

voorbeeld van merkgebruik in art. 5 lid 3 Richtlijn was opgenomen, zeker nu alle andere voorbeelden duidelijk maken dat er telkens sprake is van blijvend zichtbaar gebruik van het merk ter onderscheiding van waren of diensten. Dit vormt een extra argument dat hetgeen het Hof besliste niet in overeenstemming is met wat de Uniewetgever voor ogen stond.

10. Dit arrest werd ook geannoteerd door W.J.H. Lepping, A.I.P. Martens en M. Poulus in *IER* 2018/55, p. 518 en door G. van der Wal en S. Said in *BIE* 2018/35, p. 277.

Ch. Gielen

NJ 2019/182

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 oktober 2017, nr. 17/01326

(Mrs. E.J. Numann, G. Sniijders, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; plv. P-G mr. F.F. Langemeijer) m.nt. P.B. Hugenholtz

Art. 392 Rv; art. 16c-16e Aw; art. 6:203 BW

RvdW 2017/1062

NJB 2017/1995

ECLI:NL:HR:2017:2569

ECLI:NL:PHR:2017:1020

**Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Thuis-
kopieergoeding, art. 16c-16e Aw; aan wie komt
vordering tot terugbetaling te veel betaalde
thuiskopieheffing toe?; uitleg HvJ EU 5 maart
2015, NJ 2016/186 (Copydan).**

Uit HvJ EU 5 maart 2015, zaak C-463/13, NJ 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz (Copydan) moet worden afgeleid dat het Unierecht toelaat dat een lidstaat een stelsel van thuiskopieergoeding hanteert waarbij op producenten en importeurs van gegevensdragers de verplichting rust om de vergoeding te betalen die dient ter financiering van de billijke compensatie die toekomt aan de rechthebbenden uit hoofde van de uitzondering op het reproductierecht voor kopieën voor privégebruik, mits dit stelsel voldoet aan de in dat arrest geformuleerde voorwaarden. Uit HvJ EU 22 september 2016, zaak C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717, RvdW 2016/1124 (Microsoft Mobile Sales) moet worden afgeleid dat een in een lidstaat vigerend stelsel van thuiskopieergoeding dat voorziet in een recht op terugbetaling dat uitsluitend toekomt aan de eindgebruiker van de gegevensdrager, slechts in overeenstemming is met het Unierecht indien dat stelsel tevens voorziet in een vrijstelling voor betalingsplichtigen van hun betalingsverplichting voor zover zij aantonen dat zij de gegevensdragers leveren aan anderen dan particuliere eindgebruikers. De Hoge Raad ziet geen grond voor het stellen van nadere prejudiciële vragen aan het HvJ EU.

In het Nederlandse stelsel van thuiskopieergoeding is niet voorzien in een vrijstelling van de heffing van thuiskopieergoeding voor betalingsplichtigen die kunnen aantonen dat zij de gegevensdragers leveren aan anderen dan particuliere eindgebruikers. Evenmin voorziet dit stelsel in een recht op terugbetaling van ten onrechte of te veel betaalde thuiskopieergoeding dat uitsluitend toekomt aan de eindgebruiker van de gegevensdrager. Bij die stand van zaken is er geen grond om het Nederlandse stelsel van thuiskopieergoeding aldus uit te leggen dat de vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopieergoeding (art. 6:203 BW) slechts kan worden ingesteld door de eindgebruiker, met uitsluiting van de betalingsplichtige. In het Nederlandse stelsel komt (ook) de betalingsplichtige het recht toe om een vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopieheffing in te stellen, ongeacht op welke grondslag die vordering berust.

Imation Europe B.V., te Amsterdam, eiseres in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. A.M. van Aerde, tegen

1. Stichting De Thuiskopie te Amsterdam, gedaagde in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. T. Cohen Jehoram,
2. De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie) te Den Haag, gedaagde in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. S.M. Kingma.

Rechtbank:

5. *De beoordeling*
In beide zaken
Inleiding
- 5.1. In het tussenvonnissen heeft de rechtbank een aktewisseling bevolen, die inmiddels heeft plaatsgehad. Deze aktewisseling strekte ertoe partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de prejudiciële beslissing die de rechtbank overweegt te vragen aan de Hoge Raad en om Imation de gelegenheid te geven ten volle te reageren op een aantal verweren van gedaagden, die tijdens de comparitie van partijen – toen vooral is gesproken over het eventueel vragen van een prejudiciële beslissing – onvoldoende aan de orde waren geweest.

De vorderingen A tot en met C

- 5.2. Samengevat strekken de aan de vorderingen A tot en met C ten grondslag gelegde stellingen van Imation ertoe te betogen dat Imation in de door haar aangeduide periode teveel thuiskopieergoeding heeft afgedragen. De vorderingen betreffen – samengevat – restitutie van het teveel betaalde en vergoeding van de schade die Imation stelt te hebben geleden als gevolg van de te hoge, met de Arl strijdige bedragen van thuiskopieergoeding in de opeenvolgende SONT-besluiten en – vanaf 2007 – de AmvB's.

5.3. Imation legt drie oorzaken ten grondslag aan de volgens haar te hoge thuiskopievergoeding, te weten dat deze vergoeding in strijd met de Arl:

- i. voorziet in een ongedifferentieerd systeem van heffing voor privégebruik en professioneel gebruik (vordering A),
- ii. betrekking heeft op kopiëren uit legale en illegale bron (vordering B) en
- iii. in de bevizings-AmvB's waarin geen 'nieuwe dragers' waren aangewezen eenzijdig op cd's en dvd's is geheven (vordering C).

Vordering A: thuiskopievergoeding voor privégebruik en professioneel gebruik

5.4. De voorwaarde waaronder vordering A(ii) tegen de Staat is ingesteld is niet vervuld. Reeds daarom dient deze vordering te worden afgewezen. Daarmee resteert de op onverschuldigde betaling gegronde vordering A(i) die alleen tegen Thuiskopie is gericht.

5.5. Imation verwijst ter onderbouwing van vordering A naar HvJEU 21 oktober 2010, in zaak C-467/08 (*Padawan*), r.o. 59, HvJEU 11 juli 2013, in zaak C521/11 (*Amazon*), r.o. 37 en HvJEU 3 maart 2015, in zaak C463/12 (*Copydan/Nokia*) r.o. 55. Zij stelt dat het Nederlandse stelsel van heffing van thuiskopievergoeding dat ongedifferentieerd van toepassing is op alle voorwerpen, inclusief voorwerpen die zijn geleverd aan rechtspersonen voor andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik (het systeem van *mutualisation*) niet in overeenstemming is met artikel 5 Arl. Zij stelt dat zij ondanks haar door de rechtbank bij vonnis van 20 februari 2013 (in de incassoprocedure, zie 2.8) in verband hiermee vastgestelde verrekenbevoegdheid belang heeft bij een veroordeling tot terugbetaling, aangezien het 800 jaar zal duren totdat de vordering is verrekend.

5.6. Het vonnis van deze rechtbank van 20 februari 2013 dat Imation tot uitgangspunt heeft genomen voor deze vordering, is na het uitbrengen van de dagvaarding in deze procedure vernietigd door het gerechtshof Den Haag (zie 2.11 ev.). Thuiskopie stelt zich primair op het standpunt dat het lot van deze vordering daarmee gegeven is. Imation betwist dit gemotiveerd en bestrijdt het door het gerechtshof gegeven oordeel.

5.7. Het door het gerechtshof gewezen arrest heeft geen gezag van gewijsde, dat Thuiskopie dan ook terecht niet inroep. In deze procedure bestaat geen gebondenheid aan de in dit arrest gegeven oordelen. Voor zover partijen de oordelen van het gerechtshof tot inzet van hun geschil wensen te maken, geldt dat het niet aan de rechtbank is om de juistheid daarvan te toetsen. De rechtbank dient de geschilpunten van partijen in deze procedure op hun eigen merites te beoordelen.

5.8. Het meest verstrekkende verweer van Thuiskopie tegen vordering A(i) houdt in dat Imation geen vorderingsrecht toekomt ter restitutie – hetzij als onverschuldigd betaald, hetzij in de vorm van schadevergoeding – van teveel betaalde

thuiskopievergoeding. De Staat heeft dit verweer eveneens – mede namens Thuiskopie – gevoerd tegen de vorderingen B(ii) t/m B(iv) en C(i) t/m C(iv). Dit 'Copydan-verweer' houdt in dat een eventuele vordering uit onverschuldigde betaling van thuiskopievergoeding niet aan betalingsplichtigen zoals Imation toekomt, maar alleen aan eindgebruikers omdat Imation in het Nederlandse thuiskopiéstelsel de mogelijkheid heeft, en heeft benut, om het bedrag van de thuiskopieheffing via de prijs van de dragers af te wentelen op de eindgebruiker. Gedaagden wijzen hiertoe op r.o. 10.7 van het arrest van het gerechtshof te Den Haag in de incassoprocedure (zie r.o. 2.12). Volgens gedaagden heeft Imation om deze reden evenmin een vordering tot schadevergoeding wegens teveel betaalde thuiskopievergoeding op de Staat.

5.9. De Staat stelt dat de kern van zijn *Copydan*-verweer is dat, als ervan uitgegaan wordt dat, gelet op het Unierechtelijke vereiste van een rechtvaardig evenwicht tussen alle betrokkenen, de heffing voor rekening is gebracht van de eindgebruiker, en niet van de betalingsplichtige, het in de rede ligt dat niet die betalingsplichtige, maar alleen de eindgebruiker een "te veel" betaalde heffing kan terugvorderen en wel bij de partij die de heffing op haar rekening heeft bijgeschreven; dat is Thuiskopie.

5.10. Imation betwist dit standpunt van gedaagden. Zij voert aan dat uit het *Copydan*-arrest geen rechtsregel kan worden afgeleid dat alleen de eindverwerker terugbetaling van de thuiskopievergoeding kan vorderen. Zij verwijst ter onderbouwing van haar standpunt onder meer naar de conclusie van AG Wahl van 4 mei 2015 in zaak C-110/15 (*Nokia e.a./SIAE*), waarin onder meer staat:

"58. Op het eerste gezicht zou men ten onrechte kunnen denken dat lidstaten vrij zijn om de terugbetaling achteraf te beperken tot eindgebruikers. Het Hof oordeelde in het arrest *Copydan* Båndkopi inderdaad dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers om terugbetaling kan worden verzocht. Het Hof formuleerde echter een belangrijk voorbehoud hierop. Het merkte op dat een dergelijk stelsel verenigbaar is met het Unierecht, mits de betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van de betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat de apparaten in kwestie zijn geleverd aan andere dan natuurlijke personen duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik. De noodzaak van een dergelijke vrijstelling vooraf vloeit af voort uit de uitspraak van het Hof in het arrest *Amazon.com International Sales e.a.*, dat een ongedifferentieerde toepassing van een kopieerheffing alleen kan worden gerechtvaardigd wanneer de producten in kwestie door levering aan natuurlijke personen in het verkeer worden gebracht.

59. Anders gezegd is een stelsel van billijke compensatie waarin alleen de eindgebruiker om terugbetaling achteraf kan verzoeken, enkel ver-

enigbaar met artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 voor zover dat stelsel ook een vrijstelling vooraf omvat voor installaties, apparaten en dragers die duidelijk zijn aangeschaft voor andere doelen dan het kopiëren voor privé-gebruik (dat wil zeggen voor beroepsmatig gebruik)."

5.11. Imation betoogt dat in Nederland niet is voldaan aan de in het *Copydan*-arrest genoemde voorwaarden, waaronder een stelsel waarin alleen door de eindgebruiker terugbetaling kan worden verzocht toelaatbaar wordt geacht. Voorts kan volgens Imation uit het *Copydan*-arrest niet worden afgeleid dat artikel 5, lid 2, sub b, Arl zou verplichten tot toepassing van een stelsel waarbij een ten onrechte betaalde thuiskopievergoeding uitsluitend kan worden terugbetaald aan de eindverwerfer die de lasten van de vergoeding draagt. Evenmin kan in de optiek van Imation uit dit arrest worden afgeleid dat de Arl zich verzet tegen terugbetaling van thuiskopievergoeding door de incasso-organisatie aan de importeur die de vergoedingen heeft betaald, noch in algemene zin, noch op grond van artikel 6:203 BW.

5.12. De rechtbank heeft in het tussenvonnissen te kennen gegeven voornemens te zijn om – indien deze beslissing nodig is voor de beslechting van het geschil in de zin van artikel 392 Rv – over dit verweer een prejudiciële beslissing te vragen aan de Hoge Raad. Indien als vaststaand kan worden aangenomen dat de vorderingen A(i), B(ii) t/m B(iv) en C(i) t/m C(iv) tot enig bedrag zullen worden toegewezen, is de prejudiciële beslissing nodig voor de beslechting van het geschil. De rechtbank zal dat nu beoordelen, toegepast op de geschilpunten die moeten worden beoordeeld om te kunnen concluderen dat de vorderingen A(i), B(ii) t/m B(iv) en C(i) t/m C(iv) tot enig bedrag zullen kunnen worden toegewezen.

5.13. De rechtbank behandelt achtereenvolgens het beroep van gedaagden op verjaring (i), de vraag of de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is jegens Imation in verband met 'te veel' betaalde thuiskopievergoeding (ii), de gehoudenheden van Thuiskopie tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde thuiskopievergoeding (iii) en het door gedaagden gevoerde doorberekeningsverweer (iv).

(i) Verjaring?

5.14. Gedaagden beroepen zich op verjaring van de vorderingen A t/m C. De toepasselijke verjaringstermijnen zijn neergelegd in de artikel 3:309 BW (voor de vorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling) en artikel 3:310 BW (voor de vorderingen tot betaling van schadevergoeding). Deze bepalingen bevatten allebei een korte verjaringstermijn van vijf jaren en een lange verjaringstermijn van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Het gaat in deze zaak om de vraag of de korte verjaringstermijnen van vijf jaren van toepas-

sing zijn. Deze termijnen beginnen te lopen op de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (artikel 3:310 BW) respectievelijk de dag, volgend op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden (artikel 3:309 BW).

5.15. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de regeling van de aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:309 BW zoveel mogelijk heeft willen doen aansluiten bij die van artikel 3:310 BW. Beide korte verjaringstermijnen staan niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. Gelet op de strekking van deze bepalingen geldt voor beide termijnen de eis dat deze pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen (zie onder meer HR 31 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2003:AL8168).

5.16. Van daadwerkelijke bekendheid met de vordering tot betaling van schadevergoeding zal sprake zijn indien de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen over de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. In gelijke zin zal van daadwerkelijke bekendheid met het bestaan van de vordering uit onverschuldigde betaling sprake zijn als de betaler voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de betaling zonder rechtsgrond is geschied. Bepalend is in beide gevallen welke feiten en omstandigheden bekend zijn, niet of bekendheid bestaat met de juridische beoordeling daarvan. Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval.

5.17. Imation stelt dat de verjaringstermijnen – zowel die van artikel 3:309 BW als die van artikel 3:310 BW – pas zijn gaan lopen toen zij als gevolg van jurisprudentie van het HvJ EU en de Hoge Raad daadwerkelijk bekend werd met haar vorderingen. Zij stelt zich op het standpunt dat zij pas met haar vordering A bekend was door de conclusie van de AG in de *Padawan*-zaak van 11 mei 2010 en vervolgens het arrest van het HvJ EU in die zaak van 21 oktober 2010 en dat zij eerst door het arrest van het HvJ EU van 10 april 2014 in *ACI Adam e.a./Thuiskopie* bekend was met haar vordering B. Met vordering C stelt zij tot slot eerst bekend te zijn geworden door het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (*Staat/Norma*). Zij benadrukt dat deze bekendheid met de juridische beoordeling van de relevante feiten geen kwestie van een inschatting van de haalbaarheid van de vorderingen was, maar een eerst met deze arresten ontstaan rechtsinzicht over de uitleg van artikel 5 Arl.

5.18. Dit betoog van Imation stuit af op het gegeven dat bekendheid met de juridische beoordeling van de relevante feiten en omstandigheden niet relevant is voor het aanvangen van de korte verja-

ringstermijnen van artikel 3:309 en 3:310 BW. Deze – niet relevante – juridische bekendheid strekt zich ook uit over strijdigheid van nationale regelingen met het Unierecht (zie HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771) en over niet eerder in de rechtspraak beantwoorde juridische vragen waarover onduidelijkheid of discussie bestond.

In de zaak tegen de Staat voorts
5.19. De Staat stelt dat de in artikel 3:310 BW bedoelde verjaringstermijn voor de schadevorderingen op 23 december 2002 – de uiterste implementatiedatum van de Arl – is gaan lopen en dat deze ruimschoots voltooid was ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding op 20 oktober 2015. Imation grondt haar vordering echter op de stelling dat – kort gezegd – de Nederlandse tarieven voor de thuiskopieheffing en de berekeningsgrondslagen daarvan niet in overeenstemming met de Arl zijn. Zij stelt dat hiermee sprake is van een onrechtmatige toestand, waarbij iedere dag dat deze voortduurt een nieuwe verjaringstermijn in de zin van artikel 3:310 BW gaat lopen. Daarmee is het onrechtmatig handelen waarop Imation het oog heeft gelegen in het nalaten door de Staat te voldoen aan zijn verplichting om de Arl juist te implementeren.

5.20. EU-richtlijnen, zoals de Arl, verplichten de lidstaten een bepaald resultaat te bereiken en laten aan de lidstaten de bevoegdheid vorm en middelen voor de uitvoering te kiezen. De omzetting van een EU-richtlijn in nationaal recht vereist van de lidstaten dat deze de volledige toepassing van de EU-richtlijn in het nationale recht verzekeren. De Staat is dus gehouden EU-richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde tot gelding te laten komen door deze tijdig en op juiste wijze te implementeren. Indien de Staat EU-richtlijnen te laat of onjuist implementeert en het met de richtlijn beoogde doel niet door middel van richtlijnconforme interpretatie kan worden bereikt, roept hij daarmee een onrechtmatige toestand in het leven. Zolang de EU-richtlijn in kwestie niet of niet juist is geïmplementeerd, is sprake van een continue niet-naleving van een Europees-rechtelijke implementatieverplichting. De niet-tijdige of onjuiste implementatie van een EU-richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van artikel 4 lid 3 VEU en artikel 288 VWEU en is om die reden onrechtmatig. Indien aan de overige vereisten voor die aansprakelijkheid is voldaan, kan dit onrechtmatig handelen tot schadeplichtigheid van de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad leiden (zie HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:AE8462 (*Waterpakt*), HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:A08913 (*Faunabescherming*)). Dit geldt evenzeer voor zover Imation mede het oog heeft op onrechtmatig handelen van de Staat bestaande uit het vaststellen van met de Arl strijdige AmvB's en de Staat zich ook in dit verband op verjaring beroept (verg. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 (*vakantiedagen*)).

5.21. Iedere dag dat de door Imation gestelde continue inbreuk op de Arl voortduurt, laat de Staat

na te voldoen aan zijn verplichting om de Nederlandse rechtsorde in overeenstemming te brengen met de Arl. Daarmee gaat iedere dag een nieuwe verjaringstermijn ex artikel 3:310 BW lopen. Zonder stuiting van de lopende verjaringstermijnen zijn de op dit onrechtmatig nalaten van de Staat gebaseerde schadevorderingen verjaard voor zover zij betrekking hebben op de periode van meer dan vijf jaren voor het uitbrengen van de dagvaarding aan de Staat op 19 mei 2015. Nu stuiting van de lopende verjaringstermijnen jegens de Staat niet heeft plaatsgehad, zijn de schadevorderingen die zien op een periode van meer dan vijf jaren voor uitbrengen van de dagvaarding op 19 mei 2015 verjaard. In zoverre slaagt het verjaringsverweer van de Staat.

In de zaak tegen Thuiskopie
5.22. De in artikel 3:309 BW bedoelde verjaringstermijn voor de op onverschuldigde betaling gegronde vorderingen tegen Thuiskopie vangt aan bij iedere door Imation onverschuldigd geachte betaling van thuiskopievergoeding.

5.23. Zonder stuiting van de lopende verjaringstermijnen zijn de vorderingen die zien op onverschuldigde betalingen in een periode van meer dan vijf jaar voor uitbrengen van de dagvaarding op 20 mei 2015 verjaard.

5.24. Zowel Thuiskopie als Imation nemen tot uitgangspunt dat de verjaring van vordering A op 1 juli 2011 is gestuit. Het beroep op verjaring van vordering A slaagt dus voor de periode voor 1 juli 2006. Nu niet blijkt van enige stuitingshandeling ten aanzien van vordering B en C, slaagt het beroep op verjaring van deze vorderingen voor de periode voor 20 mei 2010.

In beide zaken
5.25. De rechtbank laat de andere geschilpunten over verjaring – waaronder het betoog van Imation dat het Unierecht in de weg staat aan het honoreren van het beroep op verjaring – bij deze stand van zaken onbesproken, aangezien geen van deze geschilpunten tot de conclusie zullen leiden dat het verjaringsverweer geheel opgaat.

In de zaak tegen de Staat
(ii) Aansprakelijkheid van de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad?
Vordering B: heffing thuiskopievergoeding voor kopiëren uit illegale bron

5.26. Tijdens de comparitie van partijen heeft Imation toegelicht dat vordering B niet ziet op de in het petium genoemde periode van 1 januari 2003 tot en met 2015, maar op de periode tot en met 31 december 2012. De rechtbank vat de vordering overeenkomstig deze bedoeling op.

5.27. In het eerste deel van deze periode, tot de AmvB van 17 februari 2007, bepaalde SONT de hoogte van de tarieven van de thuiskopievergoeding. De Staat voert onweersproken aan dat SONT een aparte rechtspersoon is voor wier handelen hij niet aansprakelijk is. Gevoegd bij het gegeven dat

Imation ter onderbouwing van vordering B alleen wijst op de, als productie 6 bij de dagvaarding gevoegde en door haar als 'de relevante AmvB's' aangeduide, AmvB's concludeert de rechtbank dat vordering B – voor zover gericht tegen de Staat – alleen ziet op de AmvB's vanaf 2007. Voor zover Imation met haar vordering tegen de Staat ook het oog heeft op de SONT-besluiten, heeft zij onvoldoende feiten gesteld om te kunnen concluderen dat deze besluiten aan de Staat kunnen worden toegerekend en tot aansprakelijkheid van de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen leiden.

5.28. De rechtbank stelt voorop dat nu de Nederlandse wetgever met artikel 16 Aw gebruik gemaakt heeft van de in artikel 5, lid 2, aanhef en onder b, Arl geboden mogelijkheid beperkingen te stellen om het reproductierecht ten behoeve van privégebruik onder de voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen, artikel 16c Aw dient te worden uitgelegd in overeenstemming met de Arl (zie HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, (*ACI Adam e.a./ThuisKopie*), r.o. 5.1.2 en 5.1.3 en het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat/Norma*, r.o. 4.2.2).

5.29. Bij deze richtlijnconforme interpretatie dient de rechtbank ervan uit te gaan dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Bij richtlijnconforme interpretatie moeten uitlatingen in de parlementaire geschiedenis van de implementatiewet die zouden kunnen wijzen op de bedoeling van de wetgever de richtlijn niet correct te implementeren worden genegeerd (zie HvJEU 29 april 2004, in zaak C-371/02 (*Björökulla Fruktindustrier*), punt 13. Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de voor haar geldende verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat (zie de Hoge Raad in de zaak *ACI Adam e.a./ThuisKopie*), r.o. 5.1.2 en 5.1.3).

5.30. Voor de richtlijnconforme interpretatie van artikel 16c Aw en de AmvB's is voorts van belang dat het HvJEU heeft geoordeeld dat de billijke compensatie moet worden beschouwd als de vergoeding van de door de rechthebbende geleden schade als gevolg van de betrokken reproductiehandeling. In dit verband wordt het maken van een kopie voor privégebruik door een natuurlijke persoon beschouwd als een handeling die de rechthebbende benadeelt (zie het HvJEU in het *Padawan*-arrest en HvJEU 16 juni 2011, in zaak C-462/09 (*Opus*)). Voorts heeft het HvJEU geoordeeld dat artikel 5 Arl in die zin moet worden uitgelegd dat de daar bedoelde billijke vergoeding enkel mag worden geïnd over kopiëren uit geoorloofde bronnen en zich verzet te-

gen een nationale regeling die voorziet in een billijke compensatie voor het vervaardigen van kopieën vanaf onrechtmatige bronnen (zie het HvJEU in *ACI Adam e.a./ThuisKopie* en in *Copydan/Nokia*).

5.31. Gezien het voorgaande houdt richtlijnconforme uitleg van artikel 16c Aw in dat deze bepaling moet worden geacht slechts betrekking te hebben op vergoeding van kopieën die privépersonen maken uit geoorloofde bron, niet op kopieën van deze personen uit ongeoorloofde bron. Het lijkt geen twijfel dat de Kroon bij het vaststellen van de AmvB's de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. De bedragen van de thuiskopievergoeding die zijn opgenomen in de krachtens artikel 16c, lid 6, Aw vastgestelde AmvB's moeten daarmee eveneens geacht worden slechts betrekking te hebben op vergoeding van kopieën die privépersonen maken uit geoorloofde bron.

5.32. Vaststaat echter dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van artikel 5 Arl de – niet met artikel 5 Arl overeenstemmende – opvatting huldigde dat de in deze bepaling bedoelde billijke vergoeding eveneens zag op kopiëren uit illegale bron. Dat volgt onder meer uit de door Imation in haar dagvaarding bij randnummer 43 opgenomen citaten uit de parlementaire geschiedenis van de Implementatiewet. Deze uitlatingen, die erop wijzen dat de wetgever een niet correcte implementatie van de Arl voor ogen had, moeten buiten beschouwing worden gelaten bij richtlijnconforme interpretatie van artikel 16c Aw en de krachtens artikel 16c, lid 6, Aw vastgestelde AmvB's. Dat neemt niet weg dat – naar ook niet in geschil is – in de berekening van de tarieven in de AmvB's neergelegde tarieven ook de kopieën zijn verdisconteerd die privépersonen maken uit ongeoorloofde bron. Dit kan worden afgeleid uit het SONT-advies van 12 oktober 2012 (zie r.o. 3 (...)), waarin staat dat het tarief is bepaald door het heffingsplichtig gebruik, waaronder wordt verstaan "het gebruik van opslagcapaciteit voor audio, film en video, foto's en e-boeken of luisterboeken, wanneer gekopieerd vanaf gekochte, gekregen, gehuurde of geleende dragers, gekopieerd van radio of tv of gratis download uit legale of illegale bron." (cursivering door de rechtbank). Uit de in r.o. 3.11 geciteerde speerpuntennota kan worden afgeleid dat het kopiëren uit ongeoorloofde bron een substantieel deel vormde van het totaal van de door privépersonen gemaakte kopieën. Gesteld noch gebleken is dat de situatie in de periode waarop vordering B ziet wezenlijk afweek van de daarin beschreven situatie in 2011.

5.33. Het betoog van de Staat dat de bevrozing van het stelsel van heffing van thuiskopievergoeding in de AmvB's voor de jaren voor 2013 niets van doen heeft met thuiskopievergoeding voor kopiëren uit illegale bron, gaat eraan voorbij dat deze bevrozing ook zag op de hiervoor genoemde uitgangspunten waarop de in de AmvB's vastgelegde bedragen van de thuiskopievergoeding waren gebaseerd in het Nederlandse stelsel.

5.34. Gezien het voorgaande zijn de in de AmvB's vastgestelde, richtlijnconform te interpreteren, bedragen aan thuiskopievergoeding die alleen mochten zien op kopiëren uit geoorloofde bron, op een met de Arl strijdige wijze berekend en vastgesteld. In deze bedragen was immers ook de schade als gevolg van kopiëren uit ongeoorloofde bron verdisconteerd. De vrijheid van de lidstaten om – voor zover hier van belang – het niveau van de billijke compensatie (de hoogte van het bedrag aan thuiskopievergoeding) te bepalen wordt begrensd door de door de Arl gestelde grenzen. Dat betekent dat het de lidstaten niet vrijstaat om – zoals hier is gebeurd – het vast te stellen (schade)bedrag aan thuiskopievergoeding mede op grond van kopiëren uit illegale bron te berekenen. Daarmee slaagt het betoog van Imation dat de bedragen in de AmvB's in strijd met de Arl zijn vastgesteld.

5.35. Gezien het voorgaande wordt niet toegekomen aan beantwoording van de vraag of, zoals is geoordeeld in het door Imation aangehaalde vonnis van deze rechtbank van 14 januari 2015, deze bedragen (ook) in strijd met het willekeurverbod zijn vastgesteld.

Vordering C: de bevroerings-AmvB's

5.36. Imation stelt dat zij als gevolg van de bevroering van het stelsel van heffing van thuiskopievergoeding heeft betaald voor het nadeel dat werd veroorzaakt door het kopiëren op de nieuwe dragers zoals MP3-spelers en harddiskrecorders. Dit betekent dat de bedragen te hoog zijn vastgesteld in de opeenvolgende AmvB's, aldus Imation, die ter onderbouwing van vordering C verwijst naar het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat/Norma* en dat van het HvJEU in de zaak *Copydan/Nokia* en de AmvB van 2012, waarin lagere bedragen voor cd's en dvd's zijn vastgesteld.

5.37. De Staat betwist niet de in de verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat/Norma* besloten liggende stelling van Imation dat de bevroerings-AmvB's in strijd zijn met de Arl en de in overeenstemming daarmee uit te leggen Aw, omdat daarin niet was voorzien in een billijke vergoeding voor thuiskopiëren met nieuwe dragers. In deze AmvB's rustte de heffingen waaruit de billijke compensatie werd gefinancierd volledig op één of twee (in betekenis afnemende) dragers en in het geheel niet op andere (in belang toenemende) dragers. Nu in dat geval zonder goede reden – en dus op willekeurige wijze – de lasten eenzijdig worden gelegd op de gebruikers van cd's en dvd's, kan niet worden gesproken van een coherent stelsel in de zin van de Arl. Bovendien kan niet worden aangenomen dat de bestaande heffingen, waarvan de opbrengst door de zожuist geschetste ontwikkelingen en de bevroering van de tarieven gestaag afneemt, nog steeds tot een billijke compensatie leiden (zie i.o. 4.3.2 van de Hoge Raad in *Staat/Norma*).

5.38. De kern van het geschil over vordering C is gelegen in de vraag of in de thuiskopievergoeding voor cd's en dvd's in de bevroerings-AmvB's ook een

component zat voor het compenseren van de schade door het maken van kopieën op andere voorwerpen. Positieve beantwoording van deze vraag betekent dat Imation teveel thuiskopievergoeding heeft afgedragen en leidt in beginsel tot schadeplichtigheid van de Staat.

5.39. Ter onderbouwing van haar vordering wijst Imation onder meer op het verweer van de Staat in de procedures die Norma en Thuiskopie tegen de Staat hadden aangespannen in verband met het niet aanwijzen van nieuwe dragers. De Staat betoogde in die procedures dat de rechthebbenden geen schade hadden geleden, aangezien met de thuiskopievergoeding op cd's en dvd's het totaal aan schade van de rechthebbenden als gevolg van thuiskopiëren werd gecompenseerd. In deze stelling ligt besloten dat de thuiskopievergoeding voor cd's en dvd's mede voorzorg in een vergoeding voor thuiskopiëren met andere voorwerpen.

5.40. De Staat wijst er terecht op dat in deze procedures een streep is gezet door zijn betoog dat de rechthebbenden geen schade leden omdat zij met de op cd's en dvd's geheven thuiskopievergoeding reeds een billijke vergoeding hadden ontvangen. Het op dit verweer gegeven oordeel dat het de Staat – kort gezegd – niet vrijstaat de lasten eenzijdig op de gebruikers van cd's en dvd's te leggen, laat echter onverlet dat de heffing voor cd's en dvd's mede voorzorg in een vergoeding voor thuiskopiëren met andere voorwerpen. Dat aannemelijk is geacht dat de rechthebbenden schade leden – en dus geen billijke vergoeding hadden ontvangen, doet hier niet aan af, net zo min als de schikkingen die de Staat na het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 2014 met Norma en Thuiskopie heeft getroffen (van respectievelijk € 10 mio en € 33,5 mio). De verlaging van de thuiskopievergoeding voor cd's en dvd's in de AmvB van 2012 bevestigt dat de thuiskopievergoedingen in de bevroerings-AmvB's mede voorzagen in een vergoeding voor thuiskopiëren met andere voorwerpen dan de in deze AmvB's aangewezen cd's en dvd's.

5.41. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de thuiskopievergoeding in de bevroerings-AmvB's mede voorzorg in een billijke compensatie voor thuiskopiëren met andere voorwerpen dan de in deze AmvB's aangewezen cd's en dvd's. Daarmee kan als vaststaand worden aangenomen dat de door Imation op grond van deze AmvB's betaalde vergoedingen te hoog waren.

Tussenconclusie over aansprakelijkheid Staat in verband met vordering B en C

5.42. Indien aan de overige voorwaarden daarvoor is voldaan, is de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk jegens Imation voor de schade als gevolg van het in strijd met het Unierecht vaststellen van de thuiskopievergoeding voor cd's en dvd's in de opeenvolgende AmvB's, omdat deze (i) mede voorzorg in een vergoeding voor kopiëren uit illegale bron en (ii) een billijke compensatie voor thuiskopiëren met andere, niet in de AmvB's aange-

wezen voorwerpen. De Staat betwist dat aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad is voldaan, door onder meer aan te voeren dat Imation geen schade heeft geleden omdat zij de 'te hoge' thuiskopievergoeding volledig heeft doorberekend aan haar afnemers. Dit verweer wordt hierna (onder iv) besproken.

5.43. Het verweer van de Staat dat hij slechts aansprakelijk kan worden voor schadevergoeding indien Imation haar eventuele vordering niet volledig zou kunnen verhalen op Thuiskopie, gaat ook niet op. Imation baseert haar schadevergoedingsvordering op een onrechtmatige daad van de Staat. De aansprakelijkheid voor schade die daardoor ontstaat is onafhankelijk van een vordering uit onverschuldigde betaling jegens Thuiskopie.

In de zaak tegen Thuiskopie

(iii) Gehoudenheid Thuiskopie tot terugbetaling uit hoofde van onverschuldigde betaling

5.44. Thuiskopie betwist enige gehoudenheid uit hoofde van onverschuldigde betaling tot de in vordering B en C van haar gevorderde restitutie van teveel betaalde thuiskopievergoeding aan Imation.

5.45. Thuiskopie verweert zich in de eerste plaats tegen deze vorderingen door aan te voeren dat deze niet toewijsbaar zijn omdat onduidelijk is welk bedrag aan Imation terugbetaald zou moeten worden en het niet aan de rechtbank is om de juiste hoogte van thuiskopievergoeding vast te stellen.

5.46. Dit verweer gaat niet op. De rechtbank is bij de beoordeling van vorderingen die betrekking hebben op onrechtmatige wetgeving – in dit geval de met het Unierecht strijdige AmvB's – bevoegd tot de begroting en vaststelling van de hoogte van de schade die Imation daardoor heeft geleden en van het dientengevolge onverschuldigd betaalde bedrag.

5.47. Thuiskopie wijst voorts op haar in de appelprocedure tegen het vonnis van de voorzieningenrechter in deze rechtbank van 22 november 2013 (ECLI:NL:RBDHA:2013:16526) in haar memorie van grieven (randnummers 45-80) gevoerde betoog – dat de rechtbank overeenkomstig het verzoek van Thuiskopie als herhaald en ingelast in haar conclusie van antwoord heeft beschouwd. Dit betoog van Thuiskopie houdt in dat de door Imation verrichte betalingen niet 'zonder rechtsgrond' in de zin van artikel 6:203 BW hebben plaatsgevonden omdat een eventuele civielrechtelijke onverbindendverklaring niet de rechtskracht aan een AmvB ontnemt. Thuiskopie concludeert dat *"uitsluitend de Staat die de onverbindende AmvB's heeft vastgesteld en doen uitvoeren en daardoor onrechtmatig heeft gehandeld, de gevolgen daarvan dient te dragen en voor zijn rekening te nemen; op (Thuiskopie) rust niet een ongedaanmakingsverplichting van hetgeen zij ter uitvoering van die AmvB heeft verricht."*

5.48. De rechtbank volgt Thuiskopie niet in dit betoog en overweegt daartoe als volgt. Thuiskopie

wijst er terecht op dat artikel 16c Aw en de daarop gebaseerde AmvB's de titel vormen voor betaling van thuiskopievergoeding aan de met inning daarvan belaste Thuiskopie; de A-overeenkomst strekt louter tot incasso van de op voornoemde titel door Imation verschuldigde thuiskopievergoeding. Het hiervoor gegeven oordeel over de strijdigheid van de AmvB's met de Arl, waardoor de daarin vastgestelde bedragen te hoog zijn, heeft betrekking op de gehele periode van de hiervoor vastgestelde, met het Unierecht strijdige situatie. Dit oordeel impliceert dat – gedurende de gehele periode van strijdigheid met het Unierecht – geen grondslag bestond voor afdracht van de thuiskopievergoeding voor zover dit bedrag in strijd met het Unierecht te hoog was vastgesteld. Dit leidt ertoe dat Imation aanspraak kan maken op restitutie van het teveel betaalde en dat op Thuiskopie – die dit bedrag heeft geïnd – de verbintenis tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde bedrag rust. Dat niet Thuiskopie, maar de Staat de AmvB's heeft vastgesteld en daarvoor uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is, maakt het voorgaande niet anders. Dat geldt ook voor de toezegging van de Staat om Thuiskopie te vrijwaren voor vordering B en C voor zover deze betrekking heeft op in de periode van mei 2007 tot 31 december 2012 op grond van de AmvB's onverschuldigd betaalde thuiskopieheffing.

5.49. Het voorgaande strookt met het door het HvJEU – als complement van de rechten die de justitiabelen aan het EU-Berdrag ontleneren – erkende algemeen beginsel van Unierecht tot terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het Unierecht heeft toegepast (zie onder meer HvJEG 27 februari 1980, in zaak C-68/79 (*Just*) en HvJEG 9 november 1983, in zaak C-199/82 (*San Giorgio*). Partijen hebben deze rechtspraak aangehaald in het kader van het hierna te bespreken door gedaagden gevoerde doorberekenningsverweer. Dit algemene beginsel moet tot gelding worden gebracht in het nationale recht, in dit geval door toepassing van artikel 6:203 BW. Hoewel het hier niet gaat om aan een bestuursorgaan verrichte betalingen van Unierechtelijke heffingen op grond van een besluit, geldt dit algemeen beginsel van Unierecht naar het oordeel van de rechtbank evenzeer voor de door Thuiskopie geïnde thuiskopievergoeding, aangezien de titel voor betaling daarvan is gelegen in de Aw en AmvB's, die de implementatie vormen van de in artikel 5 Arl neergelegde verplichting voor de lidstaten om te voorzien in een billijke vergoeding voor thuiskopieën indien beperkingen worden gesteld op het in artikel 2 Arl bedoelde reproductierecht.

5.50. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Imation een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft op Thuiskopie voor de in strijd met het Unierecht in de AmvB's te hoog vastgestelde thuiskopievergoeding. Bij deze stand van zaken kan worden volstaan met de vaststelling dat de voor Imation geldende bedragen aan thuiskopievergoe-

ding in de periode vanaf mei 2007 te hoog waren vastgesteld in de Amvb's.

In beide zaken

(iv) 'Passing on'?

5.51. Gedaagden stellen dat Imation de thuiskopievergoeding geheel heeft doorberekend aan de (eind)afnemers. Gedaagden verbinden hieraan de conclusie dat Imation geen schade heeft geleden door teveel thuiskopievergoeding te betalen en dat restitutie uit hoofde van onverschuldigde betaling leidt tot ongerechtvaardigde verrijking van Imation.

5.52. Partijen nemen terecht tot uitgangspunt dat het door gedaagden gevoerde doorberekeningsverweer naar Nederlands recht toelaatbaar is, zowel tegen een vordering tot betaling van schadevergoeding als tegen een restitutievordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

5.53. Het Nederlandse schadevergoedingsrecht strekt tot compensatie van schade: de benadeelde moet zoveel worden gebracht in de toestand waarin hij zonder het schadetoebrengende feit zou hebben verkeerd, zonder hem in een betere vermogenspositie te brengen. Een doorberekeningsverweer kan worden gevoerd zowel op het schadebegrip waarin de omvang van de schade wordt bepaald (artikel 6:95 tot en met 6:97 BW), als op de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW). In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend (zie HR 8 juli 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1483)).

5.54. Het Unierecht verzet zich er niet tegen als het nationale recht betaling van schadevergoeding uitsluit wanneer eiser het voor hem nadelige gevolg van een ten onrechte toegepaste heffing heeft weten af te wentelen op zijn afnemers en ook geen andere schade lijdt, bijvoorbeeld verlies van omzet, winst of marktaandeel. In zo'n geval zou toewijzing van de vordering uit onrechtmatige daad niet strekken tot vergoeding van schade en daarom tot ongerechtvaardigde verrijking leiden (vergelijk HvJEG 20 september 2001, in zaak 453/99 (*Courage/Crehan*)).

5.55. De hiervoor in r.o. 5.53 en 5.54 aangehaalde rechtspraak heeft betrekking op schadevergoedingsacties in verband met overtreding van Unierechtelijke mededingingsregels, waarin een doorberekeningsverweer aan de orde kan zijn. De hiervoor in de rechtspraak geformuleerde uitgangspunten gelden evenzeer voor het doorberekeningsverweer dat gedaagden voeren tegen de schadevorderingen in verband met de met het Unierecht strijdige onderdelen van de thuiskopievergoeding.

5.56. Naar Nederlands recht kan een vordering uit onverschuldigde betaling afstuiten op het verweer dat bij toewijzing daarvan de eiser ongerechtvaardigd zou worden verrijkt omdat hij geen schade heeft geleden als gevolg van de onverschuldigde betaling. Voor dit verweer dient de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking te worden aangevoerd; niet kan worden volstaan met het enkele verweer dat geen schade is geleden. Het moet voorts gaan om verrijking van Imation ten opzichte van – in dit geval – Thuiskopie.

5.57. Zoals hiervoor is overwogen is terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het Unierecht heeft toegepast een algemeen beginsel van Unierecht. Het Unierecht verzet zich niet ertegen dat het nationale recht de terugaaf van onverschuldigd betaalde heffingen uitsluit wanneer deze tot een ongegronde verrijking van de rechthebbende zou leiden (zie onder meer HvJEG in de genoemde zaak *Just en HvJEG 9 november 1983, in zaak 199/82 (San Giorgio)* en HvJEU 14 januari 1997, in zaken C-192-218/95 (*Comateb*). Het Unierecht verzet zich daarmee niet tegen het rekening houden met het doorberekenen van de ten onrechte betaalde heffingen bij een vordering tot terugbetaling daarvan. De nationale rechter dient aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te beoordelen of de last is afgewenteld en of een eventuele terugbetaling van de ten onrechte betaalde heffing ongerechtvaardigde verrijking zou opleveren. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat rechtstreekse afwenteling van de teveel betaalde heffing leidt tot een uitzondering op de regel van het recht van terugbetaling daarvan. Voorts geldt dat, indien komt vast te staan dat de teveel betaalde heffing is afgewenteld, dat niet noodzakelijkerwijs betekent dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. Geen ongerechtvaardigde verrijking is bijvoorbeeld aan de orde indien de doorberekening van de heffingen heeft geleid tot andere schade, bijvoorbeeld vermindering van winst, omzet of marktaandeel.

5.58. Samengevat volgt uit het voorgaande dat doorbetaling van te hoge thuiskopievergoeding kan leiden tot afwijzing van de restitutievordering van het teveel betaalde, indien en voor zover toewijzing van deze vordering leidt tot ongerechtvaardigde verrijking van Imation. Daarvan zal geen sprake zijn indien en voor zover de doorberekening heeft geleid tot bijkomende schade zoals verlies van omzet, winst en marktaandeel.

5.59. De rechtbank volgt hiermee niet het standpunt van gedaagden dat het doorberekeningsverweer ook moet slagen als Imation de thuiskopievergoeding niet helemaal heeft doorberekend. Met hun standpunt dat fabrikant/importeur (Imation) de thuiskopievergoeding moet doorberekenen in het Nederlandse systeem, omdat de eindgebruiker in het door de Arl vereiste rechtvaardig evenwicht de economische last moet dragen van de thuiskopievergoeding, gaan gedaagden eraan voorbij dat de schadevergoeding en onverschuldigde betaling

moet worden gebaseerd op de feitelijke en niet een – weliswaar door de wetgever beoogde – fictieve situatie. Voorts gaan zij hiermee voorbij aan het gegeven dat terugbetaling van onverschuldigd betaalde thuiskopievergoeding alleen dan niet aan de orde kan zijn indien dit zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van Imation.

5.60. Bij deze stand van zaken gaat het erom of het doorberekingsverweer van gedaagden leidt tot *algehele* afwijzing van de vorderingen die zien op terugbetaling van teveel betaalde thuiskopievergoeding. De stelplicht en de bewijslast van dit verweer ligt in beginsel bij gedaagden. Voorts is het volgende van belang.

5.61. Nu Imation haar schadevorderingen jegens de Staat heeft gesplitst in schadevergoeding in de vorm van teveel betaalde thuiskopieheffing en gevolgschade, leidt het doorberekingsverweer tegen de schadevorderingen tot afwijzing van de vordering van teveel betaalde thuiskopievergoeding, indien Imation deze vergoeding geheel heeft doorberekend.

5.62. Ten aanzien van de vorderingen uit onverschuldigde betaling leidt het doorberekingsverweer van Thuiskopie tot het door haar gewenste resultaat dat Imation *geen* restitutievordering heeft indien (i) Imation de teveel betaalde thuiskopievergoeding geheel heeft doorberekend aan haar afnemers en (ii) terugbetaling zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van Imation, hetgeen alleen aan de orde is indien zij geen enkele bijkomende schade heeft geleden als gevolg van de doorberekening van de thuiskopievergoeding.

5.63. Gedaagden baseren hun stelling dat Imation de thuiskopievergoeding geheel heeft doorberekend op de vaststelling door het gerechtshof (in r.o. 10.6) in het arrest in de incassozaak dat Imation in haar memorie van grieven heeft bevestigd dat zij de thuiskopievergoeding heeft doorberekend aan de bedrijfsmatig handelend eindgebruikers. Gedaagden stellen dat aangenomen moet worden dat Imation ook overigens de door haar afgedragen thuiskopievergoeding heeft doorberekend.

5.64. Imation betwist dat zij de gehele door haar afgedragen thuiskopievergoeding heeft afgedragen. Zij voert voorts aan dat restitutie van teveel betaalde thuiskopievergoeding niet leidt tot ongerechtvaardigde verrijking, vanwege haar bijkomende schade. Zij wijst er in dit verband onder meer op dat de thuiskopieheffing voor haar een kostenpost is, die haar winstmarge heeft gedrukt.

5.65. Gedaagden onderschrijven dat de thuiskopievergoeding een kostenpost is, maar stellen dat een economische ratio voor de redenering van Imation over haar lagere winstmarge ontbreekt. Daarmee is echter niet gezegd dat het standpunt van Imation feitelijk onjuist is. Voorts stelt Imation andere schadeposten, waarvan ondanks de gemotiveerde betwisting door gedaagden niet kan worden uitgesloten dat Imation deze schade heeft geleden.

5.66. De rechtbank stelt vast dat bij deze stand van zaken op grond van de over en weer ingenomen

standpunten de conclusie gerechtvaardigd is dat het doorberekingsverweer in enige mate zal slagen. Gezien de gemotiveerde betwisting door Imation kan echter niet als vaststaand worden aangenomen dat zij de *gehele* thuiskopievergoeding heeft doorberekend aan haar afnemers. Evenmin kan als vaststaand worden aangenomen dat de stellingen van Imation over haar bijkomende schade in het geheel niet opgaan, zodat niet vaststaat dat zij ongerechtvaardigd wordt verrijkt bij terugbetaling van doorberekende thuiskopieheffing uit hoofde van onverschuldigde betaling.

5.67. Daarmee staat nu niet vast dat het doorberekingsverweer zal leiden tot algehele afwijzing van de vorderingen B(ii) t/m B(iv) en C(i) t/m C(iii). Voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre het doorberekingsverweer zal slagen, is nader onderzoek nodig dat de rechtbank bij deze stand van zaken om proceseconomische redenen achterwege laat. Op grond van het voorgaande staat immers voldoende vast dat de vorderingen B(ii) t/m (iv) en C(i) t/m C(iii) tot enig bedrag zullen worden toegewezen, zodat de prejudiciële beslissing die de rechtbank voornemens was te vragen aan de Hoge Raad nodig is voor de beslechting van het geschil in de zin van artikel 392 Rv.

5.68. Bespreking van de andere geschilpunten leidt niet tot een andere conclusie; de rechtbank zal deze daarom, ook om proceseconomische redenen nu niet bespreken. Indien en voor zover daaraan wordt toegekomen, zullen deze geschilpunten in een later stadium van de procedure worden besproken.

Vraag om een prejudiciële beslissing

5.69. In het tussenvonnissen is aangekondigd dat de rechtbank voornemens is een prejudiciële beslissing te vragen over het door gedaagden onder verwijzing naar het arrest van het gerechtshof te Den Haag van 26 mei 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:3876) gevoerde verweer dat uit het *Copydan*-arrest van het HvJEU volgt dat Imation geen vorderingsrecht toekomt ter zake van teveel betaalde thuiskopieheffing. Dit geschilpunt speelt ook in een aantal andere procedures tussen deze en andere partijen over teveel betaalde thuiskopieheffing. In het tussenvonnissen is overwogen dat het vanwege het afwijzen van het verzoek tot het openstellen van (tussentijds) cassatieberoep tegen het hiervoor bedoelde arrest van het gerechtshof naar verwachting enige tijd zal duren tot de Hoge Raad zich in een cassatieprocedure zal uitspreken over deze vraag. Vanwege het belang van deze vraag voor de zich vaker voordoende zaken over door betalingsplichtigen gevorderde restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing overweegt de rechtbank om een prejudiciële beslissing te vragen aan de Hoge Raad over de door de gedaagden gestelde consequentie van het *Copydan*-arrest.

5.70. Nadat partijen zich hadden uitgelaten over het voornemen van de rechtbank, heeft het HvJEU op 22 september 2016 arrest gewezen in de zaak *Nokia/SIAE* (ECLI:EU:C:2016:717). Het HvJEU bouwt

daarin voort op haar eerdere jurisprudentie over artikel 5 lid 2 Arl en adresseert daarbij ook het *Copydan*-arrest. De gevolgtrekkingen die het gerechtshof Den Haag in het tussenarrest in de incassoprocedure heeft gemaakt op grond van het *Copydan* arrest, vinden geen verdere steun in dit latere arrest. Het Nokia/SIAE-arrest beantwoordt echter niet de vragen die ter beantwoording in de onderhavige zaak voorliggen en betrof bovendien het Italiaanse thuiskopie-stelsel, zodat het uitgaat van een andere feitelijke situatie.

5.71. Gedaagden wijzen erop dat zij dit verweer ook hebben gevoerd in de appelprocedure tegen het vonnis van deze rechtbank van 14 januari 2015, waarin in december 2016 pleidooi heeft plaatsgehad. Zij wijzen erop dat mogelijk de door de rechtbank voorgenomen vragen dan wel binnen afzienbare tijd op reguliere wijze bij de Hoge Raad aan de orde zullen komen.

5.72. In die zaak is echter nog geen arrest geweest. Los daarvan is het de vraag of en wanneer cassatie zal worden ingesteld en of deze vraag ook op de door de rechtbank voorgestane manier aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd. Dit is voor de rechtbank dus geen reden om van het stellen van de voorgenomen vragen af te zien.

5.73. Partijen hebben zich uitgelaten over de vragen die de rechtbank voorshands voor ogen had. De Staat kon zich vinden in deze vragen. De andere partijen hebben aanvullende vragen voorgesteld, in het geval van Thuiskopie ook met betrekking een groot aantal andere onderwerpen. Het gaat om onderwerpen waarover beslist is in de procedure die heeft geleid tot het arrest van het gerechtshof in de incassoprocedure waartegen – overeenkomstig het door Thuiskopie daartegen gemaakte bezwaar – geen cassatieverlof is opengesteld. De gereede weg om het antwoord op deze vragen te verkrijgen is het te zijner tijd formuleren van cassatiemiddelen tegen dat arrest van het gerechtshof. Ook overigens ziet de rechtbank in de gemaakte opmerkingen van Imation en Thuiskopie en de voorgestelde aanvullende vragen geen aanleiding om haar voorgenomen vraagstelling aan te passen. Dat betekent dat de rechtbank de Hoge Raad zal vragen om een beslissing op de volgende prejudiciële vragen:

1 Komt, mede gezien het *Copydan*-arrest, in het Nederlandse rechtstelsel een vordering tot restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing alleen toe aan de eindverwerfer van de drager en niet aan de betalingsplichtige?

2 Dient bij de beantwoording van die vraag onderscheid te worden gemaakt tussen vorderingen gebaseerd op de grondslag dat er thuiskopieheffing is voldaan over dragers bestemd voor professioneel gebruik en vorderingen gebaseerd op andere grondslagen?

5.74. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden in afwachting van het antwoord op de hiervoor gestelde vragen. De rechtbank zal de beoordeling van de geschilpunten over vorderingen waarop

deze vragen geen betrekking hebben (zoals vordering D) ook aanhouden. Zij zal daarop in haar volgende vonnis beslissen.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1. stelt de Hoge Raad ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing de volgende vragen:

1. Komt, mede gezien het *Copydan*-arrest, in het Nederlandse rechtstelsel een vordering tot restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing alleen toe aan de eindverwerfer van de drager en niet aan de betalingsplichtige?

2. Dient bij de beantwoording van die vraag onderscheid te worden gemaakt tussen vorderingen gebaseerd op de grondslag dat er thuiskopieheffing is voldaan over dragers bestemd voor professioneel gebruik en vorderingen gebaseerd op andere grondslagen?

6.2. bepaalt dat de griffier onverwijld een afschrift van dit vonnis en van het tussenvonnis van 13 april 2016 zendt aan de Hoge Raad;

6.3. bepaalt dat de griffier afschriften van de andere op de procedure betrekking hebbende stukken op diens verzoek zendt aan de griffier van de Hoge Raad;

6.4. houdt iedere verdere beslissing aan.

Conclusie plv. P-G mr. F.F. Langemeijer:

In deze zaak heeft de rechtbank Den Haag prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld in een geschil over restitutie van thuiskopievergoedingen die vóór 1 januari 2013 aan Stichting De Thuiskopie zijn afgedragen op grond van art. 16c Auteurswet. In deze conclusie bespreek ik onder 1 de feiten en het procesverloop, onder 2 het wettelijk kader, onder 3 de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en onder 4 de twee gestelde vragen.

1 Feiten en procesverloop

1.1 De vragen stellende rechtbank is uitgegaan van de volgende feiten:¹

1.1.1. Imation Europe B.V. (hierna kortweg: Imation) is importeur van (voornamelijk traditionele) blanco gegevensdragers. Zij is gehouden tot afdracht van de in art. 16c Auteurswet (Aw) bedoelde billijke vergoeding (hierna ook: 'de thuiskopievergoeding').

1.1.2. Op grond van art. 16d Aw is Stichting De Thuiskopie belast met de inning en de verdeling van de thuiskopievergoeding.

1.1.3. Stichting De Thuiskopie en Imation hebben in 1999 een zogenoemd A-contract gesloten met betrekking tot de incasso van de thuiskopievergoeding en de daarmee verband houdende verplichting van Imation tot opgaaf van de door haar verrichte, voor de thuiskopievergoeding relevante leveringen

¹ Tussenvonnis van de rechtbank Den Haag van 8 maart 2017 onder 2.1 – 2.6.

van gegevensdragers. Uit hoofde van dit contract was Imation gehouden maandelijks opgaaf te doen van de door haar geïmporteerde en geleverde gegevensdragers en betaalde zij maandelijks de daarmee corresponderende thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie.

1.1.4. Stichting De Thuiskopie heeft thuiskopievergoeding geheven over alle door Imation ingevoerde cd's en dvd's.

1.1.5. Vanaf juni 2010 is Imation, aanvankelijk onder verwijzing naar de conclusie (d.d. 11 mei 2010) van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in de – hierna te bespreken – zaak *Padawan* en later met een beroep op het in die zaak door het HvJ EU gewezen arrest van 21 oktober 2010, opgehouden met het afdragen van thuiskopievergoedingen aan Stichting De Thuiskopie voor blanco gegevensdragers die zij leverde aan bedrijfsmatige afnemers voor zakelijk gebruik, door Imation aangeduid als haar 'commercial channel', ter onderscheiding van haar 'consumer channel' waarin zij levert aan bedrijven die de gegevensdragers doorverkopen aan privégebruikers.

1.1.6. Met ingang van 1 maart 2011 heeft Imation haar afdrachten aan Stichting De Thuiskopie geheel gestaakt, met een beroep op verrekening hiervan met de (volgens Imation) ter zake van leveringen van gegevensdragers in de periode van september 2004 t/m mei 2010 teveel betaalde thuiskopievergoedingen, een bedrag van ongeveer € 5.585.800.

De incassoprocedure van Stichting De Thuiskopie tegen Imation

1.2 In juni 2011 heeft Stichting De Thuiskopie een procedure tegen Imation aanhangig gemaakt bij de rechtbank Den Haag,² waarin zij nakoming van het A-contract heeft gevorderd en doorbetaling van de door Imation stopgezette thuiskopievergoedingen. Die procedure wordt in de gedingstukken en ook hierna aangeduid als: 'de incassoprocedure'. In de incassoprocedure heeft de rechtbank op 20 februari 2013 een tussenvonnis gewezen (ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1542). Daarin heeft de rechtbank – voor zover hier van belang – onder verwijzing naar het arrest *Padawan* van het HvJ EU geoordeeld dat Imation slechts verplicht was een thuiskopievergoeding af te dragen voor cd's en dvd's die zij direct of indirect aan privégebruikers – niet aan professionele gebruikers – heeft geleverd en dat Imation gerechtigd is vanaf 1 juli 2006 onverschuldigd afgedragen thuiskopievergoedingen te verrekenen met Stichting De Thuiskopie. De datum 1 juli 2006 hield ermee verband dat de vordering van Imation uit vóór die datum onverschuldigd verrichte betalingen was verjaard.

1.3 Op het hoger beroep in de incassoprocedure heeft het gerechtshof Den Haag op 26 mei 2015

arrest gewezen (ECLI:NL:GHDHA:2015:3876). Het hof heeft het tussenvonnis van 20 februari 2013 vernietigd voor zover dit betrekking had op de vorderingen I-subsidiar en III van Stichting De Thuiskopie, met terugwijzing van de zaak in zoverre naar de rechtbank.³ Voor het overige heeft het hof dat tussenvonnis bekrachtigd. Het gerechtshof ging ervan uit dat Stichting De Thuiskopie het – hierna te bespreken – *mutualisation*-stelsel toegepast (rov 5.8). Het hof was van oordeel dat deze toepassing in strijd is met het bepaalde in art. 5, lid 2 onder b, van de Auteursrechtlijn⁴ en ook met art. 16c-16e Aw omdat deze artikelen moeten worden uitgelegd in overeenstemming met genoemde richtlijn (rov. 5.10).

1.4 Voor de onderhavige prejudiciële vragen is uit het arrest van 26 mei 2015 in de incassoprocedure met name van belang hetgeen het hof in rov. 10.7 overwoog:⁵

"In het Copydan-arrest is overwogen dat, in het geval dat de betalingsplichtigen de mogelijkheid hebben om het bedrag van de vergoeding via de prijs af te wentelen op de eindgebruiker 'die aldus de lasten draagt', vanwege het 'rechtvaardig evenwicht' tussen de belangen van auteursrechthebbers en de gebruikers van beschermd materiaal, 'enkel de eindverwerfer' (waarmee bedoeld is: de professionele eindgebruiker) terugbetaling van de vergoeding kan krijgen (punt 53). Hieruit is af te leiden dat het in de – zich hier voordoende (...) – situatie dat de eindgebruiker de lasten draagt, in strijd is met artikel 5 lid 2 sub b ARL/artikel 16c-e Aw dat een incasso-organisatie als STK een ten onrechte betaalde thuiskopievergoeding terugbetaalt aan de importeur van de drager, ook al heeft deze, zoals hier, de betaling aan de incasso-organisatie de facto verricht. In aanmerking nemend dat STK in het kader van haar grieven 4, 5 en 6 feitelijke

3 Vordering I-subsidiar van Stichting De Thuiskopie strekte tot betaling van de thuiskopievergoedingen (ter zake van leveringen via het Commercial Channel en de periode van juni 2010 – september 2011 en via het Consumer Channel in de periode van maart – september 2011). Vordering III hield verband met het beroep op verrekening en strekte tot het uitspreken van een verklaring voor recht dat Imation géén vordering tot terugbetaling jegens Stichting De Thuiskopie heeft ter zake van vóór juni 2010 afgedragen thuiskopievergoedingen; zie rov. 2.1 van het arrest van 26 mei 2015.

4 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 (*PbEG* 2001, L 167/10). Aan deze richtlijn, waarvan de implementatietermijn verstreek op 22 december 2002, is in Nederland uitvoering gegeven bij wet van 6 juli 2004, *Stb.* 336 (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij). Zie voor de parlementaire behandeling *Kamerstukken* 28-482, in het bijzonder de *MvT: Kamerstukken II* 2001/02, 28482, 3, blz. 20 – 26 (algemeen) en 44 – 47 (artikelsgewijs).

5 Daarbij ging het hof ervan uit dat de tussen september 2004 en juni 2010 door Imation verrichte betalingen niet waren gebaseerd op het A-contract (rov. 10.4) en dat Imation de door haar afgedragen thuiskopieheffing had doorberekend (ook) aan bedrijfsmatig handelende eindgebruikers (rov. 10.6).

2 Zaaknummer C09/397020 / HA ZA 11-877. De incassoprocedure is ook besproken in het tussenvonnis van 8 maart 2017, houdende prejudiciële vragen, onder 2.7 – 2.8 en 2.11 – 2.13.

stellingen van deze strekking heeft betrokken (zie rov. 10.2), is het hof – zeker gezien de communautaire herkomst daarvan – verplicht om die rechtsregel, dat in een geval als zojuist omschreven niet mag worden terugbetaald aan de importeur/leverancier, ambtshalve toe te passen (artikel 25 Rv). Deze regel is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de regel van artikel 6:203 BW dat degene die zonder rechtsgrond de betaling heeft verricht, gerechtigd is deze van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen.”

Het gerechtshof gaat uit van een door hem uit het arrest *Copydan* afgeleide rechtsregel die inhoudt dat ingeval de eindgebruiker de lasten van de thuiskopievergoeding draagt (omdat de fabrikant of importeur – en, zo voeg ik toe, iedere verdere schakel in de verkoopketen – het bedrag van de door Stichting De Thuiskopie in rekening gebrachte thuiskopievergoeding via de verkoopprijs heeft kunnen doorberekenen aan de koper), uitsluitend de (professionele) eindgebruiker van Stichting De Thuiskopie teruggaaf van de betaalde thuiskopievergoeding kan verkrijgen; niet degene (in Nederland: de fabrikant of importeur) die feitelijk de thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie had betaald.

1.5 Het gerechtshof heeft verzoeken van Imation om verlof voor tussentijds cassatieberoep afgewezen. De Hoge Raad heeft om die reden bij arrest van 22 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:725) het door Imation tussentijds tegen het arrest van 26 mei 2015 ingestelde cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaard.⁶

De onderhavige, door Imation gestarte procedure

1.6 In de onderhavige procedure, aangevangen in mei 2015, heeft Imation zowel de Staat (op grond van onrechtmatige overheidsdaad) als Stichting De Thuiskopie (op grond van onverschuldigde betaling dan wel onrechtvaardige verrijking) aangesproken. Imation heeft gesteld dat de door Stichting De Thuiskopie aan haar in rekening gebrachte thuiskopievergoedingen in drieërlei opzicht in strijd zijn met de Auteursrechttrichtlijn:⁷

1 de Nederlandse thuiskopieregeling voorziet in een systeem van thuiskopieheffing dat ten onrechte geen onderscheid maakt (“niet differentieert”) tussen privégebruik en professioneel gebruik zodat een te hoog bedrag aan thuiskopievergoeding bij Imation is geheven (vorderingen onder A);

2 de Nederlandse thuiskopieregeling heeft ten onrechte mede betrekking op het kopiëren uit illegale bron (vorderingen onder B);

3 ingevolge de zgn. bevroezings-AMvB’s⁸ zijn ‘nieuwe’ (digitale) apparaten en gegevensdragers

gedurende een bepaald tijdvak niet belast geweest met een thuiskopievergoeding; hierdoor drukte de heffing ten onrechte eenzijdig op (Imation als) de fabrikant/importeur van traditionele gegevensdragers zoals cd’s en dvd’s (vorderingen onder C).

1.7 Imation stelt op deze drie gronden, dat zij in bepaalde tijdvakken (vóór 1 januari 2013) te hoge bedragen aan Stichting De Thuiskopie heeft afgedragen ter zake van thuiskopievergoeding over door haar geleverde blanco cd’s en dvd’s. Zij heeft onder A, B en C diverse verklaringen voor recht alsmede betaling van bepaalde bedragen gevorderd. Van Stichting De Thuiskopie verlangt zij teruggaaf (restitutie) van het totaalbedrag dat zij in haar ogen teveel, dus onverschuldigd, heeft betaald. Omdat Stichting De Thuiskopie zich op het standpunt stelt dat de betalingen niet onverschuldigd zijn geschied en dat slechts uitvoering is gegeven aan een heffingsregeling waarvan de inhoud (met name: het tarief) niet door haarzelf is bepaald, heeft Imation ook de Staat in rechte aangesproken. Van de Staat vordert Imation, kort gezegd, vergoeding van de door haar ondervonden schade als gevolg van de inning van thuiskopievergoedingen bij Imation in strijd met regels van EU-recht.⁹

1.8 Met betrekking tot de vorderingen onder A hebben partijen in eerste aanleg de volgende standpunten betrokken:¹⁰

“5.5. *Imation* verwijst ter onderbouwing van vordering A naar HvJEU 21 oktober 2010, in zaak C-467/08 (Padawan), r.o. 59, HvJEU 11 juli 2013, in zaak C-521/11 (Amazon), r.o. 37 en HvJEU 3 maart 2015, in zaak C-463/12 (Copydan/Nokia) r.o. 55. Zij stelt dat het Nederlandse stelsel van heffing van thuiskopievergoeding dat ongedifferentieerd van toepassing is op alle voorwerpen, inclusief voorwerpen die zijn geleverd aan rechtspersonen voor andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik (het systeem van *mutualisation*) niet in overeenstemming is met artikel 5 Arl. Zij stelt dat zij ondanks haar door de rechtbank bij vonnis van 20 februari 2013 (in de incassoprocedure) in verband hiermee vastgestelde verrekenbevoegdheid belang heeft bij een veroordeling tot terugbetaling, aangezien het 800 jaar zal duren totdat de vordering is verrekend.

(...)

5.8. Het meest verstrekkende verweer van *Thuiskopie* tegen vordering A(i) houdt in dat Imation geen vorderingsrecht toekomt ter restitutie – hetzij als onverschuldigd betaald, hetzij in de vorm van schadevergoeding – van teveel betaalde thuiskopievergoeding. (...) Dit ‘Copydan-verweer’ houdt in dat een eventuele vordering uit onverschuldigde betaling van thuiskopievergoeding niet aan betalingsplichtigen zoals Imation

6 Na verwijzing is de incassoprocedure stilgelegd in afwachting van de uitkomst van de onderhavige procedure: zie rechtbank Den Haag 5 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7153.

7 Vgl. het tussenvonnissen van de rechtbank Den Haag van 8 maart 2017 onder 5.3.

8 Zie voor dit begrip: alinea 2.12 hierna.

9 Zie voor een uitgebreide weergave van alle vorderingen van Imation het tussenvonnissen van de rechtbank Den Haag van 8 maart 2017 onder 4.1.

10 Deze samenvatting is ontleend aan het tussenvonnissen van de rechtbank Den Haag van 8 maart 2017, onder 5.5 – 5.11.

toekomst, maar alleen aan eindgebruikers omdat Imation in het Nederlandse thuiskopiëstelsel de mogelijkheid heeft, en heeft benut, om het bedrag van de thuiskopieheffing via de prijs van de dragers af te wentelen op de eindgebruiker. Gedagden wijzen hiertoe op r.o. 10.7 van het arrest van het gerechtshof te Den Haag in de incasso-procedure (...). Volgens *gedagden* heeft Imation om deze reden evenmin een vordering tot schadevergoeding wegens teveel betaalde thuiskopievergoeding op de Staat.

5.9. *De Staat* stelt dat de kern van zijn Copydan-verweer is dat, als ervan uitgegaan wordt dat, gelet op het Unierechtelijke vereiste van een rechtvaardig evenwicht tussen alle betrokkenen, de heffing voor rekening is gebracht van de eindgebruiker, en niet van de betalingsplichtige, het in de rede ligt dat niet die betalingsplichtige, maar alleen de eindgebruiker een 'te veel' betaalde heffing kan terugvorderen en wel bij de partij die de heffing op haar rekening heeft bijgeschreven; dat is Thuiskopie.

5.10. *Imation* betwist dit standpunt van gedagden: zij voert aan dat uit het Copydan-arrest geen rechtsregel kan worden afgeleid dat alleen de eindverwerfer terugbetaling van de thuiskopievergoeding kan vorderen. Zij verwijst ter onderbouwing van haar standpunt onder meer naar de conclusie van A-G Wahl van 4 mei 2015 in zaak C-110/15 (Nokia e.a./SIAE), waarin onder meer staat:

'58. Op het eerste gezicht zou men ten onrechte kunnen denken dat lidstaten vrij zijn om de terugbetaling achteraf te beperken tot eindgebruikers. Het Hof oordeelde in het arrest Copydan Båndkopi inderdaad dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers om terugbetaling kan worden verzocht. Het Hof formuleerde echter een belangrijk voorbehoud hierop. Het merkte op dat een dergelijk stelsel verenigbaar is met het Unierecht, mits de betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van de betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat de apparaten in kwestie zijn geleverd aan andere dan natuurlijke personen duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik. De noodzaak van een dergelijke vrijstelling vooraf vloeit al voort uit de uitspraak van het Hof in het arrest Amazon.com International Sales e.a., dat een ongedifferentieerde toepassing van een kopieerheffing alleen kan worden gerechtvaardigd wanneer de producten in kwestie door levering aan natuurlijke personen in het verkeer worden gebracht.

59. Anders gezegd is een stelsel van billijke compensatie waarin alleen de eindgebruiker om terugbetaling achteraf kan verzoeken, enkel verenigbaar met artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 voor zover dat stelsel ook een vrijstelling vooraf omvat voor installaties, apparaten en dragers die duidelijk zijn aangeschaft voor

andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik (dat wil zeggen voor beroepsmatig gebruik).'

5.11. *Imation* betoogt dat in Nederland niet is voldaan aan de in het Copydan-arrest genoemde voorwaarden, waaronder een stelsel waarin alleen door de eindgebruiker terugbetaling kan worden verzocht toelaatbaar wordt geacht. Voorts kan volgens *Imation* uit het Copydan-arrest niet worden afgeleid dat artikel 5, lid 2, sub b, Arl zou verplichten tot toepassing van een stelsel waarbij een ten onrechte betaalde thuiskopievergoeding uitsluitend kan worden terugbetaald aan de eindverwerfer die de lasten van de vergoeding draagt. Evenmin kan in de optiek van *Imation* uit dit arrest worden afgeleid dat de Arl zich verzet tegen terugbetaling van thuiskopievergoeding door de incasso-organisatie aan de importeur die de vergoedingen heeft betaald, noch in algemene zin, noch op grond van artikel 6:203 BW."

1.9 De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 13 april 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:3952) haar voornemen uitgesproken om prejudiciële vragen te stellen. Nadat partijen zich hadden uitgelaten over de formulering van de te stellen vragen, heeft de rechtbank bij vonnis van 8 maart 2017 de navolgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

"1. Komt, mede gezien het Copydan-arrest, in het Nederlandse rechtstelsel een vordering tot restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing alleen toe aan de eindverwerfer van de draager en niet aan de betalingsplichtige?

2. Dient bij de beantwoording van die vraag onderscheid te worden gemaakt tussen vorderingen gebaseerd op de grondslag dat er thuiskopieheffing is voldaan over dragers bestemd voor professioneel gebruik en vorderingen gebaseerd op andere grondslagen?"

2 Wettelijk kader

2.1 De rechtbank heeft in het vonnis van 8 maart 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:2170) onder 3.1 – 3.17 het juridisch kader van de thuiskopievergoeding uiteengezet. Ik verwijs daarnaar. Deels in aanvulling daarop kan nog het volgende worden opgemerkt.

2.2 De rechthebbende van een auteursrecht of naburig recht beschikt over een uitsluitend recht om het beschermde 'werk' te reproduceren. Wanneer de rechthebbende constateert dat iemand een of meer reproducties wil maken van het door dit uitsluitend recht beschermde 'werk', kan de rechthebbende een licentie verlenen en daarvoor een vergoeding bedingen. Bij het reproduceren¹¹ van een auteursrechtelijk beschermd werk door een na-

¹¹ Ik breng in herinnering dat art. 16b Auteurswet het kopiëren regelt. De Nederlandse thuiskopieregeling (in art. 16c e.v. Aw) heeft specifiek betrekking op het reproduceren van een beschermd 'werk' van letterkunde, wetenschap of kunst "op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven".

tuurlijke persoon voor privédoeleinden (d.w.z. eigen gebruik zonder commercieel oogmerk), is het voor een rechthebbende meestal niet doenlijk zijn recht te handhaven. Veelal is immers onbekend wanneer en door wie een beschermd werk wordt gereproduceerd: een kopietje is snel gemaakt. Bij reproducties voor privégebruik is bovendien het financieel belang (te weten de hoogte van de te bedingen licentievergoeding) te gering om een handhaving van het auteursrecht of naburig recht rendabel te maken. In veel landen is een oplossing voor dit probleem gezocht in de vorm van een wettelijke regeling die het maken van reproducties voor privégebruik toestaat aan natuurlijke personen, waarbij, via een stelsel van heffingen bij de fabrikant of importeur op de voor het kopiëren benodigde apparatuur of gegevensdragers, collectief de billijke vergoeding voor de rechthebbenden wordt bekostigd. De geïncasseerde vergoeding komt, na verdeling door de nationale incasso-organisatie, uiteindelijk ten goede aan de rechthebbenden. In de vakliteratuur wordt een dergelijk systeem wel eens aangeduid als een 'wettelijke licentie' voor reproductie, hoewel die uitdrukking niet helemaal zuiver is. Een reproductie door een natuurlijke persoon voor privégebruik wordt in het Nederlandse taalgebied doorgaans aangeduid als een 'thuiskopie', ongeacht de plaats waar de kopie gemaakt is. Nederland kent sinds 1991 een regeling in de Auteurswet voor het maken van thuiskopieën.¹²

2.3 Gegevensdragers zoals blanco cd's en dvd's kunnen worden gebruikt door een natuurlijke persoon voor het maken van reproducties voor privédoeleinden. Zij kunnen ook worden gebruikt door rechtspersonen of anderszins in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf, bijvoorbeeld voor (grootschalige) reproductie van een beschermd werk voor commerciële doeleinden. Voor ander gebruik dan het maken van reproducties door een natuurlijke persoon voor privédoeleinden geldt de thuiskopie-exceptie (d.w.z. de wettelijke beperking van het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende) niet.

2.4 De Auteursrechtlijn laat de lidstaten van de EU tot zekere hoogte vrij in de keuze voor een heffingstelsel en in de wijze waarop zij zo'n stelsel inrichten. In Nederland is ervoor gekozen, een thuiskopievergoeding te heffen bij fabrikanten of importeurs op alle door hen afgeleverde (voor het kopiëren geschikte) apparatuur waarmee en alle gegevensdragers waarop thuiskopieën kunnen worden vervaardigd. Op het tijdstip van heffing is niet altijd bekend door wie, en voor welk doel, het apparaat of de gegevensdrager uiteindelijk zal worden

gebruikt. In Nederland is gekozen voor een systeem van 'mutualisation'.¹³ Bij de fabrikant of importeur wordt een vast bedrag geheven per afgeleverd voorwerp, ongedifferentieerd, dat wil zeggen ongeacht of de afgeleverde apparatuur of gegevensdrager zakelijk dan wel voor privédoeleinden zal worden gebruikt. De mate waarin blanco cd's of dvd's worden gebruikt anders dan door een natuurlijke persoon voor het maken van reproducties voor privédoeleinden was verdisconteerd in de hoogte van het tarief dat de fabrikant of importeur bij aflevering verschuldigd is aan Stichting De Thuiskopie. Het gaat om een pragmatische oplossing, die het mogelijk maakt snel en eenvoudig een tarief voor de heffing te bepalen: een vast bedrag per gegevensdrager of afgeleverd apparaat.

2.5 De ontwikkeling van de techniek (ICT, digitalisering) heeft tot gevolg gehad dat het aantal apparaten waarmee, en het aantal gegevensdragers waarop, een auteursrechtelijk beschermd 'werk' kan worden gereproduceerd enorm is toegenomen. Omdat computers, smartphones, USB-sticks etc. voor talrijke doeleinden kunnen worden gebruikt, bestaat weinig zicht op de mate waarin deze apparaten en gegevensdragers wel of niet zullen worden gebruikt door een natuurlijke persoon voor het maken van thuiskopieën. Daarnaast bestaat het risico dat wanneer elke lidstaat van de EU zijn eigen thuiskopieregeling heeft, verstoringen van de interne markt binnen de EU optreden. Indien een fabrikant of handelaar in de ene lidstaat wordt geconfronteerd met hogere tarieven of andere tariefgrondslagen voor de thuiskopievergoeding dan in andere lidstaten, kan dit de mogelijkheden tot concurrentie beïnvloeden. De Europese Unie heeft zich daarom dit onderwerp aangetrokken.¹⁴ De Auteursrechtlijn (2001/29/EG) is, blijkens artikel 1, gericht op de bescherming van auteursrecht en naburige rechten in het kader van de Europese interne markt. Art. 2 van deze richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ten behoeve van in dit artikel genoemde rechthebbenden voorzien in een uitsluitend recht om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van beschermd materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden. Dit exclusieve reproductierecht is niet onbegrensd: art. 5 van de Auteursrechtlijn (ArI) omvat, naast

12 Zie over (de invoering van) dit stelsel de MvT, *Kamerstukken II* 1987/88, 20565, 3 en de Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II* 1988/89, 5; D. Visser, *Private Copying*, in: B. Hugenholtz, A. Quaevliet en D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law* (2012), in het bijzonder blz. 413 - 441 waar de historische ontwikkeling van Nederlandse thuiskopieregeling wordt geschetst. Thans is de thuiskopieregeling neergelegd in art. 16c - 16ga Aw.

13 Het Franse woord *mutualisation* (volgens Van Dale: het onder elkaar verdelen van kosten of risico's) valt in dit verband wellicht het best te vertalen als: fondsvorming.

14 Een *link* tussen het auteursrecht en de Europese Unie is gelegen in het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (*WIPO Copyright Treaty*), gesloten te Genève 20 december 1996. Dit verdrag is namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (*PbEG* 2000, L 89). Art. 1 lid 4 van genoemd WIPO-verdrag bepaalt dat de verdragssluitende partijen onder meer de artikelen 1 - 21 van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886 (nadien gewijzigd en aangevuld) eerbiedigen. Vgl. HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (*Leksan/Van der Let*), punten 4 en 5. Zie ook art. 9 Berner Conventie.

een verplichte beperking (in lid 1), verschillende facultatieve beperkingen (in lid 2 en lid 3). Voor de onderhavige zaak is van belang de beperking in art. 5, lid 2 onder b, welke luidt:

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

a. (...)

b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privégebruik 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; (...).¹⁵”

2.6 De in artikel 5 Arl genoemde beperkingen moeten voldoen aan de eisen in het vijfde lid. De in het vijfde lid neergelegde ‘drie stappen’-toets houdt in dat beperkingen van het reproductierecht slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast (stap 1), mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het beschermde ‘werk’ (stap 2) en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (stap 3). Bij het toepassen van deze beperkingen dient te worden gezocht naar een “rechtvaardig evenwicht tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermde materiaal”.¹⁶ Het bereiken van dit ‘rechtvaardig evenwicht’ speelt een belangrijke rol in de hierna te bespreken jurisprudentie van het HvJ EU.

2.7 Volledigheidshalve zij vermeld dat er voornemens bestaan tot wijziging van de Auteursrechtlijn. Deze zijn m.i. niet van invloed op de beantwoording van de prejudiciële vragen van de rechtbank.¹⁷

2.8 De wet tot implementatie in Nederland van de Auteursrechtlijn is op 1 september 2004 in werking getreden. De thuiskopie-exceptie is neergelegd in het eerste lid van art. 16c Aw. Artikel 16c luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“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 com-

mercieel 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, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding. (...)

2.9 Reeds vóórdat de Auteursrechtlijn gold had de regering aangegeven, ervan uit te gaan dat “de fabrikant of de importeur de door hem betaalde vergoeding in beginsel [zal] doorberekenen in de verkoopprijs, zodat uiteindelijk de vergoeding toch betaald wordt door degene die de kopie maakt”.¹⁸ Of een thuiskopieheffing werkelijk wordt doorberekend staat in Nederland ter keuze van de betalingsplichtige (fabrikant of importeur): de Auteurswet verplicht hem niet tot doorberekening aan zijn afnemer.¹⁹ Over het antwoord op de vraag of Imation de haar aan Stichting De Thuiskopie afgedragen thuiskopievergoedingen daadwerkelijk heeft doorberekend aan haar afnemers, lopen de meningen in deze zaak uiteen.

2.10 Stichting De Thuiskopie is krachtens art. 16d lid 1 Aw belast met de incasso en de verde-

¹⁵ Zie ook punt 38 in de considerans van de Auteursrechtlijn.

¹⁶ Zie ook de punten 31 (‘rechtvaardig evenwicht’) en 43 - 44 in de considerans van de Auteursrechtlijn.

¹⁷ Zie de mededeling van de Commissie ‘Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten’, COM (2015) 626; deze werd in september 2016 gevolgd door de mededeling ‘Het bevorderen van een eerlijke, efficiënte en competitieve Europese op het auteursrecht gebaseerde economie in de digitale eengemaakte markt’, COM (2016) 592. De Commissie deed een voorstel voor een Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (COM (2016) 593).

¹⁸ MvT, *Kamerstukken II 1987/88*, 20656, 3, p. 5-6. Zie ook, in het kader van de invoering van art. 16c Aw: *Kamerstukken II 2002/03*, 28482, 8, blz. 13; *Kamerstukken II 2013/14*, 29838, 69, p. 5-6 en *Kamerstukken II 2013/14*, 29838, 72, p. 2.

¹⁹ *Kamerstukken II 2013/14*, 29838, 69, p. 5-6. Zie ook *Kamerstukken II 1987/88*, 20656, 5, p. 10 en de Nota van Toelichting (blz. 7) bij het Besluit van 5 november 2007 houdende aanwijzing van de voorwerpen bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912 en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, *Stb.* 2007, 435, p. 7 (“Dat is overgelaten aan marktwerking, waarbij het ondernemingen vrij stond om te kiezen voor een lagere winstmarge door de heffing niet of slechts ten dele in de prijs door te berekenen.”)

ling van de thuiskopievergoedingen. Zij incasseert de thuiskopievergoeding bij de fabrikant of importeur.²⁰ De stichting betaalt de geïnde vergoedingen door aan verschillende collectieve organisaties, die op hun beurt de vergoedingen verdelen onder individuele rechthebbenden.

2.11 De hoogte van de thuiskopievergoedingen in het voor deze zaak relevante tijdvak is op de voet van art. 16e Aw vastgesteld door daartoe aangewezen Stichting Onderhandeling Thuiskopievergoeding (SONT), waarin (organisaties van) rechthebbenden en betalingsplichtigen (fabrikanten en importeurs) zijn vertegenwoordigd. Uit het zesde lid van art. 16c Aw vloeit voort dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen waarover thuiskopievergoeding verschuldigd is. Ook kunnen bij AMvB voorwaarden worden gesteld m.b.t. de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de thuiskopievergoeding.

2.12 Met name voor de vorderingen onder C is van belang dat bij AMvB van 17 februari 2007²¹ voor de periode tot 1 januari 2008 zowel de hoogte van de heffing als de aanwijzing van de voorwerpen waarop de heffing rustte is 'bevrozen'. Als gevolg van deze bevroering werden 'nieuwe' gegevensdragers en apparaten niet belast met een heffing ter financiering van de thuiskopievergoeding.²² Deze toestand is telkens verlengd, tot 1 januari 2013.²³ Bij AMvB van 23 oktober 2012, *Stb.* 505 is de 'bevriezing' beëindigd en is de heffing van een thuiskopievergoeding uitgebreid tot digitale audiospelers, digitale videorecorders, MP3-spelers, smartphones, tablets en laptops. Ook is het bedrag van de heffingen opnieuw vastgesteld.²⁴ De datum 1 januari 2013 geldt daarom als een keerpunt. Dit stelsel van heffingen en vergoedingen is bij AMvB van 15 oktober 2013, *Stb.* 400, bestendigd tot 1 januari 2016. De rechtbank heeft de vorderingen onder C besproken in rov. 5.36 - 5.41 voor zover gericht tegen de Staat en in rov. 5.44 - 5.50 voor zover gericht tegen Stichting De Thuiskopie. Tot slot valt op te merken dat er nog een andere procedure is gevoerd tussen

fabrikanten en importeurs, waaronder Imation, en anderzijds Stichting De Thuiskopie en de Staat.²⁵

2.13 Voor de vorderingen onder B is van belang het op 10 april 2014 door het HvJ EU gewezen arrest in de zaak *ACI Adam BV e.a. tegen Stichting De Thuiskopie en SONT*.²⁶ De Nederlandse wetgever was tot dan toe van mening dat de thuiskopievergoeding mede kan dienen ter compensatie van de rechthebbende(n) voor schade als gevolg van het maken van privékopieën vanuit een illegale bron.²⁷ Het HvJ EU besliste, kort gezegd, dat de thuiskopie-exceptie in art. 5, lid 2 onder b, Arl uitsluitend betrekking heeft op het kopiëren vanuit *legale* bronnen. Bijgevolg mag bij het vaststellen van de vergoeding voor die inbreuk op het exclusieve recht (de 'billijke compensatie' voor rechthebbenden) geen rekening worden gehouden met eventuele schade als gevolg van het kopiëren vanuit een *illegale* bron. Mede naar aanleiding van deze uitspraak zijn in Nederland met ingang van 1 januari 2015 de tarieven van de thuiskopievergoeding – na een schatting van de procentuele verhouding in de praktijk tussen het kopiëren uit legale en uit illegale bronnen – verlaagd met 30%.²⁸ De rechtbank heeft de vorderingen onder B besproken in rov. 5.26 – 5.35, voor zover gericht tegen de Staat en onder 5.44 – 5.50 voor zover gericht tegen Stichting De Thuiskopie. De rechtbank onderschrijft het standpunt van Imation dat in de desbetreffende AMvB's de bedragen van de thuiskopievergoedingen in strijd met de Auteursrechtlijn zijn vastgesteld.

3 Relevante rechtspraak van het HvJ EU over de thuiskopie

3.1 Gemakshalve volgt eerst een lijstje:

- HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 (*Padawan/Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*), NJ 2011/509 m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 510; IER 2011/26 m.nt. K.J. Koelman, AMI 2012/6 m.nt. J.H. Spoor;
- HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 (*Stichting De Thuiskopie/Opus*

20 Art. 16a lid 2 Aw voorziet nog in een voorwaardelijke betalingsverplichting van de verkoper. Die wettelijke bepaling speelt in de onderhavige zaak geen rol.

21 Besluit van 17 februari 2007, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, *Stb.* 2007, 75.

22 Zo volgt uit de Nota van Toelichting bij de AMvB van 17 februari 2007. Op deze 'bevriezing' had de procedure *Norma/Staat* betrekking; zie Gerechtshof Den Haag 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9880 en HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, NJ 2016/184, m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 186.

23 Zie de AMvB's van 5 november 2007, *Stb.* 2007, 435 (verlenging tot 1 januari 2009), 7 november 2008, *Stb.* 2008, 468 (verlenging tot 1 januari 2010), 4 mei 2009, *Stb.* 2009, 206 (herstel procedureel gebrek in AMvB van 7 november 2008) en 16 november 2009, *Stb.* 2009, 480 (verlenging tot 1 januari 2013).

24 Zie: S.J. Donker, De thuiskopieregeling ontdooid. Of toch een downloadverbod light?, AMI 2012, p. 231-238.

25 Zie het vonnis van de rechtbank Den Haag van 14 januari 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:798), inmiddels vernietigd bij arrest van het gerechtshof Den Haag van 23 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1359. Als ik het goed zie – ik beschik niet over de gedingstukken – heeft die procedure betrekking op het tijdvak na 1 januari 2013. In hun op 7 juni 2017 genomen duplieken wijzen Stichting De Thuiskopie (onder 9) en de Staat (onder 4) op laatstgenoemd arrest.

26 HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam BV e.a./Thuiskopie en SONT*), IER 2015/1 m.nt. A. Ringnalda, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2016/186. Zie ook HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012/532, en voor de verdere afdoening: HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:59, NJ 2017/63. De beslissing is herhaald in het dictum onder 7 van het hierna te bespreken arrest *Copydan* (HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12).

27 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2002/03, 28482, 5, p. 32 - 33 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28482, 8, p. 13.

28 KB 28 oktober 2014, *Stb.* 2014, 410. Deze AMvB is geldig tot 1 januari 2018. Zie ook: Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 2017, nr. 595.

Supplies Deutschland c.s., NJ 2011/510 m.nt. P.B. Hugenholtz;

- HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), NJ 2013/196 m.nt. P.B. Hugenholtz;

- HvJ EU 27 juni 2013, gevoegde zaken C-457/11 tot en met C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426 (*VG Wort/Kyocera e.a.*);²⁹

- HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 (*Amazon/Austro-Mechana*), RvdW 2013/1234;

- HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam e.a./Stichting De ThuisKopie*), NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 186;

- HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144 (*Copydan Båndkopi/Nokia Danmark*), NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz;

- HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750 (*Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*), NJ 2016/370 m.nt. P.B. Hugenholtz;³⁰

- HvJ EU 21 april 2016, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286 (*Austro-Mechana/Amazon*);

- HvJ EU 9 juli 2016, C-470/14, ECLI:EU:C:2016:418 (*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) c.s./Administración del Estado c.s.*), NJ 2017/212 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2017/4 m.nt. V. Rörtsch;

- HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft Mobile Sales International Oy c.s./Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e.a.*).³¹

3.2 Voor zover de Auteursrechtlijn geen andere regels geeft, is het aan de lidstaten om te bepalen bij wie de in deze richtlijn bedoelde 'billijke compensatie' voor de rechthebbende wordt geïncasseerd en om de modaliteiten en het niveau van de 'billijke compensatie' vast te stellen.³² Het Hof van Justitie heeft de in art. 5, lid 2 onder b, van de Auteursrechtlijn vereiste 'billijke compensatie'

evenwel aangemerkt als een unierechtelijk, dus autonoom uit te leggen, begrip.³³

Arresten Padawan/SGAE en Amazon/Austro-Mechana

3.3 In de zaak *Padawan* heeft het HvJ EU zich uitgesproken over de toenmalige Spaanse thuiskopieregeling. Het HvJ EU heeft voor recht verklaard:

"2. Artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het tussen de betrokken personen te vinden 'rechtvaardige evenwicht' impliceert 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 privégebruik. Een regeling volgens welke de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze op die grond juridisch of feitelijk ter beschikking van privégebruikers stellen of daarmee ten behoeve van hen reproductiediensten verrichten, de billijke compensatie dienen te financieren, voldoet aan de vereisten van dit 'rechtvaardige evenwicht', aangezien die personen de daadwerkelijke last van die financiering kunnen afwentelen op de privégebruikers.

3. Artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat er een verband moet bestaan tussen de toepassing van de heffing voor de financiering van de billijke compensatie op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie en het vermoedelijke gebruik van deze installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik. Bijgevolg is de ongedifferentieerde toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik, met name op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie die niet ter beschikking van privégebruikers worden gesteld en duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privégebruik, niet in overeenstemming met richtlijn 2001/29."

3.4 Volgens het arrest-*Padawan* moet de 'billijke compensatie' worden beschouwd als een vergoeding voor de schade die de rechthebbende lijdt als gevolg van de thuiskopie-exceptie. De vergoeding moet dan ook worden berekend op basis van dit 'schade-criterium' (rov. 39 - 42). Nu deze schade voor de rechthebbende wordt veroorzaakt door het vervaardigen van kopieën voor privégebruik, is het in beginsel aan degene die de privé-kopieën maakt om de schade te vergoeden door het bekostigen van de 'billijke compensatie' (rov. 44 - 45). Het HvJ EU vervolgt in rov. 46:

"Gelet op de praktische moeilijkheden om de particuliere gebruikers te identificeren en om hen te verplichten om de rechthebbenden te

29 De uitspraak van 27 juni 2013 vormt deels een herhaling van het arrest-*Padawan* en heeft voor het overige betrekking op een andersoortige casus. Zij blijft in deze conclusie verder onbesproken.

30 De uitspraak van 12 november 2015 over de Belgische regeling van het kopiëren van bladmuziek vormt deels een herhaling van de arresten *Padawan*, *VG Wort* en *ACI Adam* en heeft voor het overige betrekking op een andersoortige casus. Zij blijft in deze conclusie verder onbesproken.

31 Zie ook: Alexandre L. Dias Pereira, Levies in EU copyright law: an overview of the CJEU's judgments on the fair compensation of private copying and reprography, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2017/7 (blz. 591-600); W.G.L. During, De billijke compensatie voor privé-kopiëren: een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, *AMI* 2016, blz. 81-92.

32 Vgl. HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11 (*Amazon*), reeds aangehaald, rov. 20; HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12 (*Copydan*), reeds aangehaald, rov. 19. Uit punt 35 van de considerans van de Auteursrechtlijn volgt dat bij het bepalen van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van de billijke compensatie rekening moet worden gehouden "met de bijzondere omstandigheden van elk geval".

33 HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08 (*Padawan*), reeds aangehaald, dictum onder 1 en rov. 29-37.

compenseren voor de schade die zij hen berokkenen, en op het feit dat de schade als gevolg van elk individueel gebruik of zichzelf beschouwd minimaal kan zijn en bijgevolg geen betalingsverplichting in het leven kan roepen, zoals de laatste zin van punt 35 van de considerans van richtlijn 2001/29 aangeeft, staat het de lidstaten evenwel vrij om met het oog op de financiering van de billijke compensatie een 'heffing voor het kopiëren voor privégebruik' in te voeren die niet door de betrokken particulieren dient te worden betaald, maar door de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze daartoe juridisch of feitelijk ter beschikking stellen van particulieren of aan hen reproductiediensten verlenen. In het kader van een dergelijke regeling dienen de personen die over die installaties beschikken de heffing voor het kopiëren voor privégebruik te betalen."

Het Hof erkent dat het voor de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur) mogelijk is, de geheven thuiskopievergoeding door te berekenen aan de privégebruikers, die langs deze weg indirect de 'billijke compensatie' bekostigen. Zie de volgende overwegingen:

"48 (...) Anderzijds staat niets eraan in de weg dat die betalingsplichtigen het bedrag van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik doorberekenen in de prijs van de terbeschikkingstelling van die installaties, apparaten en dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt of in de prijs voor de reproductiedienstverlening. Aldus zal de last van de compensatie uiteindelijk worden gedragen door de privégebruiker die deze prijs betaalt. In die omstandigheden moet de privégebruiker aan wie de installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie ter beschikking worden gesteld of die gebruik maakt van een reproductiedienst worden geacht in feite de 'indirecte betalingsplichtige' van de billijke compensatie te zijn.

49 Gegeven het feit dat dat stelsel het de betalingsplichtigen mogelijk maakt de heffing door te berekenen aan de privégebruikers en dat deze gebruikers dus de last van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik dragen, moet zij dus worden geacht te voldoen aan het vereiste 'rechtvaardige evenwicht' tussen de belangen van de auteurs en die van de gebruikers van beschermd materiaal."

Een regeling voor de financiering van de billijke compensatie voldoet slechts aan de vereisten van het 'rechtvaardig evenwicht' indien de desbetreffende installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties kunnen worden gebruikt voor het kopiëren voor privégebruik en dus nadeel kunnen berokkenen aan de auteur van het

beschermd werk (rov. 52).³⁴ Zoals in het hiervoor aangehaalde dictum (onder 3) tot uitdrukking komt, achtte het HvJ EU het ongedifferentieerd leggen van een thuiskopieheffing op *alle* gegevensdragers of apparaten die voor het maken van reproducties geschikt zijn, ook wanneer deze worden aangeschaft door anderen dan natuurlijke personen voor "duidelijk andere doelen dan kopiëren voor privégebruik", niet toegestaan (rov. 53).

3.5 In het arrest *Stichting De Thuiskopie/Opus*³⁵ worden verscheidene overwegingen uit het arrest-*Padawan* herhaald. In het dictum onder 1 verklaarde het HvJ EU voor recht:

"(...) dat de eindgebruiker die voor privégebruik een reproductie vervaardigt van een beschermd werk, in beginsel moet worden aangemerkt als de schuldenaar van de in voornoemd lid 2, sub b, bedoelde billijke compensatie. Het staat de lidstaten evenwel vrij een vergoeding voor privégebruik in te voeren die dient te worden betaald door de personen die installaties, apparaten of informatiedragers ter beschikking stellen van de eindgebruiker, wanneer die personen beschikken over de mogelijkheid om het bedrag van die vergoeding door te berekenen in de door de eindgebruiker betaalde prijs van die terbeschikkingstelling."

3.6 In het arrest *Amazon/Austro Mechana*,³⁶ waarin de Oostenrijkse thuiskopieregeling ter discussie stond, heeft het HvJ EU het verbod in het dictum onder 3 van het arrest *Padawan* genuanceerd. Het Hof besloot dat een regeling in een lidstaat die voorziet in een ongedifferentieerde heffing in overeenstemming kan zijn met art. 5, lid 2 onder b, van de Auteursrechtlijn, mits die regeling voorziet in een recht op terugbetaling wanneer de apparatuur of gegevensdrager door de uiteindelijke verwerver wordt gebruikt op een wijze die niet onder art. 5, lid 2 onder b, Arl valt. Daarvoor is dan wel vereist:

(i) dat het onmogelijk is, althans op praktische moeilijkheden stuit, om de particuliere eindgebruikers te identificeren en hen te verplichten de houders van het uitsluitende reproductierecht te compenseren (punt 24).

(ii) dat het recht op terugbetaling doeltreffend is en teruggave van de betaalde thuiskopievergoeding niet uiterst moeilijk maakt (punten 30-37).

Arrest Copydan

3.7 Het arrest *Copydan*³⁷ betrof een geschil tussen de Deense incasso-organisatie Copydan

³⁴ Voor het opleggen van een thuiskopieheffing is toereikend dat de apparatuur waarmee of gegevensdrager waarop reproducties kunnen worden gemaakt ter beschikking wordt gesteld aan natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruiker. Niet behoeft te worden aangetoond dat die personen daarmee *daadwerkelijk* thuiskopieën hebben gemaakt. Zie rov. 54-58 van het arrest *Padawan*.

³⁵ HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09, reeds aangehaald.

³⁶ HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, reeds aangehaald.

³⁷ HvJ EU 5 maart 2015, zaak C-463/12, reeds aangehaald.

Båndkopi en anderzijds Nokia Danmark. Laatstgenoemd bedrijf leverde in Denemarken mobiele telefoons aan handelaren, die de telefoons weer doorverkochten aan particulieren en aan andere handelaren. Wie de eindgebruiker zou zijn, was op het tijdstip van de heffing (nog) niet bekend. Twistpunt was de thuiskopievergoeding die Nokia volgens Copydan diende te betalen over de externe geheugenkaarten in de mobiele telefoons. De Deense rechter had, onder meer, een vraag gesteld over de heffing (zie punt 41 van het arrest). Het HvJ EU beantwoordde deze vraag als volgt:

“Artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling die producenten en importeurs die geheugenkaarten voor mobiele telefoons aan handelaren verkopen en ervan op de hoogte zijn dat deze kaarten bestemd zijn om te worden doorverkocht, maar niet weten of de eindverwerwers particulieren of handelaren zijn, verplicht de vergoeding ter financiering van de billijke compensatie uit hoofde van de uitzondering op het reproductierecht voor kopiëren voor privégebruik te betalen, mits

- een dergelijk stelsel gerechtvaardigd wordt door praktische moeilijkheden;
- betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van de betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat zij de geheugenkaarten voor mobiele telefoons hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze installaties, apparaten en dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen, met dien verstande dat deze vrijstelling niet kan worden beperkt tot de levering aan enkel handelaren die zijn geregistreerd bij de organisatie die de vergoedingen beheert;
- dit stelsel voorziet in een recht op terugbetaling van de vergoeding dat doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt, waarbij de vergoeding enkel kan worden terugbetaald aan de eindverwerker van een geheugenkaart die daartoe een verzoek bij de organisatie indient.” (dictum onder 3)

3.8 Aan het dictum gingen overwegingen vooraf, die aanhaken bij de eerdere rechtspraak van het HvJ EU over thuiskopievergoedingsregelingen (punten 42 – 47). Het HvJ EU gaf de volgende aanwijzingen voor het onderzoek door de nationale (Deense) rechter:

“48 In het hoofdgeding is het aan de verwijzende rechter na te gaan, in de eerste plaats, of de invoering van een stelsel voor betaling van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik ter zake van het in het verkeer brengen van geheugenkaarten voor mobiele telefoons gerechtvaardigd wordt door praktische moeilijkheden zoals genoemd in punt 46 van het onderhavige arrest.

49 In dat verband blijkt uit de overwegingen in punt 47 van dit arrest dat het in het ver-

keer brengen van deze kaarten onder meer moet worden vrijgesteld van deze vergoeding indien de betrokken fabrikant of importeur vaststelt dat hij de kaarten heeft geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze installaties, apparaten en dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen.

50 Daarnaast moet worden vastgesteld dat de praktische moeilijkheden die inherent zijn aan de identificatie van de eindgebruikers en het innen van de vergoeding, niet kunnen rechtvaardigen dat de toepassing van een dergelijke vrijstelling wordt beperkt tot enkel de levering van geheugenkaarten voor mobiele telefoons aan handelaren die zijn geregistreerd bij de organisatie die de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik beheert. Een dergelijke beperking schept immers een verschil in behandeling tussen de verschillende groepen marktdeelnemers in die zin dat zij zich met betrekking tot de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik allen in een vergelijkbare situatie bevinden, of zij nu geregistreerd zijn bij deze organisatie of niet.

51 In de tweede plaats dient de verwijzende rechter na te gaan of de reikwijdte, de doeltreffendheid, de beschikbaarheid, de openbaarheid en de eenvoud van toepassing van het recht op terugbetaling eventuele door het stelsel van vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik teweeggebrachte onevenwichtigedheden kunnen compenseren om tegemoet te komen aan de geconstateerde praktische moeilijkheden (zie arrest *Amazon.com International Sales e.a.*, EU:C:2013:515, punt 36).

52 In dat verband moet worden opgemerkt dat het stelsel van vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik dat in het hoofdgeding aan de orde is, de betalingsplichtigen de mogelijkheid biedt het bedrag van de vergoeding via de prijs van mobiele telefoons af te wentelen op de eindgebruiker, die aldus de lasten draagt, zodat het in beginsel in overeenstemming is met het rechtvaardige evenwicht tussen de belangen van auteursrechthebbers en van gebruikers van beschermd materiaal, waarop overweging 31 van richtlijn 2001/29 doelt, dat enkel de eindverwerker van een telefoon terugbetaling van deze vergoeding kan krijgen en dat voorwaarde voor deze terugbetaling is dat een verzoek daartoe wordt ingediend bij de organisatie die de vergoedingen beheert.

53 Voor zover deze mogelijkheid bestaat, is het van weinig belang of fabrikanten of importeurs van de betrokken telefoons, die gehouden zijn de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik te betalen, beschikken over de informatie of de eindverwerwers van de telefoons particulieren of handelaren zijn.”

3.9 Na het arrest *Copydan* heeft het HvJ EU op 9 juli 2016 uitspraak gedaan in de zaak *EGEDA* (C-470/14), waarin de (herziene) Spaanse thuiskopieregeling ter beoordeling voorlag. In dat stelsel wordt

de 'billijke compensatie' voor de rechthebbenden gefinancierd uit de algemene staatsbegroting, met de consequentie dat alle belastingplichtigen daaraan meebetalen. Dat was naar het oordeel van het HvJ EU niet toegestaan, omdat rechtspersonen – waarvoor de thuiskopie-exceptie van art. 5, lid 2 onder b, Arl niet geldt – geen mogelijkheid hadden om te verzoeken om vrijstelling van de thuiskopievergoeding of minstens om terugbetaling ervan. Daardoor kon de Spaanse regeling volgens het HvJ EU niet garanderen dat de kosten van de van de billijke compensatie "uiteindelijk enkel worden gedragen door de gebruikers van de kopieën voor privégebruik" (punten 40 - 41).

Arrest Microsoft Mobile Sales

3.10 In het arrest *Microsoft Mobile Sales*³⁸ stond de Italiaanse thuiskopieregeling centraal. Deze omvatte wel een vrijstellingsmogelijkheid, maar om daarvan gebruik te kunnen maken moesten de betalingsplichtigen eerst een overeenkomst sluiten met SIAE, de Italiaanse organisatie die is belast met het collectief beheer van auteursrechten. De regeling hield in dat slechts een eindgebruiker die géén natuurlijk persoon is, een verzoek tot terugbetaling van de betaalde vergoeding kon indienen. De advocaat-generaal Wahl, reeds aangehaald in alinea 1.8 hiervoor, betoogde in zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest onder meer:

"58. Op het eerste gezicht zou men ten onrechte kunnen denken dat lidstaten vrij zijn om de terugbetaling achteraf te beperken tot eindgebruikers. Het Hof oordeelde in het arrest *Copydan Båndkopi* inderdaad dat artikel 5, lid 2, onder b, van richtlijn 2001/29 niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers om terugbetaling kon worden verzocht. Het Hof formuleerde echter een belangrijk voorbehoud hierop. Het merkte op dat een dergelijk stelsel verenigbaar is met het Unierecht, mits de betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van de betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat de apparaten in kwestie zijn geleverd aan andere dan natuurlijke personen duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik. (...)

59. Anders gezegd is een stelsel van billijke compensatie waarin alleen de eindgebruiker om terugbetaling achteraf kan verzoeken, enkel verenigbaar met artikel 5, lid 2, onder b, van richtlijn 2001/29 voor zover dat stelsel ook een vrijstelling vooraf omvat voor installaties, apparaten en dragers die duidelijk zijn aangeschaft voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik (dat wil zeggen voor beroepsmatig gebruik)."

Het HvJ EU stelde vast dat de Italiaanse regeling geen algemeen toepasselijke regel kent die van de betalingsplicht vrijstelt indien wordt aangetoond dat de afgeleverde apparatuur is aangeschaft door

"andere dan natuurlijke personen voor duidelijk andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik". De omstandigheid dat vrijstelling eerst kan worden verkregen nadat de betalingsplichtige daartoe een (privaatrechtelijke) overeenkomst heeft gesloten met SIAE, kan volgens het HvJ EU tot ongelijke behandeling leiden (rov. 39 - 50). Vervolgens overwoog het HvJ EU:

"52 In dat verband volstaat het om vast te stellen (...) dat het Hof in zijn arrest van 5 maart 2015, *Copydan Båndkopi* (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 55) inderdaad heeft overwogen dat het Unierecht niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers van apparaten of dragers waarvoor de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik geldt, om terugbetaling van deze vergoeding kan worden verzocht, maar het heeft daaraan toegevoegd dat een dergelijk stelsel enkel verenigbaar is met het Unierecht als de betalingsplichtigen, met inachtneming van het Unierecht, van deze vergoeding zijn vrijgesteld als zij aantonen dat zij de apparaten en dragers in kwestie hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen."

3.11 Toespitst op de Italiaanse terugbetalingsregeling vervolgdde het HvJ EU:

"54 Zoals blijkt uit overweging 31 van richtlijn 2001/29 moet voorts een rechtvaardig evenwicht worden gewaarborgd tussen de rechthebbenden en de gebruikers van beschermd materiaal. Volgens de rechtspraak van het Hof moet een stelsel van billijke compensatie derhalve bepaalde mechanismen – met name terugbetalingsmechanismen – omvatten om situaties te corrigeren waarin 'overcompensatie' plaatsvindt ten nadele van deze of gene categorie gebruikers. Overcompensatie zou immers niet stroken met het in die overweging gestelde vereiste (zie naar analogie arrest van 12 november 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, C-572/13, EU:C:2015:750, punten 85 en 86).

55 Omdat het stelsel van billijke compensatie dat in het hoofdgeding aan de orde is, geen afdoende garanties biedt voor vrijstelling van de vergoeding voor producenten en importeurs die aantonen dat de apparaten en dragers zijn aangeschaft voor duidelijk andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik, moet dat stelsel in elk geval een recht op terugbetaling van de vergoeding behelzen dat doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt, zoals in punt 37 van dit arrest is opgemerkt. Het recht op terugbetaling in het stelsel van billijke compensatie dat in het hoofdgeding aan de orde is, kan echter niet als doeltreffend worden beschouwd, aangezien vaststaat dat het niet openstaat voor natuurlijke personen, zelfs niet als zij de apparaten en dra-

³⁸ HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, reeds aangehaald.

gers duidelijk voor andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen.”

Dit bracht het Hof tot het oordeel dat de Italiaanse regeling in strijd is met de Auteursrechtlijn:

“56 Gelet op de bovenstaande overwegingen moet op de vragen worden geantwoord dat het recht van de Unie, met name artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die vrijstelling van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik voor producenten en importeurs van apparaten en dragers die duidelijk bestemd zijn voor een ander gebruik dan het kopiëren voor privégebruik, afhankelijk stelt van het sluiten van overeenkomsten tussen een organisatie die een wettelijk monopolie heeft voor het behartigen van de belangen van de auteurs van werken, enerzijds, en de betalingsplichtigen of hun brancheorganisaties, anderzijds, en die voorts bepaalt dat enkel de eindgebruiker van deze apparaten en dragers kan verzoeken om terugbetaling van een dergelijke vergoeding in geval deze ten onrechte is betaald.” (zie in gelijke zin het dictum).

Analyse van voormelde rechtspraak

3.12 Uit de aangehaalde arresten volgen twee uitgangspunten. Het *eerste uitgangspunt* is dat de natuurlijke persoon die met de aangeschafte apparatuur of gegevensdrager reproducties voor privégebruik kan³⁹ maken zonder toestemming van de rechthebbende (kortom: degene die een beroep kan doen op de thuiskopie-exceptie), ook degene is die uiteindelijk de “billijke compensatie” verschuldigd behoort te zijn. Bij dat uitgangspunt past niet dat de geheven thuiskopievergoeding uiteindelijk ten laste van een ander komt. Dit uitgangspunt staat niet eraan in de weg, dat lidstaten – indien praktische moeilijkheden bij het identificeren van de eindgebruiker dit rechtvaardigen – een stelsel invoeren waarin de betalingsverplichting in eerste instantie wordt gelegd op degene die de voor het maken van reproducties geschikte apparaten of gegevensdragers direct of indirect ter beschikking van de particuliere gebruiker stelt, waarbij hij de door hem afgedragen thuiskopievergoeding kan doorberekenen aan zijn afnemer. Door in de verkoopketen het bedrag van de geheven thuiskopievergoeding telkens mee te rekenen in de koopprijs van de desbetreffende voorwerpen (al dan niet in de vorm van een op de factuur afzonderlijk vermelde opslag), komt de thuiskopievergoeding uiteindelijk toch ten laste van de particuliere eindgebruiker.

³⁹ De loutere omstandigheid dat met deze apparatuur of dragers reproducties kunnen worden gemaakt volstaat om toepassing van de thuiskopievergoeding te rechtvaardigen, mits die apparatuur of dragers aan de natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruikers ter beschikking zijn gesteld (HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, *Padawan*, punt 56; HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, *Amazon*, punt 42).

3.13 Een *tweede uitgangspunt* houdt in dat op grond van art. 5, lid 2 onder b, Arl een ‘rechtvaardig evenwicht’ moet worden gevonden tussen enerzijds de belangen van de rechthebbenden en anderzijds de belangen van de eindgebruiker. De thuiskopievergoeding mag daarom niet minder, maar ook niet méér omvatten dan een vergoeding voor de schade die de rechthebbenden lijden als gevolg van de thuiskopie-exceptie. Indien (door een systeem van ongedifferentieerde heffing of anderszins) teveel of te weinig thuiskopievergoeding is afgedragen, moet het ‘rechtvaardig evenwicht’ worden hersteld. Een nationale thuiskopieregeling kan tot een verstoring van het ‘rechtvaardig evenwicht’ leiden, indien de financiële last van de thuiskopievergoeding blijft drukken op een ander dan de in de Auteursrechtlijn beoogde schuldenaar, te weten de natuurlijke persoon die de geleverde apparatuur of gegevensdrager kan gebruiken voor het maken van reproducties voor privédoeleinden. Dit leid ik af uit het aangehaalde arrest van het HvJ EU inzake EGEDA (samengevat: de thuiskopievergoeding mag niet ten laste komen van alle belastingbetalers). Het kan ook worden afgeleid uit de volgende overweging:

“Zoals blijkt uit overweging 31 van richtlijn 2001/29 moet voorts een rechtvaardig evenwicht worden gewaarborgd tussen de rechthebbenden en de gebruikers van beschermd materiaal. Volgens de rechtspraak van het Hof moet een stelsel van billijke compensatie derhalve bepaalde mechanismen – met name terugbetalingsmechanismen – omvatten om situaties te corrigeren waarin ‘overcompensatie’ plaatsvindt ten nadele van deze of gene categorie gebruikers. Overcompensatie zou immers niet stroken met het in die overweging gestelde vereiste (...).”⁴⁰

3.14 Indien in de fase van de heffing differentiatie plaatsvindt naar de uiteindelijke bestemming van het product (een vrijstelling van de betalingsverplichting *vooraf*), komt de rechter niet toe aan de vraag naar eventuele mogelijkheden tot restitutie: dan kan de fabrikant of importeur immers een beroep op die vrijstelling doen vóórdat hij aan de incasso-organisatie betaalt. Indien in de fase van de heffing sprake is van praktische moeilijkheden bij het identificeren van de uiteindelijke gebruiker van het product, staat de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EU onder bepaalde voorwaarden een nationale regeling toe waarbij de thuiskopievergoeding in eerste instantie ongedifferentieerd wordt geheven bij degene die de voor het maken van reproducties geschikte apparatuur of gegevensdragers levert. ‘Ongedifferentieerd’ wil in dit verband zeggen: ongeacht wie de eindgebruiker zal zijn. De eerste voorwaarde is dat de invoering van dat stelsel wordt gerechtvaardigd door meergenoemde prakti-

⁴⁰ HvJ EU 22 september 2016, C-110/15 (*Microsoft Mobile Sales*), punt 54, reeds aangehaald. Vgl. HvJ EU, 11 juli 2013, C-521/11 (*Amazon*), reeds aangehaald, punt 30.

sche moeilijkheden. Indien zonneklaar is wie de eindgebruiker zal zijn, is aan deze eerste voorwaarde niet voldaan. Een tweede voorwaarde is, kort samengevat, dat de nationale regeling voorziet in een doeltreffende en reëel toegankelijke mogelijkheid om terugbetaling te verkrijgen indien wordt aangegeven dat het gaat om goederen waarover geen thuiskopievergoeding verschuldigd is (omdat de goederen niet worden gebruikt door een natuurlijke persoon voor het maken van reproducties van beschermd werk voor privédoeleinden). In de vakliteratuur is deze voorwaarde ook wel eens aangeduid als een 'weerlegbaar vermoeden' dat de te leveren of geleverde apparatuur of gegevensdrager kan worden gebruikt door een natuurlijke persoon voor het maken van reproducties van beschermd werk voor privédoeleinden.

3.15 In het tussenvonnis van 8 maart 2017, houdende prejudiciële vragen, heeft de rechtbank niets vastgesteld over het bestaan van een vrijstelling. Daarom moet, naar mijn mening, bij de beantwoording van de prejudiciële vragen veronderstellendwijs ervan worden uitgegaan dat in de tijdvakken waarop de vorderingen van Imation betrekking hebben geen vrijstellingsmogelijkheid bestond.⁴¹ In de AMvB's op grond van art. 16c lid 6 Aw worden de heffingsobjecten aangewezen. In de AMvB's die betrekking hebben op de periode vóór 1 januari 2013 heb ik geen vrijstellingsmogelijkheid gevonden voor betalingsplichtigen, noch een recht op teruggaaf voor het geval dat een betalingsplichtige fabrikant of importeur aantoonde dat de door hem geleverde apparaten of gegevensdragers waren bestemd voor gebruik door anderen dan natuurlijke personen die deze apparaten of gegevensdragers kunnen gebruiken voor het maken van reproducties voor privédoeleinden.

3.16 De door het HvJ EU gestelde eis van doeltreffendheid houdt onder meer in dat het recht op vrijstelling niet afhankelijk mag worden gemaakt van het sluiten van een contract met de nationale incasso-organisatie. Van een zodanige afhankelijkheid is in de prejudiciële gestelde vragen geen sprake.

3.17 Bij de toetsing of het nationale stelsel in een lidstaat voorziet in een doeltreffend recht op teruggaaf van de aan de beheersorganisatie afgedragen thuiskopievergoeding in de gevallen waarin deze vergoeding niet verschuldigd is, kan onder meer de vraag aan de orde komen, aan wie het recht op terugbetaling toekomt: aan degene die in het nationale recht is aangewezen als de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur), aan de

professionele eindgebruiker aan wie de heffing via de koopprijs is doorberekend althans kon worden doorberekend, of aan beiden?

3.18 Anders dan Stichting De Thuiskopie en de Staat hebben betoogd, geeft het arrest *Copydan*, zoals ik dit lees, geen uitsluitel op dit punt. Het HvJ EU heeft zich in dat arrest uitgesproken over de Deense thuiskopieregeling. Nu het Deense stelsel voorziet in een vrijstellingsmogelijkheid waarop de betalingsplichtige een beroep kan doen, mag worden volstaan met een nationale regeling op grond waarvan enkel de (professionele) eindgebruiker van de desbetreffende telefoonkaart terugbetaling van de ten onrechte geheven thuiskopievergoeding kan verzoeken aan de incasso-organisatie. Het HvJ EU ziet een rechtvaardiging voor dit laatste in het feit dat de betalingsplichtige in het Deense stelsel steeds de mogelijkheid had, de door hem verschuldigde/betaalde thuiskopievergoeding via de koopprijs af te wentelen op de eindgebruiker. In die situatie wordt het door de Auteursrechtlijn beoogde 'rechtvaardig evenwicht' volgens het HvJ EU niet verstoord.

3.19 Op de weegschaal van het 'rechtvaardig evenwicht' tussen enerzijds de rechthebbenden op een uitsluitend reproductierecht en anderzijds degenen die gebruik mogen maken van de thuiskopie-exceptie, is geen plaats ingeruimd voor degene die in het nationale recht is aangewezen als de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur). Toch kan sprake zijn van een verstoring van bedoeld 'rechtvaardig evenwicht' indien zowel de betalingsplichtige (fabrikant of importeur) als de eindverwerper cumulatief recht op restitutie zouden hebben jegens Stichting De Thuiskopie. Zou twee keer teruggaaf worden bevolen van dezelfde thuiskopievergoeding, dan zou Stichting De Thuiskopie te weinig thuiskopievergoeding hebben ontvangen om aan de rechthebbenden te kunnen uitkeren.

3.20 Omgekeerd wordt het 'rechtvaardig evenwicht' verstoord indien per saldo een te hoog bedrag wordt afgedragen aan de nationale incasso-organisatie. Indien het nationale recht meebrengt dat noch de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur) noch de eindverwerper die kan aantonen dat hij niet behoort tot de categorie van natuurlijke personen die het apparaat of de gegevensdrager mag gebruiken voor het maken van reproducties van beschermd werk voor privédoeleinden, een doeltreffende mogelijkheid heeft om restitutie te verkrijgen van ten onrechte geheven thuiskopievergoeding, zouden de rechthebbenden per saldo teveel ontvangen.

3.21 Economisch beschouwd zou het wellicht voor de hand liggen, in een nationale regeling te bepalen dat, ingeval teveel thuiskopievergoeding is afgedragen als gevolg van het stelsel van ongedifferentieerde heffing, de incasso-organisatie het teveel betaalde restitueert aan de eindverwerper indien en voor zover de thuiskopievergoeding via de koopprijs aan deze is doorberekend en in het andere ge-

⁴¹ Uit het arrest *Microsoft Mobile Sales* (HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, reeds aangehaald, rov. 40 en 47) volgt dat de vrijstelling moet zijn neergelegd in een "algemeen toepasselijke bepaling". Nu de prejudiciële vraag geen betrekking heeft op dit begrip, onthoud ik mij op dit punt van commentaar, behalve dat het HvJ EU het 'algemeen toepasselijk' zijn lijkt te hebben afgezet tegen een vrijstellingsmogelijkheid die slechts is weggelegd voor diegenen die een overeenkomst met de nationale beheersorganisatie hebben gesloten.

val: aan de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur) die de thuiskopievergoeding aan de incasso-organisatie had betaald. Blijkbaar stuit deze oplossing af op het probleem dat de thuiskopievergoeding niet afzonderlijk op de facturen wordt vermeld, maar (als één van de vele componenten die de koopprijs van het apparaat of van de gegevensdrager bepalen) in elke schakel van de verkoopketen onzichtbaar in de koopsom is verwerkt.⁴² Dit biedt voor de betalingsplichtige fabrikant of importeur en voor iedere volgende schakel in de verkoopketen de mogelijkheid door hem betaalde thuiskopievergoedingen om idealistische of commerciële redenen niet geheel door te berekenen aan de afnemer of om deze willekeurig om te slaan over de afnemers van alle producten die hij verkoopt. De ondoorzichtigheid van de wijze waarop een verkoper zijn prijzen bepaalt verklaart volgens mij in belangrijke mate het uiteenlopen van de standpunten, waarbij Imation zich op het standpunt stelt dat zij recht kan doen gelden op restitutie omdat zij degene is die de thuiskopievergoeding had afgedragen, waartegenover Stichting De Thuiskopie en, in haar voetspoor, de Staat van mening zijn dat uitsluitend de eindverwerver recht kan doen gelden op een eventuele restitutie. In de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU lees ik niet een rechtsvermoeden dat een afgedragen thuiskopievergoeding, ook al is deze door de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur) voldaan, (fictief) geacht moet worden te zijn betaald door de eindverwerver omdat de vergoeding kon worden doorberekend door de betalingsplichtige. Mocht bij de Hoge Raad hierover twijfel bestaan, dan is een prejudiciële vraag aan het HvJ EU geboden.

3.22 Het probleem is, zij het in andere bewoordingen, gesignaleerd in de conclusie van de advocaat-generaal Wahl vóór het arrest *Micosoft Mobile Sales*. Hij betoogde:

“61. Zoals hierboven is vastgesteld, geldt er in Italië echter geen algemeen toepasselijke vrijstelling vooraf voor installaties, apparaten en dragers bestemd voor beroepsmatig gebruik. In deze situatie lijkt de compensatieplichtige personen ook om terugbetaling verzoeken de enige manier om iets te bereiken dat een – zij het onbevredigend – evenwicht tussen de betrokken belangen benadert.

62. Zoals de Franse regering heeft opgemerkt, loopt een dergelijke uitbreiding van een stelsel van terugbetaling het risico van overcompensatie in omgekeerde richting: er zou twee keer om terugbetaling kunnen worden verzocht, door degenen die verantwoordelijk zijn voor inning van de heffing en door de eindgebruiker. Wanneer er geen algemeen toepasselijke vrijstelling vooraf bestaat voor installaties, appara-

ten en dragers die zijn aangeschaft voor beroepsmatig gebruik, zie ik echter geen andere manier om de betrokken belangen te verzoenen. Hoe dan ook blijft deze oplossing onbevredigend, omdat de voor de inning verantwoordelijke fabrikanten en importeurs doorgaans niet kunnen weten (of slechts met moeite kunnen achterhalen) wie de eindgebruiker zal zijn.

63. Om even een kleine zijstap te maken: het theoretische uitgangspunt van de rechtspraak van het Hof is dat de voor de inning van de heffing verantwoordelijke personen het bedrag van die heffing verdisconteren in de verkoopprijs van de betrokken apparaten en dragers. Deze vooronderstelling mag met betrekking tot bepaalde soorten installaties, apparaten en dragers terecht zijn, zij gaat niet stelselmatig op. De winstgevendheid van het doorberekenen van een heffing hangt af van verschillende variabelen die op verschillende markten kunnen verschillen. Een belangwekkende studie suggereert dat het mogelijk is om voor de detailverkoop aan consumenten in heel Europa een gemeenschappelijk prijspunt vast te stellen voor verschillende apparaten, ongeacht de heffingsregelingen. De heffing wordt dus niet per definitie doorgegeven, maar wordt in werkelijkheid wellicht geabsorbeerd door de voor betaling van de compensatie verantwoordelijke personen. Gelet hierop zou de beperking van een terugbetalingsstelsel tot eindgebruikers in omstandigheden als de onderhavige (waar geen sprake is van een algemeen toepasselijke vrijstelling vooraf) in feite in meer dan één opzicht een benadeling betekenen van de voor betaling verantwoordelijke personen.”

4 *Bespreking van de prejudiciële vragen*

4.1 Komt, mede gezien het arrest *Copydan*, in het Nederlandse rechtsstelsel een vordering tot restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing alleen toe aan de eindverwerver van de drager en niet aan de betalingsplichtige?

4.2 *Imation* is van mening dat de eerste vraag *ontkenmend* moet worden beantwoord. Zij voert in haar schriftelijke opmerkingen (hierna: s.o.) aan dat de vordering tot restitutie uitsluitend toekomt aan de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur), zijnde degene die de hem in rekening gebrachte thuiskopieheffingen heeft betaald aan Stichting De Thuiskopie. Met het geheel of gedeeltelijk ontvallen van de rechtsgrond aan de betaling komt, op grond van art. 6:203 BW, de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling toe aan degene die feitelijk heeft betaald.⁴³

42 De Auteurswet biedt – helaas, zo voeg ik toe – geen wettelijke grondslag om vermelding van de thuiskopievergoeding op de factuur dwingend voor te schrijven bij AMVB; zie het verslag schriftelijk overleg, *Kamerstukken II 2013/14*, 29838, 69, p. 6.

43 *Imation* gaat tevens in op twee mogelijke tegenargumenten, namelijk 1) dat zij geen schade zou hebben geleden omdat zij de thuiskopieheffing heeft afgewenteld op de eindverwerver (het *passing on-verweer*) en 2) dat zij ongerechtvaardigd zou worden verrijkt indien de restitutievordering zou worden toegewezen. Zie de s.o. zijdens *Imation* onder 6.3 - 6.10.

Ten tweede stelt Imation (s.o. onder 6.11 e.v.) dat er geen grondslag bestaat voor het toekennen van een restitutievordering aan de eindverwerver: de eindverwerver heeft *jegens Stichting De Thuiskopie* naar Nederlands recht geen vordering uit onverschuldigde betaling, noch uit ongerechtvaardigde verrijking.

Ten derde, zo stelt Imation (s.o. onder 6.19 e.v.), volgt uit het arrest *Copydan* niet dat aan een betalingsplichtige (de fabrikant of importeur) géén vordering toekomt tot teruggaaf van door hem te veel betaalde thuiskopievergoedingen. Het HvJ EU heeft in het arrest *Copydan* een Deense nationale regeling toelaatbaar geacht waarin slechts aan de eindverwerver een restitutievordering toekomt. Daarmee is niet gezegd dat in het algemeen een restitutievordering uitsluitend toekomt aan de eindverwerver. Overigens voldeed het Nederlandse thuiskopiestelsel in de relevante periode niet aan alle in het arrest *Copydan* geformuleerde voorwaarden. Ook dat brengt volgens Imation mee dat zij een vordering heeft tot terugbetaling van de aan haar ten onrechte in rekening gebrachte heffing.

Ten vierde voert Imation aan (s.o. onder 6.28 e.v.) dat ook uit het latere arrest *Microsoft Mobile Sales* volgt dat een nationale regeling die uitsluitend aan de eindverwerver een vordering toekent tot restitutie van teveel betaalde thuiskopieheffing slechts toelaatbaar is indien (tevens) een vrijstellingsmogelijkheid voor betalingsplichtigen geldt. Zo'n regeling ontbreekt in het Nederlandse stelsel.

Ten slotte betoogt Imation (s.o. onder 6.31 e.v.) dat ook uit andere bepalingen in de Auteurswet (zoals art. 16c lid 4 over export) volgt dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet luiden.

Met betrekking tot de *tweede prejudiciële vraag* (zie alinea 1.9 hiervoor: is het nodig bij beantwoording van vraag 1 onderscheid te maken tussen grondslag A en de grondslagen B en C van de vordering?) stelt Imation dat voor alle grondslagen geldt dat de betalingsplichtige fabrikant of importeur degene is die de thuiskopievergoedingen heeft betaald en dus (primair) de benadeelde is, ingeval thuiskopievergoeding geheel of gedeeltelijk ten onrechte is geheven.

4.3 *Stichting De Thuiskopie* verlangt een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag. Zij verwijst naar het door haar bij de rechtbank gevoerde verweer (s.o. onder 11). Volgens haar volgt uit de arresten *Padawan* en *Copydan* dat slechts aan de eindverwerver van de desbetreffende gegevensdragers een vordering toekomt tot restitutie indien teveel thuiskopievergoeding is betaald. Zij wil de eerste prejudiciële vraag van de rechtbank aanvullen met de aanname dat de betalingsplichtige (*in casu*: Imation) “in eerste instantie de thuiskopieheffing heeft afgedragen, maar de thuiskopieheffing heeft doorberekend aan de eindverwerver van de drager, en daardoor zelf de financiële last van de thuiskopieheffing niet heeft gedragen” (s.o. onder 22). *Stichting De Thuiskopie* verwijst in dit verband naar

het arrest van het gerechtshof Den Haag van 26 mei 2015 in de incassoprocedure (s.o. 26 – 28). Ook afgezien van het arrest *Copydan*, is volgens *Stichting De Thuiskopie* evident dat een vordering tot restitutie slechts toekomt aan de eindverwerver: deze is immers degene die nadeel heeft ondervonden, aangenomen dat de thuiskopieheffing via de koopprijs aan hem is doorberekend (s.o. 29 – 39).

Volgens *Stichting De Thuiskopie* geldt dit verweer ongeacht de grondslag waarop de vordering tot restitutie of schadevergoeding is gebaseerd. Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag kan volgens haar dan ook ontkennend luiden.

4.4 *De Staat* neemt ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag primair het standpunt in dat een vordering tot restitutie slechts toekomt aan de eindverwerver van de gegevensdragers; niet aan de betalingsplichtige fabrikant of importeur. De Staat voert in dit verband aan dat, ook al staat het niet in de Auteurswet, de Nederlandse thuiskopieregeling is gebaseerd op het uitgangspunt dat de betalingsplichtige (fabrikant of importeur) de door hem aan *Stichting De Thuiskopie* afgedragen thuiskopieheffing steeds doorberekent aan zijn afnemer en uiteindelijk aan de eindverwerver, hetgeen volgens de Staat in de praktijk ook geschiedt. Volgens de Staat is de gedachte achter het Nederlandse systeem dat slechts door middel van doorberekening aan de particuliere eindgebruiker het vereiste “*rechtvaardig evenwicht*” kan worden bereikt (s.o. onder 2.12). Voor zover een betalingsplichtige (fabrikant of importeur) de door hem afgedragen thuiskopieheffing niet doorberekent in de verkoopprijs, komt hem volgens de Staat toch geen vorderingsrecht toe omdat het niet doorberekenen berust op de bewuste eigen keuze van de betalingsplichtige.⁴⁴

4.5 Ik deel niet het standpunt van *Stichting De Thuiskopie* dat uit het arrest *Padawan* of uit het arrest *Copydan* voortvloeit dat *in het algemeen* uitsluitend de eindverwerver van de apparatuur of gegevensdragers een vordering tot restitutie (respectievelijk tot het verkrijgen van een verklaring voor recht of van schadevergoeding) kan instellen, indien achteraf blijkt dat ten onrechte thuiskopievergoeding over de desbetreffende apparatuur of gegevensdragers is geheven. Deze kwestie kwam al aan de orde in de alinea's 3.18 – 3.21 hiervoor.

4.6 Zoals de thuiskopievergoeding telkens wordt doorberekend aan de volgende schakel in de verkoopketen, zo kan zij op dezelfde wijze doch in omgekeerde richting ongedaan worden gemaakt. Stel dat de professionele eindverwerver – als laatste koper in de keten – met succes een vordering tot restitutie van de in de koopsom verdisconteerde thuiskopievergoeding instelt tegen zijn verkoper, deze verkoper vervolgens een vordering tot restitutie instelt tegen zijn voorganger in de keten en zo voort, totdat uiteindelijk de fabrikant of importeur wordt bereikt die de thuiskopievergoeding heeft af-

⁴⁴ De alinea's 4.2 – 4.4 zijn slechts een samenvatting. Voor het overige zij verwezen naar de gedingstukken.

gedragen aan Stichting De Thuiskopie, komt het economisch nadeel weer te liggen bij de partij die oorspronkelijk betalingsplichtig was. Ten minste in die denkbeeldige situatie moet een fabrikant of importeur in staat worden gesteld om restitutie te verkrijgen van Stichting De Thuiskopie. De eerste prejudiciële vraag kan reeds om die reden niet zonder meer bevestigend worden beantwoord.

4.7 Partijen hebben in hun debat kennelijk het oog op gevallen als het onderhavige, waarin niet achteraan in de verkoopketen wordt begonnen met een vordering tot restitutie of vergoeding, maar voraan in de keten, namelijk door de fabrikant of importeur die de hem in rekening gebrachte thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie heeft voldaan. De rechtbank heeft een doorberekeningsverweer (*passing on-verweer*), zoals in deze zaak gevoerd, niet bij voorbaat onmogelijk geacht. Dat oordeel maakt geen deel uit van de vraagstelling van de rechtbank en staat daarom niet ter discussie in deze prejudiciële procedure. De rechtbank heeft het doorberekeningsverweer besproken in rov. 5.51 – 5.68. Zij heeft (onder verwijzing naar HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483)⁴⁵ in rov. 5.53 genoteerd dat een doorberekeningsverweer zowel kan zijn gericht op het begrip ‘schade’, waarin de omvang van de schade wordt bepaald, als op de toerekening van voordeel in de zin van art. 6:100 BW. Voor dit moment is vooral van belang hetgeen de rechtbank overwoog in rov. 5.57:

“Zoals hiervoor is overwogen is terugbetaling van heffing die een lidstaat in strijd met het Unierecht heeft toegepast een algemeen beginsel van Unierecht. Het Unierecht verzet zich niet ertegen dat het nationale recht de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen uitsluit wanneer deze tot een ongegronde verrijking van de rechthebbende zou leiden (zie onder meer HvJ EG in de genoemde zaak Just en HvJ EG 9 november 1983, in zaak 199/82 (San Giorgio) en HvJ EU 14 januari 1997, in zaken C-192-218/95 (Comateb)). Het Unierecht verzet zich daarmee niet tegen het rekening houden met het doorberekenen van de ten onrechte betaalde heffingen bij een vordering tot terugbetaling daarvan. De nationale rechter dient aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te beoordelen of de last is afgewenteld en of een eventuele terugbetaling van de ten onrechte betaalde heffing ongerechtvaardigde verrijking zou opleveren. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat rechtstreekse afwenteling van de teveel betaalde heffing leidt tot een uitzondering op de regel van het recht van terugbetaling daarvan. Voorts geldt dat, indien komt vast te staan dat de teveel betaalde heffing is afgewenteld, dat niet noodzakelijkerwijs betekent dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. Geen ongerechtvaardigde verrijking is bijvoorbeeld aan de

orde indien de doorberekening van de heffingen heeft geleid tot andere schade, bijvoorbeeld vermindering van winst, omzet of marktaandeel.”

4.8 Ik kijk eerst naar de vorderingen onder A: een *ongedifferentieerde* heffing van thuiskopievergoeding op een tijdstip waarop nog niet bekend is of de door Imation geleverde goederen (*in casu*: hoofdzakelijk blanco cd's en dvd's) zijn bestemd voor zakelijk gebruik of zijn bestemd voor gebruik door een natuurlijke persoon die deze goederen mag benutten voor het maken van reproducties van beschermd werk voor privédoeleinden.

4.9 De rechtbank stelt in haar vonnis niet vast dat Imation de haar in rekening gebrachte thuiskopievergoedingen (via de koopprijs) heeft doorberekend aan haar afnemers. Stichting de Thuiskopie had dat weliswaar aangevoerd in eerste aanleg (zie rov. 5.51 Rb), maar de rechtbank is in haar tussenvonnis niet verder gekomen dan een voorlopig en onder veel voorbehoud gegeven oordeel dat “de conclusie gerechtvaardigd is dat het doorberekeningsverweer in enige mate zal slagen”. De rechtbank voegt hieraan toe dat, gezien de gemotiveerde betwisting door Imation, *niet* als vaststaand kan worden aangenomen dat zij de gehele thuiskopievergoeding heeft doorberekend aan haar afnemers (rov. 5.66 Rb). Hoewel de Hoge Raad in prejudiciële zaken enige armslag heeft ten aanzien van de feiten waarop zijn beslissing wordt gebaseerd,⁴⁶ acht ik het om deze reden onjuist om – zoals Stichting De Thuiskopie ingang tracht te doen vinden, doch door Imation wordt bestreden – bij de beantwoording van de prejudiciële vragen als vaststaand aan te nemen dat Imation de haar in rekening doorgebrachte thuiskopievergoedingen heeft doorberekend aan haar afnemers.⁴⁷ Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen moet daarom rekening worden gehouden met verschillende scenario's.

4.10 De gevoerde discussie omvat, naar de kern genomen, vier mogelijke scenario's:

- (i) de betalingsplichtige (in Nederland: de fabrikant of importeur) heeft de hem in rekening gebrachte thuiskopievergoeding geheel doorberekend aan zijn afnemer: hetzij als een afzonderlijk op de factuur vermelde opslag, hetzij verdisconteerd in de koopprijs.
- (ii) de betalingsplichtige heeft om hem move-rende (idealistische of commerciële) redenen de hem in rekening gebrachte thuiskopievergoeding niet doorberekend aan zijn afnemer.
- (iii) de betalingsplichtige heeft om hem move-rende (idealistische of commerciële) redenen de hem in rekening gebrachte thuiskopievergoeding slechts gedeeltelijk doorberekend aan zijn afnemer.

⁴⁶ Zie de bijdrage van M.H. Wissink, Feiten in de prejudiciële procedure, in: G. Knigge e.a. (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal (Folkens-bundel)*, 2016, blz. 375.

⁴⁷ In het meergevoerde arrest van het Gerechtshof Den Haag van 26 mei 2015 in de incassoprocedure (zie alinea 1.4 hier-voor) werd wel als vaststaand aangenomen dat doorberekening aan de eindverwerver had plaatsgevonden.

⁴⁵ Onder meer besproken in T. Hartlief, *Voordeelstoerekening anno 2017, Ars Aequi* 2017, p. 473 - 487.

(iv) in rechte kan niet worden vastgesteld of in de keten van opeenvolgende koopovereenkomsten de aan de betalingsplichtige in rekening gebrachte thuiskopievergoeding geheel, gedeeltelijk of helemaal niet is doorberekend aan de eindafnemer.

4.11 Voorstelbaar is dat een nationale thuiskopieregeling voorziet in een *'action directe'*, waarbij de (professionele) eindverwerver aan wie een – naar achteraf blijkt – ten onrechte geheven thuiskopievergoeding is doorberekend, zich niet tot zijn verkoper behoeft te wenden om restitutie te vorderen, maar rechtstreeks de nationale incasso-organisatie tot restitutie kan aanspreken. Zo'n regeling ontbrak in de relevante periode.⁴⁸ Bij gebreke van zo'n regeling moeten de partijen zich behelpen met klassieke rechtsmiddelen uit het burgerlijk recht, zoals zij in deze zaak hebben gedaan. In dit geding gaat het om een vordering uit onverschuldigde betaling en/of een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.

4.12 In scenario (i) en ook in scenario (iii) voor zover het bedrag van de thuiskopie is doorberekend aan de laatste koper in de keten (de eindverwerver), is de eindverwerver de economisch benadeelde wanneer achteraf blijkt dat de thuiskopievergoeding ten onrechte is geheven. Het Unierecht staat niet eraan in de weg dat de (professionele) eindverwerver de aan hem doorberekende thuiskopievergoeding terugvordert bij de voorgaande schakel in de verkoopketen en deze weer bij diens voorganger en zo voort, totdat de fabrikant of importeur als eerste schakel in de verkoopketen is bereikt, die dan een vordering tot restitutie heeft jegens Stichting De Thuiskopie. Langs die route kan het 'rechtvaardig evenwicht' worden hersteld.

4.13 Bij gebreke van een *'action directe'* als bedoeld in alinea 4.11, kan de (professionele) eindverwerver niet met succes een vordering uit onverschuldigde betaling instellen tegen Stichting De Thuiskopie: hij is immers niet degene die de betaling aan Stichting De Thuiskopie heeft verricht. Zelfs al zou de betalingsplichtige fabrikant of importeur worden beschouwd als een tussenpersoon, die op eigen naam doch voor rekening van de op dat moment nog onbekende eindverwerver van de desbetreffende apparatuur of gegevensdrager de thuiskopievergoeding heeft voldaan aan Stichting De Thuiskopie – een standpunt van feitelijke aard dat door geen der partijen in dit geding is verdedigd –, dan nog zou een vordering uit onverschuldigde betaling toekomen aan die tussenpersoon.⁴⁹

4.14 Een nationale regeling, zoals de Deense, die de (professionele) eindgebruiker rechtstreeks je-

gens de incasso-organisatie aanspraak op restitutie geeft, kan niet worden gebonden aan het vereiste dat die eindgebruiker eerst een overeenkomst met de incasso-organisatie sluit. In Nederland ontbrak in de relevante periode een algemeen geldende regeling die aan de (professionele) eindgebruiker rechtstreeks jegens de incasso-organisatie aanspraak op restitutie gaf, met uitsluiting van degene die de thuiskopievergoeding feitelijk (en, naar achteraf blijkt, onverschuldigd) aan de incasso-organisatie heeft betaald. Bovendien is dat niet voldoende: de aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU eist in die situatie immers ook een vrijstellingsmogelijkheid voor degene die in de nationale regeling als betalingsplichtige is aangewezen (in Nederland dus: een vrijstellingsmogelijkheid voor de fabrikant of importeur). Ook die mogelijkheid ontbrak.

4.15 Een vordering van de eindverwerver rechtstreeks tegen Stichting De Thuiskopie uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking acht ik niet bij voorbaat uitgesloten. Zo'n vordering kan naar mijn mening echter niet worden aangemerkt als een 'doeltreffend' rechtsmiddel: het door de wet vereiste verband tussen de veronderstelde verrijking van Stichting De Thuiskopie en de verarming van de eindverwerver zal doorgaans niet kunnen worden vastgesteld zonder de precieze berekening van de koopprijs door de fabrikant of importeur en alle eventueel tussenliggende schakels in de verkoopketen hierbij te betrekken.

4.16 Gelet op dit alles, past in scenario (i) een ontkenkend antwoord op de prejudiciële vraag 1 beter dan een bevestigend antwoord. Voor scenario (iii) geldt hetzelfde wat betreft het (direct of indirect) aan de afnemer doorberekende gedeelte van de thuiskopievergoeding.

4.17 Voor zover geen doorberekening heeft plaatsgevonden – dus in scenario (ii) en eventueel in scenario (iii) – zie ik geen reden om aan degene die de betaling aan Stichting De Thuiskopie heeft gedaan een recht op teruggaaf te ontzeggen indien de grondslag aan de betaling geheel of gedeeltelijk is komen te ontvallen doordat achteraf blijkt dat ten onrechte thuiskopievergoeding is geheven. Het resultaat mag in ieder geval niet zijn dat noch de betalingsplichtige fabrikant of importeur noch de (professionele) eindverwerver een vordering tegen de incasso-organisatie kan instellen: dat zou het 'rechtvaardig evenwicht' verstoren. Het argument van de Staat dat de betalingsplichtige fabrikant of importeur zelf de keuze maakt om de door hem betaalde thuiskopievergoedingen wel of niet (geheel of gedeeltelijk) door te berekenen aan zijn afnemers, vind ik niet beslissend. Het in de Auteursrechtlijn beoogde 'rechtvaardig evenwicht' wordt daardoor niet verstoord. De omstandigheid dat de betalingsplichtigen de mogelijkheid hebben de door hen betaalde thuiskopievergoeding door te berekenen aan de eindgebruiker kan, volgens het arrest *Copydan*, een rechtvaardiging vormen voor een regeling in het nationale recht die uitsluitend aan de eindverwervers een recht op restitutie jegens

⁴⁸ Naar ik begriip, zou Stichting De Thuiskopie vanaf 1 januari 2013 zelf een mogelijkheid hebben geopend voor professionele gebruikers, mits bij haar geregistreerd, om rechtstreeks bij haar restitutie te verkrijgen indien de thuiskopievergoeding ten onrechte is geheven, maar wat daarvan zij: het speelt geen rol in de onderhavige zaak, die betrekking heeft op vergoedingen die zijn voldaan vóór 1 januari 2013.

⁴⁹ Zie Asser/Hartkamp en Sieburgh, 6-IV, 2015, nr. 435; Asser/Van der Grinten en Kortmann, 2-1, 2004, nr. 139.

de nationale incasso-organisatie toekent. Aangenomen moet worden dat zo'n regeling in het Nederlandse recht ontbrak in het voor de vordering relevante tijdvak. Bovendien zou dan moeten zijn voldaan aan de door het HvJ EU gestelde voorwaarden; deze zijn hiervoor al besproken.

4.18 In scenario (iv) staat in rechte niet vast dat de eindverwerfer heeft te gelden als de benadeelde. Deze situatie moet naar mijn mening worden gelijkgesteld met scenario (ii). Ook in scenario (iv) past dus een ontkennend antwoord.

4.19 De tegenwerping van Stichting De Thuiskopie dat Imation per saldo geen financieel nadeel heeft geleden indien en voor zover zij de door haar afgedragen thuiskopievergoeding via de koopprijs heeft afgewenteld op haar afnemer(s) noopt m.i. niet tot een ander antwoord op de eerste prejudiciële vraag. Imation heeft in deze prejudiciële procedure aangevoerd dat dit verweer niet relevant is, omdat een vordering uit onverschuldigde betaling niet strekt tot vergoeding van geleden nadeel (vermogensschade), maar slechts tot het ongedaan maken van een verrichte prestatie. Voor toewijzing van een vordering uit onverschuldigde betaling is slechts nodig dat onverschuldigd is betaald; niet ook, dat schade is geleden.⁵⁰ Stichting De Thuiskopie heeft hiertegen ingebracht dat *indien* de thuiskopievergoeding door Imation is doorberekend aan haar afnemer(s), de restitutie van dit bedrag aan Imation automatisch zou leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking van Imation.⁵¹ Samengevat in mijn woorden: Stichting De Thuiskopie is beducht dat Imation 'dubbel vangt', indien Imation de door haar betaalde thuiskopievergoeding heeft doorberekend aan haar afnemers en restitutie van diezelfde thuiskopievergoeding vordert van Stichting de Thuiskopie.

4.20 Het veronderstelde automatisme zou naar mijn mening niet leidend moeten zijn bij het beantwoorden van de prejudiciële vraag: in dit stadium van het geding staat niet vast dat Imation de door haar aan de Stichting De Thuiskopie betaalde thuiskopievergoedingen heeft doorberekend aan haar afnemers en, zo ja, in welke mate. Wanneer de vordering van Imation zou worden toegewezen, is er geen garantie dat Imation het terugbetaalde bedrag doorgeeft aan haar afnemers voor zover de thuisvergoeding door Imation aan dezen is doorberekend. Maar omgekeerd: wanneer uitsluitend de (professionele) eindverwerfer jegens Stichting De Thuiskopie gerechtigd is tot restitutie, is er ook geen garantie dat deze het terugbetaalde bedrag doorgeeft aan Imation indien en voor zover Imation de thuisvergoeding *niet* aan de eindverwerfer heeft doorberekend. Het stond de nationale wetgever vrij om een algemene regeling voor restitutie van thuiskopievergoedingen te treffen die voldoet aan de in voor-

melde rechtspraak van het HvJ EU gestelde voorwaarden. Zoals gezegd, ontbrak in Nederland een algemene regeling die de eindverwerfer een vorderingsrecht tot restitutie verschafte met uitsluiting van degene die de betaling had verricht en ontbrak bovendien een vrijstellingsmogelijkheid voor de betalingsplichtige. Daarom vermag ik niet in te zien waarom Imation jegens Stichting De Thuiskopie geen gebruik zou mogen maken van haar eventuele vorderingsrecht uit onverschuldigde betaling of uit ongerechtvaardigde verrijking. Mijn slotsom is dan ook dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

4.21 Met betrekking tot de grondslagen van de vorderingen onder B en C behoeft geen ander antwoord te worden gegeven. Indien thuiskopievergoedingen bij de fabrikanten en importeurs zijn geheven tot een te hoog bedrag omdat bij de vaststelling van het tarief (voor cd's en dvd's) ten onrechte mede is gerekend met een billijke vergoeding voor de rechthebbenden voor reproducties uit illegale bronnen – waarop de thuiskopie-exceptie geen betrekking heeft – en, dientengevolge, naar het Unierecht restitutie moet plaatsvinden (vordering B), doet zich evenzeer de vraag voor, wie jegens Stichting De Thuiskopie tot restitutie gerechtigd is in de scenario's (i – iv). Dezelfde vragen kunnen aan de orde komen indien gedurende een bepaald tijdvak een relatief te hoog bedrag aan thuiskopievergoeding is geheven bij de fabrikanten en importeurs van cd's en dvd's (vordering C). De *tweede* prejudiciële vraag kan daarom eveneens ontkennend worden beantwoord. De standpunten van partijen geven mij geen aanleiding hierop dieper in te gaan. Ten slotte merk ik op dat beide prejudiciële vragen betrekking hebben op de vraag aan wie een eventueel recht op restitutie van afgedragen thuiskopievergoedingen toekomt. Andere mogelijke schade-elementen, zoals gederfde omzet of bijkomende kosten, zijn daarom in deze conclusie onbesproken gelaten.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot ontkennende beantwoording van beide prejudiciële vragen.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instantie*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de tussenvonnissen in de zaak C/09/489719/HA ZA 15-659 van de rechtbank Den Haag van 13 april 2016 en 8 maart 2017.

Het tussenvonnissen van 8 maart 2017 is aan deze beslissing gehecht.

2 *De prejudiciële procedure*

Bij laatstgenoemd tussenvonnissen heeft de rechtbank op de voet van art. 392 Rv de hierna in 3.4.3 te vermelden prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

⁵⁰ S.o. van Imation onder 6.5, onder verwijzing naar de Toelichting Meijers en de MvA (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 803).

⁵¹ S.o. van Stichting De Thuiskopie onder 37; reactie van Stichting De Thuiskopie op s.o. van Imation, onder 12.

Namens Imation, Stichting De Thuiskopie en de Staat zijn schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot ontkennende beantwoording van beide prejudiciële vragen.

De advocaten van Imation en Stichting De Thuiskopie hebben ieder bij brief van 8 september 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) Imation is importeur van (voornamelijk traditionele) blanco gegevensdragers. Zij is gehouden tot afdracht van de in art. 16c Auteurswet (hierna: Aw) bedoelde billijke vergoeding (hierna: thuiskopievergoeding).

(ii) Op grond van art. 16d Aw is Stichting De Thuiskopie belast met de inning en de verdeling van de thuiskopievergoeding.

(iii) Imation en Stichting De Thuiskopie hebben in 1999 een zogenoemd A-contract gesloten over de incasso van de thuiskopievergoeding en de daarmee verband houdende verplichting van Imation tot opgave van de door haar verrichte, voor de heffing van thuiskopievergoeding relevante leveringen van gegevensdragers. Uit hoofde van het A-contract was Imation gehouden maandelijks opgave te doen van de door haar geïmporteerde en geleverde gegevensdragers, en betaalde Imation maandelijks de daarmee corresponderende thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie.

(iv) Stichting De Thuiskopie heeft thuiskopievergoeding geheven over alle door Imation ingevoerde cd's en dvd's.

(v) Vanaf juni 2010 is Imation – aanvankelijk onder verwijzing naar de op 11 mei 2010 genomen conclusie van de Advocaat-Generaal bij het HvJEU in zaak C-467/08 (*Padawan*), en later met een beroep op het in die zaak door het HvJEU gewezen arrest (HvJEU 21 oktober 2010 (C-467/08), ECLI:EU:C:2010:620, NJ 2011/509) – opgehouden met het afdragen van thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie voor blanco gegevensdragers die zij leverde aan bedrijfsmatige afnemers voor zakelijk gebruik – door Imation aangeduid als haar 'commercial channel' – dat zich onderscheidt van Imation's 'consumer channel', waarin zij levert aan bedrijven die op hun beurt de gegevensdragers doorverkopen aan privégebruikers.

(vi) Met ingang van 1 maart 2011 heeft Imation haar afdracht van thuiskopievergoeding aan Stichting De Thuiskopie geheel gestaakt, met een beroep op verrekening hiervan met de volgens Imation te veel betaalde thuiskopievergoeding voor leveringen van gegevensdragers aan het commercial channel in de periode van september 2004 tot en met mei 2010; volgens Imation bedraagt die te veel betaalde thuiskopievergoeding ongeveer € 5.585.800.

De incassoprocedure

3.2.1 Voorafgaand aan de onderhavige procedure heeft Stichting De Thuiskopie een procedure tegen Imation aanhangig gemaakt, waarin zij nakoming van het A-contract heeft gevorderd en voortzetting van de door Imation gestaakte betaling van thuiskopievergoeding. Laatstgenoemde procedure wordt aangeduid als 'de incassoprocedure'.

3.2.2 In de incassoprocedure heeft de rechtbank een tussenvonnissen gewezen (Rb. Den Haag 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1542). Daarin heeft de rechtbank – voor zover hier van belang – onder verwijzing naar het hiervoor in 3.1 onder (v) genoemde *Padawan*-arrest, geoordeeld dat Imation slechts verplicht was thuiskopievergoeding af te dragen voor cd's en dvd's die zij direct of indirect heeft geleverd aan privégebruikers – niet voor de aan professionele gebruikers geleverde cd's en dvd's – en dat Imation gerechtigd is de door haar vanaf 1 juli 2006 onverschuldigd afgedragen thuiskopievergoeding te verrekenen met hetgeen zij verschuldigd is aan Stichting De Thuiskopie. De vordering van Imation ten aanzien van vóór 1 juli 2006 onverschuldigd verrichte betalingen is naar het oordeel van de rechtbank verjaard.

3.2.3 In de incassoprocedure heeft het hof, in het door Stichting De Thuiskopie ingestelde appel tegen dat tussenvonnissen, in zijn tussenarrest (Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3876) het tussenvonnissen deels vernietigd en de zaak in zoverre teruggedewezen naar de rechtbank, en het tussenvonnissen voor het overige bekrachtigd. Het hof oordeelde, kort samengevat, dat het door Stichting De Thuiskopie gehanteerde stelsel voor de berekening van thuiskopievergoeding in strijd is met het bepaalde in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, van 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 (hierna: Auteursrechtlijn) en de art. 16c-16e Aw. Naar het oordeel van het hof kan Imation echter geen aanspraak maken op terugbetaling van de in de periode van september 2004 tot juni 2010 voor haar commercial channel afgedragen thuiskopievergoeding, ook niet door middel van verrekening. Uit het *Copydan*-arrest (HvJEU 5 maart 2015 (C-463/12), ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186) volgt volgens het hof dat enkel de professionele eindgebruiker van de gegevensdrager terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding kan vorderen.

3.2.4 Het hof heeft herhaalde verzoeken van Imation om verlop voor tussentijds cassatieberoep in de incassoprocedure afgewezen. De Hoge Raad heeft Imation niet-ontvankelijk verklaard in haar cassatieberoep van het tussenarrest (HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:725).

3.2.5 De behandeling van de incassoprocedure is door de rechtbank aangehouden in afwachting van de uitkomst van de onderhavige procedure (Rb. Den Haag 5 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7153).

De onderhavige procedure

3.3.1 In de onderhavige procedure spreekt Imation zowel de Staat als Stichting De Thuis kopie aan: eerstgenoemde op grond van onrechtmatige overheidsdaad, laatstgenoemde op grond van onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking. Imation heeft gesteld dat de door Stichting De Thuis kopie aan haar in rekening gebrachte thuis kopievergoeding in drieërlei opzicht in strijd is met de Auteursrecht richtlijn:

(i) de Nederlandse thuis kopieregeling voorziet in een systeem van thuis kopieheffing dat ten onrechte geen onderscheid maakt tussen privé gebruik en professioneel gebruik, zodat een te hoog bedrag aan thuis kopievergoeding bij Imation is geheven (vorderingen onder A);

(ii) de Nederlandse thuis kopieregeling heeft ten onrechte mede betrekking op het kopiëren uit illegale bron (vorderingen onder B); en

(iii) ingevolge de zogenoemde bevroezings-AMvB's (Besluit van 17 februari 2007, *Stb.* 75, Besluit van 5 november 2007, *Stb.* 435, Besluit van 7 november 2008, *Stb.* 468 (hersteld bij Besluit van 4 mei 2009, *Stb.* 206) en Besluit van 16 november 2009, *Stb.* 480) zijn 'nieuwe' (digitale) apparaten en gegevensdragers gedurende een bepaald tijdvak niet belast geweest met thuis kopievergoeding; hierdoor drukte de heffing ten onrechte eenzijdig op (Imation als) de fabrikant/importeur van traditionele gegevensdragers zoals cd's en dvd's (vorderingen onder C).

3.3.2 Imation stelt op deze drie gronden dat zij in bepaalde tijdvakken (vóór 1 januari 2013) aan Stichting De Thuis kopie te hoge bedragen aan thuis kopievergoeding heeft afgedragen over door Imation geleverde blanco cd's en dvd's. Imation heeft onder A, B en C diverse verklaringen voor recht alsmede betaling van bepaalde bedragen gevorderd.

Van Stichting De Thuis kopie verlangt Imation teruggaaf (restitutie) van het totaalbedrag dat zij in haar ogen te veel, dus onverschuldigd, heeft betaald.

Omdat Stichting De Thuis kopie zich op het standpunt stelt dat de betalingen niet onverschuldigd zijn geschied en dat slechts uitvoering is gegeven aan een heffingsregeling waarvan de inhoud (met name: het tarief) niet door haarzelf is bepaald, heeft Imation ook de Staat in rechte aangesproken. Van de Staat vordert Imation, kort gezegd, vergoeding van de door haar ondervonden schade als gevolg van de inning van thuis kopievergoeding bij Imation in strijd met regels van Unierecht.

3.4.1 In haar tweede tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat het meest verstrekkende verweer van Stichting De Thuis kopie en de Staat tegen de vorderingen van Imation het zogenoemde *Copydan*-verweer is, welk verweer inhoudt dat een eventuele vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuis kopievergoeding niet aan betalingsplichtigen zoals Imation toekomt, maar alleen aan eindgebruikers, omdat Imation in het Nederlandse stelsel de mogelijkheid heeft – en die mogelijkheid ook heeft benut – om het bedrag van

de thuis kopievergoeding langs de weg van doorberekening in de prijs van de gegevensdragers af te wentelen op de eindgebruikers. Stichting De Thuis kopie en de Staat hebben in dit verband erop gewezen dat het hof in zijn (hiervoor in 3.2.3 genoemde) tussenarrest in de incassoprocedure dit *Copydan*-verweer gegrond heeft bevonden. (rov. 5.8)

3.4.2 Vervolgens heeft de rechtbank in haar tweede tussenvonnis onderzocht in hoeverre de vorderingen A, B en C afstuiten op een van de overige verweren van Stichting De Thuis kopie en de Staat.

De rechtbank heeft eerst het beroep op verjaring van de vorderingen A, B en C behandeld (rov. 5.14-5.25), en geoordeeld dat het verjaringsverweer van de Staat gedeeltelijk slaagt (rov. 5.21), en dat ook het verjaringsverweer van Stichting De Thuis kopie gedeeltelijk gegrond is (rov. 5.23-5.24). De overige geschilpunten die verband houden met het verjaringsverweer, heeft de rechtbank onbesproken gelaten, op de grond dat geen van deze geschilpunten tot de conclusie zal leiden dat het verjaringsverweer geheel opgaat (rov. 5.25).

Naar aanleiding van de vraag of de Staat aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad voor zover de AMvB's leiden tot heffing van thuis kopievergoeding voor kopiëren uit illegale bron, heeft de rechtbank geoordeeld dat de bedragen in de AMvB's in strijd met de Auteursrecht richtlijn zijn vastgesteld (rov. 5.34). Voorts heeft de rechtbank als vaststaand aangenomen dat de thuis kopievergoeding die Imation op grond van de bevroezings-AMvB's heeft betaald, te hoog was (rov. 5.41).

De rechtbank volgt Stichting De Thuis kopie niet in haar betoog dat zij niet is gehouden tot terugbetaling van te veel betaalde thuis kopievergoeding, omdat onduidelijk is welk bedrag daarmee is gemoeid, dan wel dat de door Imation gedane betaling niet zonder rechtsgrond heeft plaatsgevonden (rov. 5.44-5.49). Naar het oordeel van de rechtbank heeft Imation een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op Stichting De Thuis kopie voor de in strijd met het Unierecht in de AMvB's te hoog vastgestelde thuis kopievergoeding (rov. 5.50).

Ten slotte heeft de rechtbank zich gebogen over het door Stichting De Thuis kopie en de Staat gevoerde doorberekeningsverweer ('passing on'), inhoudende dat Imation geen schade heeft geleden doordat zij de thuis kopievergoeding heeft doorberekend aan de eindafnemers, en terugbetaling van te veel betaalde thuis kopievergoeding uit hoofde van onverschuldigde betaling leidt tot ongerechtvaardigde verrijking van Imation (rov. 5.51-5.67). Naar het oordeel van de rechtbank is de conclusie gerechtvaardigd dat dit verweer in enige mate zal slagen (rov. 5.66). Voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre het doorberekeningsverweer zal slagen, is nader onderzoek nodig, dat de rechtbank om proceseconomische redenen achterwege heeft gelaten (rov. 5.67).

De andere geschilpunten, die niet leiden tot een andere conclusie, heeft de rechtbank, ook om proceseconomische redenen, nog onbesproken gelaten (rov. 5.68).

3.4.3 Ten slotte heeft de rechtbank in haar tweede tussenvonnis de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

“1. Komt, mede gezien het Copydan-arrest, in het Nederlandse rechtstelsel een vordering tot restitutie van te veel betaalde thuiskopieheffing alleen toe aan de eindverwerver van de drager en niet aan de betalingsplichtige?”

2. Dient bij de beantwoording van die vraag onderscheid te worden gemaakt tussen vorderingen gebaseerd op de grondslag dat er thuiskopieheffing is voldaan over dragers bestemd voor professioneel gebruik en vorderingen gebaseerd op andere grondslagen?”

De rechtspraak van het HvJEU

3.5.1 In zijn (hiervoor in 3.2.3 genoemde) arrest in de zaak *Copydan Båndkopi* heeft het HvJEU geoordeeld over de verenigbaarheid van het Deense stelsel van thuiskopievergoeding met het Unierecht, met name de Auteursrechtlijn. In dat verband heeft het HvJEU, voor zover hier relevant, als volgt beslist (zie dictum onder 3):

“Artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling die producenten en importeurs die geheugenkaarten voor mobiele telefoons aan handelaren verkopen en ervan op de hoogte zijn dat deze kaarten bestemd zijn om te worden doorverkocht, maar niet weten of de eindverwerwers particulieren of handelaren zijn, verplicht de vergoeding ter financiering van de billijke compensatie uit hoofde van de uitzondering op het reproductierecht voor kopieën voor privégebruik te betalen, mits

- een dergelijk stelsel gerechtvaardigd wordt door praktische moeilijkheden;
- betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van de betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat zij de geheugenkaarten voor mobiele telefoons hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze installaties, apparaten en dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen, met dien verstande dat deze vrijstelling niet kan worden beperkt tot de levering aan enkel handelaren die zijn geregistreerd bij de organisatie die de vergoedingen beheert;

- dit stelsel voorziet in een recht op terugbetaling van de vergoeding dat doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt, waarbij de vergoeding enkel kan worden terugbetaald aan de eindverwerver van een geheugenkaart die daartoe een verzoek bij de organisatie indient.”

3.5.2 In zijn arrest in de zaak *Microsoft Mobile Sales* (HvJEU 22 september 2016 (C-110/15), ECLI:EU:C:2016:717) heeft het HvJEU geoordeeld

over de verenigbaarheid van het Italiaanse stelsel van thuiskopievergoeding met het Unierecht, in het bijzonder de Auteursrechtlijn. In dat verband heeft het HvJEU, voor zover hier relevant, als volgt overwogen:

“52 In dat verband volstaat het om vast te stellen (...) dat het Hof in zijn arrest van 5 maart 2015, *Copydan Båndkopi* (...) inderdaad heeft overwogen dat het Unierecht niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers van apparaten of dragers waarvoor de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik geldt, om terugbetaling van deze vergoeding kan worden verzocht, maar het heeft daaraan toegevoegd dat een dergelijk stelsel enkel verenigbaar is met het Unierecht als de betalingsplichtigen, met inachtneming van het Unierecht, van deze vergoeding zijn vrijgesteld als zij aantonen dat zij de apparaten en dragers in kwestie hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen.”

3.5.3 Uit de hiervoor in 3.5.1 aangehaalde passage moet worden afgeleid dat het Unierecht toelaat dat een lidstaat een stelsel van thuiskopievergoeding hanteert waarbij op producenten en importeurs van gegevensdragers de verplichting rust om de vergoeding te betalen die dient ter financiering van de billijke compensatie die toekomt aan de rechthebbenden uit hoofde van de uitzondering op het reproductierecht voor kopieën voor privégebruik, mits dit stelsel voldoet aan de in het arrest in de zaak *Copydan Båndkopi* geformuleerde voorwaarden. Uit de hiervoor in 3.5.2 aangehaalde passage moet worden afgeleid dat een in een lidstaat vigerend stelsel van thuiskopievergoeding dat voorziet in een recht op terugbetaling dat uitsluitend toekomt aan de eindgebruiker van de gegevensdrager, slechts in overeenstemming is met het Unierecht indien dat stelsel tevens voorziet in een vrijstelling voor betalingsplichtigen van hun betalingsverplichting voor zover zij aantonen dat zij de gegevensdragers leveren aan anderen dan particuliere eindgebruikers.

3.5.4 Deze uitleg van het Unierecht, met name de Auteursrechtlijn, door het HvJEU stelt de Hoge Raad in staat de aan hem voorgelegde prejudiciële vragen te beantwoorden. Er is geen grond voor het stellen van nadere prejudiciële vragen aan het HvJEU.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.6.1 In het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding is niet voorzien in een vrijstelling van de heffing van thuiskopievergoeding voor betalingsplichtigen die kunnen aantonen dat zij de gegevensdragers leveren aan anderen dan particuliere eindgebruikers, zoals hiervoor in 3.5.1-3.5.3 bedoeld. Evenmin voorziet dit stelsel in een recht op terugbetaling van ten onrechte of te veel betaalde

thuiskopievergoeding dat uitsluitend toekomt aan de eindgebruiker van de gegevensdrager, zoals hiervoor in 3.5.1-3.5.3 bedoeld.

Bij die stand van zaken is er geen grond om het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding aldus uit te leggen dat de vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding (art. 6:203 BW) slechts kan worden ingesteld door de eindgebruiker, met uitsluiting van de betalingsplichtige. Nu de betalingsplichtige in het Nederlandse stelsel geen beroep kan doen op een vrijstelling van de heffing van thuiskopievergoeding voor zover hij aantoonde dat hij de gegevensdragers levert aan anderen dan particuliere eindgebruikers, dient (ook) hem het recht toe te komen om een vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding in te stellen. Een andere uitleg van het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding zou onverenigbaar zijn met het Unierecht, in het bijzonder de Auteursrechtlijn, waaruit voortvloeit dat een uitsluitend recht op terugbetaling voor de eindgebruiker slechts toelaatbaar is indien tevens is voorzien in een vrijstelling van de heffing van thuiskopievergoeding voor de betalingsplichtige, als omschreven hiervoor in 3.5.3 (slot).

3.6.2 Aan de vorderingsgerechtigheid van de betalingsplichtige doet niet af dat hij in het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding de mogelijkheid heeft – ongeacht of hij die mogelijkheid (geheel of gedeeltelijk) benut – om door hem betaalde thuiskopievergoeding door te berekenen in de prijs van de gegevensdrager, in welk geval die thuiskopievergoeding niet ten laste van de betalingsplichtige blijft, maar ten laste van de eindgebruiker van de gegevensdrager komt. Weliswaar kan deze mogelijkheid ertoe leiden dat de betalingsplichtige geen schade lijdt en dat hij, bij toewijzing van zijn vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding, wordt verrijkt, maar een en ander staat niet in de weg aan de toewijsbaarheid van de op onverschuldigde betaling berustende vordering van de betalingsplichtige. Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis van afdeling 6.4.2 (art. 6:203-211) BW (vgl. T.M. en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 803) is de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling geen rechtsvordering tot vergoeding van schade, en is in dat verband de vraag in hoeverre degene die de prestatie zonder rechtsgrond heeft verricht en degene die haar heeft ontvangen, zijn verarmd of verrijkt, in beginsel zonder belang.

3.6.3 Op grond van het vorenstaande dient de eerste prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord, dat in het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding (ook) de betalingsplichtige het recht toekomt om een vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopieheffing in te stellen.

3.6.4 Er is geen grond om bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag onderscheid te maken tussen de grondslagen waarop de vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding berust. In het Nederlandse stelsel van thuis-

kopievergoeding kan de betalingsplichtige een vordering instellen tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopievergoeding, ongeacht of die vordering berust op (i) de grondslag dat ten onrechte thuiskopievergoeding is voldaan over gegevensdragers die bestemd waren voor professioneel gebruik, (ii) de grondslag dat ten onrechte thuiskopievergoeding is voldaan voor het kopiëren uit illegale bron, dan wel (iii) de grondslag dat de thuiskopievergoeding gedurende een bepaald tijdvak ten onrechte eenzijdig drukte op traditionele gegevensdragers, zoals cd's en dvd's, en niet op 'nieuwe' digitale apparaten en gegevensdragers.

3.6.5 Op grond van het vorenstaande dient de tweede prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord dat in het Nederlandse stelsel van thuiskopievergoeding (ook) de betalingsplichtige het recht toekomt om een vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopieheffing in te stellen, ongeacht op welke grondslag die vordering berust.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor in 3.6.3 en 3.6.5 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv

- aan de zijde van Imation op € 1.800,
- aan de zijde van Stichting De Thuiskopie op € 1.800, en
- aan de zijde van de Staat op € 1.800.

Noot

1. Dit is de eerste prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in een auteursrechtzaak. Sinds 2012 kan de rechter op grond van art. 392 lid 1 Rv een rechtsvraag stellen aan de Hoge Raad indien het antwoord van belang is voor, kort gezegd, een veelheid van gelijksoortige bestaande of toekomstige vorderingen. Dat het na de invoering van de Wet prejudiciële vragen (*Stb.* 2012, 65) zo lang geduurd heeft, houdt verband met de vergaande Europese harmonisatie van het auteursrecht. Veel (maar nog niet alle) moeilijke vragen in het auteursrecht betreffen de uitleg van autonome unierechtelijke begrippen, waarop uiteindelijk niet de HR maar het HvJ EU antwoorden zal moeten geven. Ook de vragen in deze zaak handelen over geharmoniseerde materie: de zogeheten thuiskopievergoeding. Dat door partijen is aangestuurd op vragen aan de Hoge Raad, heeft waarschijnlijk proceseconomische redenen.

2. Op grond van art. 16 c lid 1 van de Auteurswet is voor het privé-kopiëren op 'een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven' een 'billijke vergoeding' verschuldigd 'ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden'. Deze vergoedingsplicht rust op 'de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid' (lid 2). Ooit begonnen als een 'bandenheffing' op blanco

audiocassettes en videobanden geldt de thuiskopie-vergoeding tegenwoordig voor een breed scala van 'voorwerpen' waarop privé-kopieën kunnen worden vastgelegd. Daarbij is de heffing gaandeweg verlegd van blanco dragers, die in de praktijk nauwelijks meer worden verkocht, naar apparaten die met digitale geheugens zijn uitgerust, zoals laptops, pc's, tablets en mobiele telefoons.

3. Eiser in deze zaak Imation Europe BV was ten tijde van de procedure een vooraanstaand importeur van blanco cd's en dvd's. Uit dien hoofde betaalde Imation jaarlijks forse bedragen aan de eerste gedaagde, Stichting De Thuiskopie, de organisatie die krachtens de wet is aangewezen om thuiskopie-vergoedingen namens de rechthebbenden te innen (art. 16d Auteurswet).

4. Sedert de invoering van Richtlijn 2001/29/EG (de Auteursrechtlijn) valt de thuiskopievergoeding onder de vigeur van het unierecht (art. 5 lid 2(b) Richtlijn). De reikwijdte van de vergoedingsplicht is in de afgelopen jaren onderwerp geweest van een veelheid van prejudiciële beslissingen van het HvJ EU (zie noot P.B. Hugenholtz onder NJ 2016/186). Hoewel deze jurisprudentie niet altijd gemakkelijk te duiden is, kon hieruit worden opgemaakt dat het (oude) heffingstelsel in Nederland in twee opzichten niet strookte met het unierecht.

5. In de eerste plaats maakte het Nederlands stelsel geen onderscheid tussen blanco cd's en dvd's die gebruikt werden voor het maken van privé-kopieën en dragers die bestemd waren voor professioneel gebruik. (Denk aan het gebruik van cd's door softwareproducenten.) Uit het *Padawan*-arrest (HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2011/510) kon worden afgeleid dat een ongedifferentieerde vergoedingsregeling in strijd is met het unierecht. Volgens het HvJ EU moet er een 'noodzakelijk verband' bestaan tussen de heffing en het gebruik van apparatuur en dragers voor het maken van privé-kopieën (*Padawan*, r.o. 52). Immers, het doel van de heffing is het compenseren van nadeel ten gevolge van het privé-kopieën. Niet toegestaan is daarom een heffing op apparaten en dragers die 'duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopieëren voor privégebruik', aldus het Hof. Hoewel het *Padawan*-arrest betrekking had op de Spaanse situatie, kon uit het arrest worden opgemaakt dat ook het Nederlandse stelsel, dat destijds (nog) niet voorzag in een vrijstellings- of restitutieregeling met betrekking tot blanco cd's en dvd's voor professioneel gebruik, niet aan de eisen van het unierecht voldeed.

6. Enkele jaren later bleek het Nederlandse stelsel op nog een ander punt in strijd te zijn met het unierecht. In een door Nederlandse importeurs van blanco dragers (waaronder Imation) tegen De Thuiskopie aangespannen zaak kwam het Europese Hof tot het oordeel dat geen heffingen mochten worden berekend over downloads uit illegale bron (zoals *The Pirate Bay*). HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12, NJ 2016/185 (*ACI Adam e.a./ Stichting De Thuiskopie en SONT*), m.nt. P.B. Hugenholtz onder

NJ 2016/186. Dergelijke downloads zijn volgens het Hof niet aan te merken als privé-kopieën die uit hoofde van art. 5 lid 2(b) Richtlijn geoorloofd zijn, en mogen daarom niet worden meegeteld bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. De thuiskopievergoeding is immers niet bedoeld ter compensatie van auteursrechtinbreuk.

7. Ergo, Imation had gedurende lange tijd te veel heffingen afgedragen aan De Thuiskopie. In de onderhavige procedure eist Imation restitutie van de ten onrechte betaalde vergoedingen, op grond van onverschuldigde betaling (De Thuiskopie) resp. onrechtmatige overheidsdaad (de Staat). De Thuiskopie en de Staat verweren zich met het argument dat Imation in het geheel geen schade heeft geleden. Immers, de kosten van de heffing worden door de vergoedingsplichtige importeurs doorgaans doorberekend aan de consument. Sterker, in het *Padawan*-arrest had het Europese Hof juist vooropgesteld dat de verplichting om het door het privé-kopieën veroorzaakte nadeel te compenseren in beginsel rust op de personen die voor eigen gebruik kopiëren (*Padawan*, r.o. 45). En uit het latere *Copydan*-arrest kon met enige goede wil worden afgeleid dat een vordering tot restitutie van te veel betaalde thuiskopievergoeding enkel toekomt aan de eindgebruikers, en niet aan de betalingsplichtige importeurs, zoals Imation. HvJ EU 5 maart 2015, zaak C-463/12 (*Copydan*), NJ 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz. Door het terugvorderen van te veel betaalde thuiskopievergoedingen zou Imation zich dus ongerechtvaardigd verrijken.

8. De Haagse rechtbank besluit tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. In zijn lezenswaardige conclusie vat plv. P-G Langemeijer de uitvoerige en ingewikkelde jurisprudentie van het HvJ EU over de thuiskopievergoeding mooi samen. Hij constateert onder meer dat het *Copydan*-arrest waarop verweerders zich beroepen door een later arrest van het Europese Hof gerelativeerd is (HvJ EU 22 september 2016, zaak C-110/15, *RvdW 2016/1124 (Microsoft Mobile Sales)*), en concludeert dat het unierecht aan de restitutievordering van Imation niet in de weg staat. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan.

9. Wat resteert is een eenvoudige kwestie van Nederlands verbintenissenrecht. Een vordering tot restitutie van onverschuldigde betaling betreft slechts het ongedaan maken van de prestatie, en vooronderstelt geen schade aan de zijde van de gedaagde, zo leert de geschiedenis van afdeling 6.4.2 (art. 6:203-211) BW. Of en in hoeverre Imation ongerechtvaardigd is verrijkt, is voor het succes van de restitutievordering dus zonder belang (plv. P-G par. 4.19; HR r.o. 3.6.2).

10. Inmiddels zijn de gesignaleerde gebreken van de Nederlandse thuiskopieregeling gerepareerd. Het huidige stelsel staat nu toe om heffingsvrij te leveren aan professionele gebruikers. Tevens is voorzien in een restitutieregeling ten behoeve van professionele gebruikers van dragers en apparaten

waarover wel geheven is. Zie <https://www.thuisakopie.nl/restitutievrijstelling-en-restitutie>.

Het arrest is tevens besproken door J.H. Spauwen in *AMI* 2017, p. 210-212.

P.B. Hugenholtz

NJ 2019/183

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

8 juni 2018, nr. 17/01875

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff; A-G mr. M.H. Wissink) m.nt. E.W.J. de Groot

Art. 6:248, 7:313, 7:397 BW

RvdW 2018/693

NJB 2018/1198

ECLI:NL:HR:2018:874

ECLI:NL:PHR:2018:259

Pachtrecht; hoevepacht volgens art. 7:313 lid 3 BW; complex van land en gebouwen; tegenprestatie voor gebruik en agrarische bestemming van gebouwen. Land en gebouwen in gebruik gegeven aan verschillende partijen. Maatstaf van HR 11 februari 2011, NJ 2012/73 (Timeshare).

De bepalingen omtrent verpachting van hoeven zijn van toepassing indien tussen dezelfde partijen bij één overeenkomst los land en bij een andere overeenkomst een of meer (gedeelten van) gebouwen zijn verpacht (art. 7:313 lid 3 BW). Dan is op beide overeenkomsten de wettelijke duur van twaalf jaren voor hoeven van toepassing (art. 7:325 lid 1 BW) en valt een pachtovereenkomst met betrekking tot los land niet langer onder het regime van 'geliberaliseerde pacht' (art. 7:397 BW).

Art. 7:313 lid 3 BW is alleen van toepassing indien het samenstel van grond en gebouwen daadwerkelijk als een hoeve (complex) als bedoeld in art. 7:313 lid 1 BW moet worden aangemerkt. In casu is in de pacht prijs voor het los land een tegenprestatie voor het gebruik van de gebouwen verdisconteerd en voldoet de overeenkomst ten aanzien van de gebouwen ook voor het overige aan de kenmerken van art. 7:311 BW. Het oordeel dat art. 7:313 lid 3 BW van toepassing is, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van het geschilpunt dat daaraan ten grondslag lag – de vraag naar toepasselijkheid van art. 7:313 lid 3 BW op beide overeenkomsten – en de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden die er onder meer op neerkomen dat beide partijen de overeenkomsten in wezen beschouwden als tussen dezelfde partijen aangegaan. Er blijft sprake van twee afzonderlijke pachtovereenkomsten.

De maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW noopt tot terughoudende toepassing, temeer bij een dwingend-

rechtelijke bepaling als art. 7:313 lid 3 BW, gelet op het daarmee te beschermen belang.

1. Bureau Beheer Landbouwgronden, te Utrecht,
2. Provincie Limburg, te Maastricht,
eiseressen tot cassatie, adv.: mr. M.E.M.G. Peletier,
tegen

1. [verweerster 1],

2. [verweerster 2],

verweersters in cassatie, adv.: mr. J.A.M.A. Sluysmans.

Hof:

4 De beoordeling van de grieven en de vordering

4.1 Naar het hof begrijpt heeft [betrokkene 1] de provincie zekerheidshalve en na overleg met BBL en de provincie in het geding betrokken omdat overdracht van de gronden van BBL aan de provincie in het verschiet lag. Desgevraagd heeft de provincie ter zitting van 10 januari 2017 medegedeeld dat die overdracht niet ophanden is. In zoverre heeft [betrokkene 1] geen belang bij de beoordeling van haar grieven en haar vorderingen jegens de provincie.

4.2 De vraag ligt voor of het samenstel van overeenkomsten kwalificeert als hoevepacht. Artikel 7:313 lid 3 BW bepaalt: "Indien echter tussen dezelfde partijen bij een overeenkomst los land en bij een andere overeenkomst een of meer gebouwen of gedeelten daarvan zijn verpacht, worden de bepalingen omtrent verpachting van hoeven op beide overeenkomsten van toepassing met ingang van het tijdstip waarop de laatste van beide overeenkomsten is gesloten." Wil sprake zijn van hoevepacht in voormelde zin dan dient aannemelijk te zijn dat er een complex van tenminste een gedeelte van een gebouw en het daarbij behorende land bestaat en dat er een tegenprestatie voor zowel het gebruik van het land als de gebouwen is overeengekomen.

4.3 Op basis van de geliberaliseerde pachtovereenkomsten met BBL beschikte [verweerster 1] over ruim 200 ha grond ten dienste van het landbouwbedrijf van [betrokkene 1], dat circa 50% van de grond aanwendde voor laagrenderende en circa 50% voor hoogrenderende gewassen. De bedrijfsgebouwen van [betrokkene 1] liggen in de nabijheid van de gepachte percelen. De door BBL in gebruik gegeven bedrijfsgebouwen liggen centraal op de gepachte gronden. Bedrijfsgebouwen en grond zijn als een geheel te exploiteren en zijn ook voor landbouwkundige exploitatie door BBL ter beschikking van [betrokkene 1] gesteld. Het hof wijst voor zoveel nodig op artikel 7 van de bruikleenovereenkomsten waarin staat dat het de bruiklener uitsluitend is toegestaan de bedrijfsruimtes te gebruiken in het kader van agrarische bedrijfsvoering.

4.4 [betrokkene 1] gebruikt de zogenoemde Jacobsschuur ten behoeve van opslag van door haar geteelde landbouwproducten. Ook gebruikt zij de mestsilo. De Jacobsschuur heeft een capaciteit van