijkheid voor proceskosten meebrengt, maar die mogelijkheid in bepaalde gevallen wel te aanvaarden.

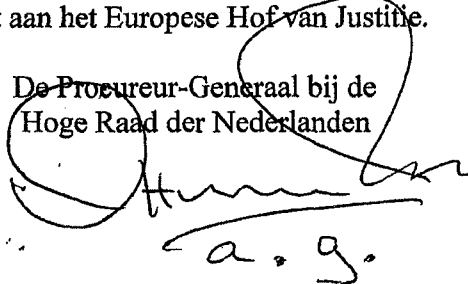
128. Ik zou ervoor kiezen, althans in een geval als het onderhavige, waarin de betrokken partijen identieke vorderingen ten laste van ThuisKopie geldend maken en een eensluidend standpunt verdedigen, aan te nemen dat er een gezamenlijke aansprakelijkheid voor de (eventuele) proceskosten bestaat. De door Haardt t.a.p. verdedigde parallel met de gezamenlijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van door een pluraliteit van daders gepleegd onrechtmatig handelen, suggereert hier een overeenkomstige regel. De andere uitkomst treft ook als onredelijk. Dat is in het bijzonder zichtbaar in een geval waarin een groot aantal partijen aan één kant optreedt, en het zich opdringt dat verhaal van proceskosten "pro rata" dus (zeer) bezwaarlijk kan zijn. Waar de verhoudingen niet zo geprononceerd liggen – doordat er minder partijen zijn – is de onredelijkheid minder in het oog springend – maar volgens mij toch nog aanwezig.

129. Ik meen hiermee alle punten die op dit moment ter beoordeling voorliggen, te hebben onderzocht.

Conclusie

Ik concludeer dat de Hoge Raad het geding schorst en vragen van uitleg als voorgesteld in alinea's 102 en 126 voorlegt aan het Europese Hof van Justitie.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



a.g.