

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 246698 / HA ZA 05-2233

Vonnis van 25 juni 2008

in de zaak van

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

SONY BENELUX B.V., gevestigd te Badhoevedorp,
20. de rechtspersoon naar vreemd recht
VERBATIM GmbH, gevestigd te Eschborn, Duitsland,
eisers,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaten mr. D.J.G. Visser en mr. A.C.M. Alkema te Amsterdam,

tegen

1. de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
procureur mr. E. Grabandt,
advocaat mr. E.A.P. Engels te Amsterdam,

2. de stichting **STICHTING ONDERHANDELINGEN
THUISKOPIEVERGOEDING**,
gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde,
procureur mr. H.J.A. Knijff,
advocaten mr. E.P.A. Keyzer en mr. M.E. Verwoert te Amsterdam.

Gedaagden zullen hierna ook Thuiskopie en SONT genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 12 juli 2005 en de daarbij behorende producties 1 tot en met 6;
 - de conclusie van antwoord van Thuiskopie met een productie;
 - de incidentele conclusie van SONT, ertoe strekkende dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren, althans tot niet-ontvankelijkheid van eisers, met producties 1 tot en met 6;
 - de conclusie van antwoord in het incident van eisers, tevens inhoudende een voorwaardelijke vermeerdering van eis, met doorgenummerde producties 7 tot en met 10;
 - het incidentele vonnis van 8 februari 2006, waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat zij bevoegd is op de vorderingen te beslissen;
 - de conclusie van antwoord van SONT met doorgenummerde producties 7, 8 en 9;
 - de conclusie van repliek met doorgenummerde producties 11 tot en met 14;
 - de conclusie van dupliek van Thuiskopie met drie producties;
 - de conclusie van dupliek van SONT met productie 10;
 - de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken: producties 15 tot en met 27 van eisers, de producties genummerd 4 tot en met 7 van Thuiskopie, en de pleitnotities van partijen.
- 1.2. Het vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Eisers zijn importeurs en/of fabrikanten van voorwerpen als bedoeld in artikel 16c lid 1 Auteurswet (verder: Aw), hierna aan te duiden als blanco informatiedragers. Zij zijn op grond van lid 2 van dat artikel een vergoeding verschuldigd voor het reproduceren van auteursrechtelijk beschermde werken op de blanco informatiedragers (verder: de thuiskopievergoeding).

2.2. Thuiskopie is door de Minister van Justitie aangewezen als de rechtspersoon die belast is met de inning en verdeling van die vergoeding (artikel 16d lid 1 Aw).

2.3. SONT is de door de Minister van Justitie aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt (artikel 16e Aw). In het bestuur van SONT is Thuiskopie met drie personen vertegenwoordigd en drie personen worden (indirect) benoemd door de FIAR: de Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied. Deze bestuursleden oefenen volgens de statuten van SONT hun functie uit met last en ruggespraak. De Minister van Justitie benoemt de onafhankelijke voorzitter.

2.4. Artikel 11 van de statuten van SONT luidt:
Indien naar het oordeel van de voorzitter de reeds gedane voorstellen terzake van de hoogte van de vergoeding en/of de werkingsduur ervan zover uit elkaar liggen, dat bij hem de indruk is ontstaan dat er geen voorstel meer zal worden gedaan dat alsnog tot een bestuursbesluit zal leiden, is hij bevoegd een termijn te bepalen binnen welke het bestuur het desbetreffende besluit dient te hebben genomen, bij gebreke waarvan de voorzitter bevoegd is om met uitsluiting van de overige bestuursleden, een het gehele bestuur bindend besluit te nemen tot vaststelling van de hoogte van de vergoeding en/of ter bepaling van de werkingsduur van dat besluit.

2.5. Omdat binnen het bestuur telkens geen overeenstemming kon worden bereikt, is de laatste jaren de hoogte van de thuiskopievergoeding vrijwel steeds vastgesteld bij besluit van de voorzitter van SONT. Dit is onder meer gebeurd bij besluit van 30 november 2004.

2.6. Bij algemene maatregel van bestuur van 17 februari 2007, Staatsblad 2007, 75, zijn op grond van de in artikel 16c lid 6 Aw gegeven bevoegdheid de blanco informatiedragers aangewezen waarvoor de thuiskopievergoeding moet worden betaald. Dit besluit had gelding tot 1 januari 2008. Bij algemene maatregel van bestuur van 5 november 2007, Staatsblad 2007, 435, heeft opnieuw een dergelijke aanwijzing plaatsgevonden. Dit besluit heeft gelding tot 1 januari 2009.

3. Het geschil

3.1. Eisers vorderen, na wijziging van hun eis:

I. een verklaring voor recht dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding:

A. wel rekening dient te worden gehouden met het feit dat uitsluitend een vergoeding is verschuldigd terzake van voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven;

- B. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die door de natuurlijke persoon voor een derde worden gemaakt;
- C. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die voor commerciële doeleinden en piraterij worden gemaakt;
- D. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën die door rechtspersonen worden gemaakt;
- E. geen rekening dient te worden gehouden met het kopiëren van computerprogramma's en databanken;
- F. geen rekening dient te worden gehouden met kopieën van materiaal dat tot het publiek domein behoort;
- G. geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron;
- H. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende reeds betaling in een andere vorm heeft ontvangen;
- I. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven;
- J. geen rekening dient te worden gehouden met reproducties die van eigen materiaal worden gemaakt;
- K. geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals bij het kopiëren voor "time-shifting-purposes" en "porting";
- L. wel rekening dient te worden gehouden met de beschikbaarheid van bescherming die thuiskopiëren kan voorkomen, niet slechts met het daadwerkelijke gebruik dat daarvan wordt gemaakt;
- M. wel rekening dient te worden gehouden met de beschikbaarheid van DRM-technologieën, niet slechts met het daadwerkelijke gebruik dat daarvan wordt gemaakt;
- N. wel rekening dient te worden gehouden met de dreigende wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing;
- O. wel rekening dient te worden gehouden met de hoogte van de Thuiskopie-vergoeding in andere lidstaten;
- P. met betrekking tot de DVD+RW geldt dat een nul-heffing geïndiceerd is, wegens de beschikbaarheid van doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen;

II. primair: vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding voor blanco dragers op nul;

subsidiair: de hoogte van de thuiskopievergoeding voor blanco dragers in goede justitie vast te stellen met inachtneming van de onder I A t/m P genoemde omstandigheden;

meer subsidiair: gedaagden te gebieden om met vertegenwoordigers van eisers in onderhandeling te treden teneinde de hoogte van de Thuiskopievergoeding vast te stellen, waarbij de onder I A t/m P genoemde omstandigheden volledig in acht dienen te worden genomen,

met uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis en veroordeling van gedaagden in de proceskosten.

Voorwaardelijk, namelijk voor het geval de rechtbank zou oordelen dat vernietiging van enig besluit van SONT vereist is om van de vorderingen onder II kennis te nemen, vorderen eisers vernietiging van het besluit van SONT van 30 november 2004.

3.2. Eisers menen dat gedaagden bij de vaststelling van de thuiskopievergoeding ten onrechte geen rekening houden met de randvoorwaarden en de reikwijdte van artikel 16c Aw, in het bijzonder die welke voortvloeien uit Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, verder: de Richtlijn, welke richtlijn door artikel 16c Aw (deels) wordt geïmplementeerd. Eisers willen door middel van deze procedure ten aanzien van een aantal aspecten van de verschuldigheid en de hoogte van de thuiskopievergoeding duidelijkheid verkrijgen.

3.3. Gedaagden voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. relevante regelgeving

Voor de beoordeling van het geschil is de navolgende regelgeving van belang.

artikel 16b Auteurswet

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder direct of indirect commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft.

(...)

5. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat voor de verveelvoudiging, bedoeld in het eerste lid, ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding is verschuldigd. Daarbij kunnen nadere regels worden gegeven en voorwaarden worden gesteld.

6. Dit artikel is niet van toepassing op het reproduceren, bedoeld in artikel 16c, noch op het nabouwen van bouwwerken.

artikel 16c Auteurswet

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

2. Voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid.

3. Voor de fabrikant ontstaat de verplichting tot betaling van de vergoeding op het tijdstip dat de door hem vervaardigde voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Voor de importeur ontstaat deze verplichting op het tijdstip van invoer.

4. De verplichting tot betaling van de vergoeding vervalt indien de ingevolge het tweede lid betalingsplichtige een voorwerp als bedoeld in het eerste lid uitvoert.

5. De vergoeding is slechts eenmaal per voorwerp verschuldigd.

6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regelen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, verschuldigd is. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorts nadere regelen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in dit artikel met betrekking tot de hoogte, verschuldigheid en vorm van de billijke vergoeding.

7. Indien een ingevolge dit artikel toegelaten reproductie heeft plaatsgevonden, mogen voorwerpen als bedoeld in het eerste lid niet zonder toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgenden aan derden worden afgegeven, tenzij de afgifte geschiedt ten behoeve van een rechterlijke of bestuurlijke procedure.

8. Dit artikel is niet van toepassing op het verveelvoudigen van een met elektronische middelen toegankelijke verzameling als bedoeld in artikel 10, derde lid.

overweging 35 bij de Richtlijn

Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal. Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar de schade voor de

rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat.

artikel 2 van de Richtlijn

Reproductierecht

De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a) auteurs, met betrekking tot hun werken,*
 - b) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,*
 - c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,*
 - d) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en*
 - e) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen,*
- in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.*
(...)

artikel 5 van de Richtlijn

Beperkingen en restricties

(...)

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

(...)

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

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

4.2. beroep op niet-ontvankelijkheid

4.2.1. In haar incidentele conclusie heeft SONT zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank niet bevoegd is van de vorderingen kennis te nemen, althans dat eisers in de vorderingen niet-ontvankelijk zijn, op de navolgende gronden. Bij de opzet van de vaststelling van de thuiskopievergoeding is gekozen voor besluitvorming binnen SONT. Het besluit van de voorzitter moet op grond van artikel 11 van de statuten worden aangemerkt als een bindend advies. Dit bindend advies is alleen aan te tasten indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 B.W.). Eisers voeren niets aan om te concluderen dat het besluit van de voorzitter deze toets niet kan doorstaan. De rechtbank dient zich volgens SONT te beperken tot deze marginale toetsing. Voor ruimere toetsing zoals door eisers beoogd is geen plaats, te meer niet nu van de zijde van de

voorzitter van SONT alle bereidheid bestaat om de onderhandelingen over de thuiskopievergoeding te leiden. Dit alles geldt ook wanneer wordt getoetst aan artikel 2:15 lid 1 sub b juncto artikel 2:8 B.W.

4.2.2. In het incidentele vonnis van 8 februari 2006 is geoordeeld dat de rechtbank bevoegd is van de vorderingen van eisers kennis te nemen. Hetgeen door SONT is aangevoerd kon daarbij (deels) onbeoordeeld blijven. In haar conclusie van antwoord heeft SONT haar stellingen in het kader van de ontvankelijkheid van de vorderingen herhaald, zodat daarop nu eerst moet worden ingegaan. Ook Thuiskopie stelt zich op het standpunt dat eisers jegens haar niet-ontvankelijk in hun vorderingen zijn omdat niet zij, Thuiskopie, de thuiskopievergoeding vaststelt maar SONT.

4.2.3. De rechtbank verwierpt de stelling van SONT dat het besluit van de voorzitter tot vaststelling van de thuiskopievergoeding kan worden aangemerkt als een bindend besluit als bedoeld in artikel 7:900 lid 2 B.W. Dat die opvatting niet juist is volgt alleen al daaruit dat artikel 11 van de statuten geen overeenkomst als omschreven in lid 1 van artikel 7:900 B.W. inhoudt maar een statutaire bepaling over besluitvorming. De bepaling is dan ook niet gericht op vaststelling van wat rechtens zal gelden tussen bepaalde partijen en eisers zijn bij de totstandkoming van die regeling als zodanig niet betrokken geweest. Het besluit van de voorzitter kan als een besluit van een orgaan van een rechtspersoon slechts worden getoetst aan de in artikel 2:15 B.W. genoemde gronden voor vernietiging.

4.2.4. Eisers beogen echter niet vernietiging van enig in het verleden genomen besluit maar vaststelling van uitgangspunten die de betrokkenen bij toekomstige besluitvorming in aanmerking moeten nemen. Voor zover partijen met betrekking tot die uitgangspunten van mening verschillen, hebben eisers bij de onder I weergegeven vorderingen belang omdat mag worden aangenomen dat de betrokkenen bij toekomstige besluitvorming rekening zullen houden met hetgeen voor recht is verklaard om te vermijden dat het besluit in strijd komt met regelgeving die op dat besluit van toepassing is. Er is geen reden aan te nemen dat eisers niet bevoegd zijn op voorhand een uitspraak van de rechter te vragen. Vernietiging van enig in het verleden genomen besluit is daarvoor niet nodig.

4.2.5. Eisers zijn dan ook in beginsel ontvankelijk in hun onder I onder A, G, I, en K tot en met P vermelde vorderingen (hierna zal echter blijken dat eisers bij een aantal van die vorderingen om andere redenen geen belang hebben). Over de overige onder I vermelde uitgangspunten zijn partijen het eens zodat eisers in zoverre geen belang hebben bij een verklaring voor recht. De vordering onder I moet op die punten worden afgewezen. De omstandigheid dat, zoals eisers stellen, Thuiskopie eerder niet heeft willen bevestigen het met deze laatste uitgangspunten eens te zijn doet daaraan niet af. Dit geldt eveneens voor zover eisers stellen dat bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding onvoldoende rekening wordt gehouden met deze overige criteria. De verzochte verklaringen voor recht zien immers niet op de mate waarin met deze criteria rekening zou moeten worden gehouden.

4.2.6. De rechtbank deelt het standpunt van Thuiskopie en SONT dat de rechtbank niet de hoogte van de thuiskopievergoeding kan vaststellen omdat de Auteurswet die bevoegdheid bij SONT heeft neergelegd. Hetgeen onder II primair en subsidiair is gevorderd moet om die reden worden afgewezen. Bij hetgeen onder II als meer subsidiair is gevorderd hebben eisers geen belang. Er is geen reden aan te nemen dat Thuiskopie en SONT niet bereid

zouden zijn over de thuiskopievergoeding te onderhandelen met inachtneming van hetgeen tussen partijen zal worden vastgesteld met betrekking tot de in acht te nemen uitgangspunten.

4.3. *A. voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven*

4.3.1. Eisers en Thuiskopie zijn het er, mede op grond van de wetsgeschiedenis, over eens dat de thuiskopieregeling ziet op voorwerpen die bestemd of mede bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven. Het verschil van mening tussen partijen spitst zich toe op de nadere uitwerking van het begrip bestemming. Eisers menen dat in ieder geval apparaten zoals MP3-spelers, DVD-recorders en harde schijven van PC's buiten de regeling vallen. Thuiskopie ziet dat anders.

4.3.2. Gezien dit laatste hebben eisers bij de verklaring voor recht geen belang. De gevorderde verklaring voor recht ziet immers niet op de vraag wanneer een voorwerp bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen, of weer te geven. Ook bij toewijzing van het gevorderde wordt derhalve het werkelijke geschilpunt tussen eisers en Thuiskopie niet beslist.

4.4. *G. geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron*

4.4.1. Partijen zijn het er over eens dat uit de wetsgeschiedenis van de implementatiewetgeving blijkt dat de opvatting van de wetgever is geweest dat artikel 16c Aw toestaat een thuiskopie te maken, ook indien een illegale kopie van het werk wordt gekopieerd, en dat bij vaststelling van de thuiskopievergoeding die (laatste) kopieerhandeling in aanmerking moet worden genomen. Het duidelijkst blijkt dit uit de navolgende, door partijen aangehaalde, passages:

Op grond van zowel de huidige als de voorgestelde wetgeving is het kopiëren van werken van letterkunde, wetenschap of kunst voor eigen oefening, studie of gebruik toegestaan. De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KazaA en vergelijkbare peer-to-peer-diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt. Wanneer dezelfde Internetgebruiker vervolgens anderen in staat stelt van werken van letterkunde, wetenschap of kunst kennis te nemen en deze te kopiëren, is er sprake van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking in de zin van beschikbaar stellen aan het publiek. Een dergelijke openbaarmaking is, behoudens toestemming van rechthebbenden, niet toegestaan. Het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, kan er dus toe leiden dat van een illegale bron legale privé-kopieën worden gemaakt, voor zover de overige voorwaarden die artikel 16c stelt in acht worden genomen. De beperking inzake privé-kopiëren staat het niet toe dat zo'n kopie wordt afgegeven of wordt openbaar gemaakt. De term «witwassen»

is dan ook enigszins misleidend, omdat die term lijkt te impliceren dat een rechtmatig gemaakte privé-kopie weer in omloop zou mogen worden gebracht.¹

Artikel 16c verbindt aan het privé-kopiëren de voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald. Die vergoeding is verschuldigd ongeacht of er sprake is van een legale of illegale bron en wordt geheven bij de producent of importeur en doorberekend aan de consument. Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron.²

Dit standpunt is nog recent door de regering onderschreven.³

4.4.2. Eisers menen echter dat deze uitleg van artikel 16 c Aw niet conform de Richtlijn is. Zij voeren daarvoor aan dat de thuiskopievergoeding moet worden gezien als een wettelijke licentie die niet van toepassing kan zijn op materiaal dat illegaal ter beschikking wordt gesteld door anderen dan de rechthebbende. Zij stellen verder dat de opvatting van de wetgever niet in overeenstemming is met de zogenaamde drie-stappen-toets, omdat met die toets niet te verenigen is dat het zonder toestemming van de rechthebbende aanbieden van beschermd materiaal verboden is, maar het kopiëren ervan door de thuiskopieregeling wordt toegelaten. Op deze manier geeft de Nederlandse regering, naar de mening van eisers, toestemming om illegaal ter beschikking gesteld materiaal te reproduceren. Thuiskopie en SONT bestrijden dit standpunt.

4.4.3. De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.

4.4.4. Met de door de rechtbank voorgestane uitleg van artikel 16c Aw is nog geen antwoord gegeven op de vraag of met het maken van deze illegale kopieën rekening mag worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. De Richtlijn bepaalt in artikel 5 lid 2 sub b niet meer dan dat de rechthebbende bij een beperking van het auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen. De Richtlijn laat onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privé-kopieën van illegaal materiaal. De Richtlijn

¹ Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 5 p. 32/33

² Nota naar aanleiding van het nadere verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 8 p. 13

³ Vergelijk het antwoord van de Minister van Justitie op de vragen met nummer 2256 van het kamerlid Gerkens, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007 en de brief van de ministers van Justitie, Economische Zaken en Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Tweede Kamer van 20 december 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29838, nr. 6 p. 12.

ziet daar niet op, terwijl niet gezegd kan worden dat het rekening houden met privé-kopieën van illegaal materiaal tevens inhoudt dat die illegale handeling wordt toegestaan. Zonder nadere motivering - die ontbreekt - valt niet in te zien dat en waarom bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening mag worden gehouden met privé-kopieën van illegaal materiaal.

4.4.5. De conclusie van het voorgaande is dat hetgeen eisers hebben aangevoerd ontoereikend is om tot toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht te komen. Deze vordering zal om die reden worden afgewezen.

4.5. *I. kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven*

4.5.1. De rechtbank begrijpt het standpunt van eisers aldus. Diende de voorheen bestaande thuiskopievergoeding mogelijk te worden aangemerkt als gebruiksvergoeding, na implementatie van de Richtlijn moet worden aangenomen dat de thuiskopievergoeding is bedoeld om de auteursrechthebbende te compenseren voor het nadeel dat hij door het thuiskopieren ondervindt. Dit blijkt uit overweging 35 bij de Richtlijn. Daaruit volgt dat indien de auteursrechthebbende expliciet, al dan niet tegen betaling, dan wel impliciet toestemming geeft voor het kopiëren van zijn werk de thuiskopievergoeding niet ziet op die kopieerhandelingen. Als voorbeeld van impliciete toestemming noemen eisers het met toestemming van de auteursrechthebbende op internet ter beschikking stellen van het werk of verspreiding van het werk zonder gebruik te maken van technische beveiligingsvoorzieningen, hoewel deze beschikbaar zijn.⁴ Eisers wijzen in dit verband nog op de opvatting van de wetgever in de Nota naar aanleiding van het nadere verslag⁵:

De leden van de PvdA-fractie vroegen welke voorwaarden worden gesteld bij het beoordelen of een voorwerp onder de thuiskopieregeling valt. De wettelijke regeling gaat ervan uit dat het allereerst aan de betrokken partijen is afspraken te maken over de voorwerpen waarop een vergoeding rust. De mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur voorwerpen aan te wijzen kan partijen stimuleren om daarbij ook daadwerkelijk tot resultaat te komen. Indien er onvoldoende zicht op overeenstemming bestaat kan de overheid voorwerpen aanwijzen. Van belang daarbij is uiteraard de ratio van de vergoeding voor privé-kopiëren. Het gaat erom rechthebbenden te compenseren voor het nadeel dat zij van kopiëren in een digitale omgeving ondervinden. Het is aan rechthebbenden dat nadeel aan te tonen. Overweging 35 van de richtlijn noemt in dit verband de mogelijkheid van een billijke compensatie voor rechthebbenden af te zien wanneer de schade minimaal is.

4.5.2. Thuiskopie voert aan dat het bij de regeling gaat om een wettelijke licentie, waarbij het toestemmingsvereiste niet geldt, zodat die toestemming irrelevant is voor de verschuldigdheid van de thuiskopievergoeding⁶. Thuiskopie meent ook dat eisers te snel

⁴ Zie ook cvr 57 ev.

⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28432, nr. 8 p. 13

⁶ Zie o.a. cvd p. 8/9

impliciete toestemming willen aannemen. Zowel Thuiskopie als SONT is met eisers eens dat in ieder geval de thuiskopievergoeding niet verschuldigd is indien de rechthebbende al op andere wijze een vergoeding voor de kopie heeft ontvangen.

4.5.3. Zoals hiervoor is overwogen laat de Richtlijn de lidstaten in beginsel vrij de omvang van de compensatie vast te stellen. Uit de door eisers aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de Nederlandse wetgever ervan is uitgegaan dat de thuiskopievergoeding een compensatie moet zijn voor door de rechthebbende door de kopieerhandeling geleden nadeel. Compensatie is vanuit dat uitgangspunt niet aan de orde indien de rechthebbende – expliciet of impliciet – toestemming voor de kopieerhandeling heeft gegeven. De gevorderde verklaring voor recht kan dus worden toegewezen.

4.6. *K. kopieerhandelingen waarbij de schade of het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals bij het kopiëren voor "time-shifting-purposes" en "porting"*

4.6.1. Eisers leiden uit de laatste volzin van de hiervoor weergegeven overweging 35 bij de Richtlijn af dat de redelijke compensatie nihil dient te zijn indien het nadeel voor de rechthebbende minimaal is, zoals in het geval van ‘time-shifting’ en ‘porting’. Onder time-shifting is dan te verstaan het maken van een kopie van een uitzending om dit op een later tijdstip te bekijken of te beluisteren, terwijl porting ziet op het maken van een kopie van legaal verkregen materiaal (bijvoorbeeld een cd) voor gebruik op andere apparatuur (bijvoorbeeld een mp3-speler). Eisers verwijzen in dit verband naar de opvatting van de Europese Commissie (vindplaats niet vermeld) inhoudende:

‘The Commission is of the view that no obligation for payment may arise regarding certain single temporary acts of copying a broadcast work or other subject matter which are undertaken solely for the purpose of enabling it to be viewed and/or listened to at a more convenient time (‘time-shifting’), provided that the conditions set out in Article 5.5 of this Directive are met.’

Deze opvatting wordt ook aangehaald in het door eisers ingebrachte rapport van het Institute for Information Law te Amsterdam ‘The Future of Levies in a Digital Environment’ van prof. P.B. Hugenholtz, dr. L. Guibault en mr. S. van Geffen. Thuiskopie en SONT bestrijden deze opvatting.

4.6.2. De rechtbank is met Thuiskopie en SONT van oordeel dat de door eisers getrokken conclusie niet uit overweging 35 kan worden afgeleid. De vrijheid die de lidstaten hebben bij de bepaling van de omvang van de compensatie blijkt nog eens uitdrukkelijk uit de laatste volzin van de overweging. Deze geeft aan dat het in voorkomend geval mogelijk is dat geen betalingsverplichting ontstaat (‘no obligation for payment may arise’ in de Engelse versie). De vraag is derhalve of de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

4.6.3. De Nederlandse wetgever heeft blijkens de Memorie van Toelichting bij de implementatiewet⁷ juist met het oog op deze mogelijkheid een splitsing gemaakt tussen reproductiehandelingen waarvoor, gelet op de geringe betekenis van de handeling, in

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28482, nr. 3

beginsel geen vergoeding verschuldigd is, bestreken door artikel 16b Aw, en die waarvoor dat wel het geval is, bestreken door artikel 16c Aw. Dit volgt uit onder meer de volgende passages:

(pagina 21) Op grond van overweging 35 van de richtlijn dienen rechthebbenden, in bepaalde gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal.(...)In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat in het geheel geen betalingsverplichting ontstaat. Daarvan is onder de voorgestelde regeling inderdaad sprake. Voor sommige lidstaten maakte deze overweging het mogelijk akkoord te gaan met de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming, omdat aldus voor een bepaalde nauwkeurig afgebakende handeling die binnen het gebied van een door de richtlijn bestreken beperking valt geen enkele vergoeding toe te kennen.

(pagina 23/24) ...wordt een splitsing van de regels inzake privé-kopiëren voorgesteld. In artikel 16b van de Auteurswet 1912 wordt het auteursrecht beperkt door daarvan vrij te stellen de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft. In feite vormt het bestaande artikel 16b uitgangspunt voor het voorstel, waarin de betreffende richtlijnbeplating is verwerkt, teneinde de strekking van de bepaling nog duidelijker te maken en deze geheel in overeenstemming met de richtlijn te brengen. Voor de rechtmatigheid van deze verveelvoudiging is niet een redelijke tegemoetkoming vereist, maar de Minister van Justitie heeft de mogelijkheid daarover nadere regels te stellen. Onder deze bepaling valt onder meer het reprografisch verveelvoudigen voor privé-doeleinden, en het namaken, naknutselen of anderszins bewerken voor privé-doeleinden. Herhaald wordt dat hiermee ook rekening wordt gehouden met het onderscheid tussen reproduceren en het ruimere verveelvoudigen, dat reproduceren omvat, zodat artikel 16b ook van toepassing is op verveelvoudigingshandelingen die niet door de richtlijn worden bestreken. Tegelijkertijd omvat artikel 16b reproductiehandelingen waarvoor in beginsel redelijke tegemoetkoming is verschuldigd, maar waarvan op dit moment door de geringe betekenis en omvang niet aannemelijk is dat daarop ook aanspraak bestaat. Het gaat hier met name op het reprografisch verveelvoudigen voor privé-doeleinden. Het nieuwe vijfde lid van artikel 16b maakt evenwel mogelijk dat bij algemene maatregel van bestuur alsnog een billijke vergoeding voor dergelijk reproduceren is verschuldigd indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. In artikel 16c wordt het auteursrecht beperkt ten behoeve van het reproduceren zonder commercieel oogmerk door een natuurlijke persoon door vastlegging van het werk op een voorwerp bestemd om het daarop vastgelegde werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze verveelvoudiging geschiedt tot eigen oefening, studie of gebruik.

Deze beperking is evenwel gebonden aan de voorwaarde van redelijke tegemoetkoming.

(pagina 44) Artikel 5, tweede lid, sub b van de richtlijn stelt in het algemeen als voorwaarde voor het privé-reproducieren dat billijke compensatie (oftewel redelijke tegemoetkoming) wordt verleend aan rechthebbenden. In lijn met het advies van de commissie auteursrecht wordt voorgesteld een onderscheid te maken tussen:

a. de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudiging uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft; en

b. de reproductie zonder commercieel oogmerk van het beschermd materiaal op een voorwerp dat bestemd is om dat materiaal ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze reproductie uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

Artikel 16b betreft in het voorstel de eerste categorie van verveelvoudigingen, waarmee het bestaande regime voor een aantal typen verveelvoudigen wordt voortgezet. Het gaat hier, mede gelet op artikel 16c, negende lid, om bijvoorbeeld reprografisch verveelvoudigen, natekenen, nabreien, naknutselen en andere vormen van «handvaardigheid». Het privékopieëren in deze vorm is in beginsel niet aan een voorwaarde van redelijke tegemoetkoming gebonden. Daartoe laat de richtlijn de ruimte, zoals hierboven is uiteengezet.⁸

4.6.4. De gevorderde verklaring voor recht ziet op de in artikel 16c lid 2 Aw genoemde vergoeding en daarvoor geldt gezien het voorgaande het door eisers gestelde uitgangspunt niet. De vordering dient daarom in zoverre te worden afgewezen.

4.7. *L/M. de beschikbaarheid van bescherming die thuiskopieren kan voorkomen / de beschikbaarheid van DRM-technologieën*

4.7.1. Artikel 5 lid 2 sub b van de Richtlijn bepaalt dat bij vaststelling van de compensatie rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van technische voorzieningen die bestaan om ongeoorloofd kopiëren tegen te gaan. Eisers noemen in dit verband D(igital) R(ights) M(anagement)-systemen zoals i-Tunes, waarmee werken op een netwerk ter beschikking worden gesteld onder door de rechthebbende te bepalen voorwaarden. Volgens eisers gaat het er niet om of deze voorzieningen daadwerkelijk gebruikt worden, maar slechts om de beschikbaarheid. De thuiskopievergoeding mag naar zij menen geen bonus worden voor rechthebbenden die van deze voorzieningen geen gebruik willen maken.

⁸ In gelijke zin de Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 5 p. 30 en de Nota naar aanleiding van het nadere verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 8 p. 12.

4.7.2. Zoals gedaagden bij pleidooi nog eens uitdrukkelijk hebben herhaald, onderschrijven zij dat van belang is of technische voorzieningen beschikbaar zijn, niet slechts of ze worden toegepast. Het geschil tussen eisers en in het bijzonder ThuisKopie gaat om het antwoord op de vraag wanneer kan worden aangenomen dat technische voorzieningen beschikbaar zijn. ThuisKopie vindt namelijk dat daarvan pas sprake is wanneer de voorzieningen op economisch verantwoorde basis beschikbaar zijn, sprake is van standaardisatie, interoperabiliteit, haalbare integratie in businessmodellen aanwezig is, brede consumentenacceptatie bestaat en privacy-problemen zijn opgelost. De gevorderde verklaring voor recht is op dit verschil van inzicht niet gericht. Bij deze vordering hebben eisers gezien de overeenstemming tussen partijen geen belang.

4.8. *N/O. wanverhouding tussen de gemiddelde prijs van de betreffende blanco drager en de heffing en de hoogte van de ThuisKopievergoeding in andere lidstaten*

4.8.1. Eisers stellen dat een wanverhouding bestaat tussen de prijs van de blanco gegevensdrager en de thuisKopievergoeding. Volgens hen bedraagt de heffing op dit moment circa 40% van de verkoopprijs. De thuisKopievergoeding is volgens eisers bovendien een van de hoogste in Europa. Dit alles zou leiden tot ontduiking en illegale import en zou aanleiding moeten zijn de thuisKopievergoeding te verlagen tot hooguit het gemiddelde in Europa.

4.8.2. Hetgeen eisers aanvoeren geeft geen grond voor de gevorderde verklaringen voor recht. De door eisers geconstateerde wanverhouding van de thuisKopievergoeding ten opzichte van de prijs van de drager of ten opzichte van de thuisKopievergoeding elders in Europa betekent nog niet dat de thuisKopievergoeding daarmee in strijd met het recht zou zijn. Ook de omstandigheid dat er wat de hoogte van de thuisKopievergoeding tussen de lidstaten grote verschillen bestaan, hetgeen volgens eisers leidt tot parallelimport, maakt dit niet anders. Dit is inherent aan de keuze van de Europese regelgever om de hoogte van de thuisKopievergoeding niet te harmoniseren. Ook stelt ThuisKopie terecht dat in de rede ligt de thuisKopievergoeding te relateren aan de waarde van de daarop te kopiëren werken, niet aan de waarde van de drager.

4.9. *P. met betrekking tot de DVD+RW geldt dat een nul-heffing geïndiceerd is, wegens de beschikbaarheid van doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen*

4.9.1. Deze verklaring voor recht komt neer op vaststelling van de heffing. Zoals hiervoor is overwogen is de rechtbank daartoe niet bevoegd.

4.9.2. Het voorgaande voert tot de conclusie dat uitsluitend de gevorderde verklaring voor recht vermeld onder I moet worden toegewezen. Eisers moeten worden aangemerkt als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partijen, zodat zij worden veroordeeld in de proceskosten.

5. De beslissing

De rechtbank:

verklaart voor recht dat bij de bepaling van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven;

wijst het meer of anders gevorderde af;

veroordeelt eisers in de proceskosten, aan de zijde van Thuis kopie en SONT begroot op elk € 244,- aan verschotten en € 1.808,- aan salaris van de procureur;

verklaart de proceskostenveroordeling ten gunste van SONT uitvoerbaar bij voorraad.⁹

Dit vonnis is gewezen door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen, mr. P.G.J. de Heij en mr. P.W. van Straalen en in het openbaar uitgesproken op 25 juni 2008.

⁹ Thuis kopie heeft dat niet gevorderd.