

# ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9880

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	27-03-2012
Datum publicatie	27-03-2012
Zaaknummer	200.074.515/01
Formele relaties	Cassatie: <a href="#">ECLI:NL:HR:2014:523</a>
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Uitvoerend kunstenaars hebben recht op een billijke vergoeding voor die apparaten waarmee voor een meer dan verwaarloosbaar gedeelte thuiskopieën worden gemaakt. Zolang de Staat de regelgeving niet aanpast, dient hij de schade die de kunstenaars daardoor lijden te vergoeden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.074.515/01

Zaak-/Rolnummer rechtbank : 313094/ HA ZA 08-1916

arrest van 27 maart 2012

inzake

1. STICHTING NABURIGE RECHTENORGANISATIE VOOR MUSICI EN ACTEURS NORMA,  
gevestigd te Amsterdam,  
hierna te noemen: Norma,

2. [Naam],  
wonende te [Woonplaats],  
hierna te noemen: [appellant sub 2],

3. [Naam],

wonende te [Woonplaats],  
hierna te noemen: [appellant sub 3],

4. [Naam],  
wonende te [Woonplaats],  
hierna te noemen: [appellant sub 4],

5. [Naam],  
wonende te [Woonplaats],  
hierna te noemen: [appellant sub 5],

6. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid NEDERLANDSE TOONKUNSTENAARSBOND,  
gevestigd te Amsterdam,  
hierna te noemen: Toonkunstenaarsbond,

7. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid FNV KUNSTEN INFORMATIE EN MEDIA,  
gevestigd te Amsterdam,  
hierna te noemen: FNV,

appellanten,  
hierna gezamenlijk ook wel te noemen: Norma c.s.,  
advocaat: mr. W.P. den Hertog te 's-Gravenhage,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Veiligheid en Justitie),  
zetelend te 's-Gravenhage,  
hierna te noemen: de Staat,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. E.J. Daalder te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij exploit van 22 september 2010 hebben Norma c.s. hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 23 juni 2010, gewezen tussen partijen. Bij memorie van grieven (met producties) hebben Norma c.s. tegen het bestreden vonnis vijftien grieven aangevoerd en hun eis vermeerderd. De Staat heeft de grieven bij memorie van antwoord (met producties) bestreden. Op 30 januari 2012 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten, Norma c.s. door mr. Chr. A. Alberdingk Thijm en de Staat door zijn advocaat, beiden aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Norma c.s. hebben bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht. Ten slotte

hebben partijen stukken gefourneerd en arrest gevraagd.

## Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Aangezien geen grieven zijn gericht tegen de feiten die de rechtbank onder 2.1 tot en met 2.13 van haar bestreden vonnis heeft vastgesteld, zal het hof ook van deze feiten uitgaan.

1.2 Het gaat in deze zaak om naburige rechten in de zin van de Wet op de naburige rechten (WNR). Op grond van art. 10 sub e WNR jº art. 16c lid 2 tot en met 7 Auteurswet (Aw) wordt het reproduceren van een op grond van de WNR beschermd werk niet als een inbreuk beschouwd, indien het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt (hierna kortweg aan te duiden als: de thuiskopie). Voor het maken van een thuiskopie is aan de rechthebbende een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting daartoe rust op de fabrikant of importeur van de voorwerpen waarop de thuiskopie wordt gemaakt (art. 10 sub e WNR jº art. 16c lid 2 Aw).

1.3 Nederland heeft met de in de WNR opgenomen uitzondering voor het maken van thuiskopieën, de mogelijkheid benut die art. 5 lid 2 onder b van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (Pb. L 167/10, hierna: de Auteursrichtlijn) biedt, welke richtlijn op grond van art. 2 onder b in zoverre ook van toepassing is op naburige rechten.

1.4 De vergoeding die verschuldigd is voor thuiskopieën wordt in Nederland geïnd en verdeeld door een door de minister van Veiligheid en Justitie (hierna: de minister) aangewezen rechtspersoon, de Stichting de Thuiskopie (hierna: SdT). De bij en krachtens de wet aan de Stichting opgedragen werkzaamheden worden gecontroleerd door het College van Toezicht Collectieve Beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten (hierna: CvT). De door SdT geïnde vergoedingen worden onder de rechthebbenden verdeeld door diverse organisaties, zoals Norma, bij wie rechthebbenden, zoals [appellant sub 2], [appellant sub 3], [appellant sub 4] en [appellant sub 5], zich hebben aangesloten en aan wie zij hun uit de Aw en WNR voortvloeiende rechten ter collectieve exploitatie hebben overgedragen.

1.5 De hoogte van de thuiskopievergoeding wordt op grond van de Aw en de WNR vastgesteld door een door de minister aangewezen stichting, de Stichting Onderhandelingen Thuiskopie (hierna: Sont). In Sont zijn (organisaties van) rechthebbenden en (organisaties van) betalingsplichtigen (fabrikanten en importeurs van informatiedragers) vertegenwoordigd. De voorzitter van het bestuur van Sont wordt benoemd door de minister. Op grond van de statuten van Sont beslist de voorzitter als de vertegenwoordigers van de rechthebbenden en de betalingsplichtigen niet tot overeenstemming komen.

1.6 Op verzoek van de minister heeft het CvT in 2005 een onderzoek ingesteld naar SdT, welk onderzoek eind 2005 heeft geresulteerd in een rapport met een aantal aanbevelingen aan SdT tot verbetering van haar werkwijze.

1.7 Op 29 november 2006 heeft de voorzitter van Sont (i) digitale audiospelers die bestemd zijn voor, en in substantiële mate gebruikt worden voor het kopiëren van auteursrechtelijk dan wel nabuurrechtelijk beschermd materiaal (zoals mp3-spelers) en (ii) digitale videorecorders die zijn uitgerust met een harde schijf, aangewezen als voorwerpen waarvoor in beginsel een thuiskopievergoeding verschuldigd is, waarbij de heffing "tot nader order" werd gesteld op nihil. Voor de "oude dragers" (zoals cd's en dvd's) werden in dat besluit de bestaande tarieven "tot nader order" gehandhaafd. Het besluit van de voorzitter kwam nadat de vertegenwoordigers van de rechthebbenden en de betalingsplichtigen geen overeenstemming hadden kunnen bereiken.

1.8 In nadere rapportage van januari 2007 aan de minister blijkt dat er bij door SdT ingeschakelde verdeelorganisaties op 31 december 2005 nog ca € 57 miljoen voor verdeling aan de rechthebbenden

beschikbaar was.

1.9 Bij algemene maatregel van bestuur van 17 februari 2007 heeft de Kroon op grond van art. 16c lid 6 Aw voorwerpen aangewezen als bedoeld in art. 16c Aw. Digitale audiospelers en digitale videorecorders zijn, in afwijking van het besluit van de voorzitter Sont van 29 november 2006, niet aangewezen als voorwerpen ten aanzien waarvan een thuishopievergoeding verschuldigd is. Deze amvb (hierna: amvb I) gold tot 1 januari 2008. De toelichting op amvb I vermeldt dat tot deze maatregel is overgegaan omdat uitbreiding van het stelsel niet aan de orde kan zijn zolang niet duidelijk is waartoe de aangekondigde en door Nederland bepleite initiatieven van de Europese Commissie zullen leiden en zolang het onderzoek van de CvT bij de SdT niet definitief is afgerond. Ook wordt in de toelichting vermeld dat de Auteursrichtlijn er rekening mee houdt dat technische beschermingsmaatregelen op termijn een doeltreffende remedie tegen of instrument ter regulering van het privé-kopiëren zullen kunnen gaan vormen, en dat de tijdelijke bestending van het huidige stelsel partijen in de Sont een goede gelegenheid biedt om gezamenlijk nadere criteria te ontwikkelen voor de wijze waarop bij de vaststelling van de hoogte van de tarieven rekening kan worden gehouden met de technische beschermingsmaatregelen.

1.10 Bij algemene maatregel van bestuur van 5 november 2007 (hierna: amvb II) heeft de Kroon een regeling getroffen die wat betreft de aanwijzing van heffingplichtige voorwerpen, voor zover hier van belang, gelijk was aan amvb I, maar waarin tevens de tarieven voor de voorwerpen waarover wel een heffing was verschuldigd bevroren werden op het toen bestaande niveau. Amvb II was geldig tot 1 januari 2009. Als reden voor deze maatregel wordt in de toelichting vermeld dat uitbreiding van het huidige thuishopiestelsel of tariefverhogingen niet aan de orde kunnen zijn, zolang het probleem van de onverdeelde gelden niet is opgelost. Daarnaast beoogt de maatregel een tijdelijk kader te scheppen om met alle betrokken partijen in overleg te treden over de grondslagen en de toekomst van het thuishopiestelsel, aldus de toelichting.

1.11 Bij algemene maatregel van bestuur van 7 november 2008 (amvb III) heeft de Kroon amvb II verlengd tot 1 januari 2010. Als redenen voor de verlenging vermeldt de toelichting: de nog steeds actuele problematiek van de onverdeelde gelden, de lopende juridische procedures met belangrijke vragen van Europees recht en de hoopvolle Europese ontwikkelingen die recht doen aan de inzet van Nederland voor een Europese oplossing. Door een procedureel gebrek heeft amvb III geen effect gehad.

1.12 Bij amvb van 4 mei 2009 (amvb IV) heeft de Kroon het procedurele gebrek rond de inwerkingtreding van amvb III hersteld, door de regeling van amvb opnieuw uit te vaardigen en daarin als vervaltermijn 1 januari 2010 op te nemen.

1.13 Bij amvb van 16 november 2009 (amvb V) heeft de Kroon amvb IV verlengd tot 1 januari 2013. In de toelichting op deze amvb wordt vermeld dat naar aanleiding van het rapport van de parlementaire werkgroep auteursrechten debat zal worden gevoerd over de toekomst van het thuishopiestelsel en dat het in afwachting van de uitkomst van dat debat niet wenselijk is om het bestaande stelsel ingrijpend te wijzigen of uit te breiden. Ook vermeldt de toelichting dat onder toezicht van de CvT de SdT vorderingen heeft gemaakt ten aanzien van de onverdeelde gelden, en dat hoewel het definitieve besluit van de CvT over de laatste te verdelen gelden nog niet is genomen, de minister er op vertrouwt dat de problematiek van de onverdeelde gelden binnenkort zal zijn opgelost.

1.14 Norma c.s. zijn van mening dat de Staat onrechtmatig jegens hen handelt door amvb's uit te vaardigen waarin digitale audiospelers en digitale videorecorders niet zijn aangewezen als voorwerpen waarover een heffing voor thuishopieren is verschuldigd. Volgens Norma c.s. is de Kroon niet bevoegd dergelijke amvb's uit te vaardigen en zijn deze overigens ook inhoudelijk in strijd met het recht. Zij vorderden in eerste aanleg, samengevat, een verklaring voor recht dat amvb's I, II en IV jegens hen onrechtmatig zijn en de Staat te veroordelen tot schadevergoeding op te maken bij staat, een en ander met veroordeling van de Staat in de kosten van het geding op de voet van 1019h Rv.

1.15 De rechtbank heeft de vorderingen van Norma c.s. afgewezen. Haar overwegingen kunnen als volgt worden samengevat. De Kroon was bevoegd tot het uitvaardigen van de amvb's. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 16c Aw blijkt dat de Kroon daartoe bevoegd is indien partijen vertegenwoordigd in Sont er onderling niet uitkomen, en dat de Kroon de eindverantwoordelijkheid houdt omdat ook meer algemene belangen een rol spelen. In dit geval doen zich naar het oordeel van de rechtbank beide gronden voor ingrijpen voor. De amvb's zijn niet in strijd met art. 16c Aw en art. 10 sub e WNR. Die bepalingen impliceren geen aanspraak van rechthebbenden op een billijke vergoeding per voorwerp en ook de Auteursrichtlijn doet dat niet. Het volstaat dat er een vergoedingsstelsel is dat als geheel voorziet in een billijke compensatie. De eventuele stelling dat het totaal aan thuiskopievergoedingen dat Norma c.s. ontvangen geen billijke compensatie oplevert is onvoldoende gemotiveerd. Van strijd met art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM is geen sprake. Norma c.s. hebben niet inzichtelijk gemaakt dat het bedrag dat Norma c.s. op dit moment ontvangen onvoldoende compensatie vormt. Art. 1 EP schrijft geen specifieke wijze van compensatie voor en de Staat komt in dat opzicht een ruime beoordelingsvrijheid toe. De rechtbank ziet evenmin strijd met het verbod op willekeur. De situatie dat de Staat in redelijkheid niet tot de amvb's heeft kunnen komen doet zich niet voor. De stelling dat het totale bedrag dat jaarlijks aan thuiskopievergoedingen wordt geïnd de afgelopen jaren is gedaald omdat consumenten steeds vaker thuiskopieën zouden maken op mp3-spelers en harddiskrecorders in plaats van op cd's en dvd's, kan die conclusie niet dragen, nog daargelaten dat de Staat gemotiveerd heeft betwist dat op sectorniveau sprake is van een substantiële daling. De Kroon dient immers niet alleen oog te hebben voor de belangen van de rechthebbenden, maar moet ook het algemeen belang en de belangen van de betalingsplichtigen en consumenten in de besluitvorming te betrekken. Het is niet onredelijk dat de Kroon heeft geoordeeld dat gezien de problemen bij de verdeling van de thuiskopievergoedingen, de belangen van de rechthebbenden tijdelijk niet opwogen tegen de belangen van de betalingsplichtigen en consumenten, en het algemeen belang. De rechtbank is van oordeel dat dit ook geldt ten aanzien van amvb IV, omdat uit de toelichting op dat besluit blijkt dat de problematiek bij de verdeling van de vergoedingen bij het uitvaardigen van amvb IV nog niet volledig was opgelost. De amvb's zijn ook niet onvoldoende gemotiveerd. Ten slotte worden Norma c.s. veroordeeld in de kosten begroot op basis van het liquidatietarief, omdat geen sprake is van handhaving van intellectuele eigendomsrechten in de zin van art. 1019h Rv.

1.16 In hoger beroep hebben Norma c.s. hun vorderingen vermeerderd. Zij vorderen thans, samengevat, (i) een verklaring voor recht dat het uitvaardigen van de amvb's I tot en met V (hierna ook: de amvb's), althans voor zover daarin digitale audiospelers en digitale videorecorders met een harde schijf niet als vergoedingsplichtig zijn aangewezen, jegens Norma c.s. een onrechtmatige daad opleveren, (ii) de Staat, zo begrijpt het hof het petitum onder II, uit dien hoofde te veroordelen tot schadevergoeding op te maken bij staat, (iii) een verklaring voor recht dat de aanwijzing van de vergoedingsplichtige voorwerpen en de billijke vergoeding dient te geschieden door de Sont en/of een door het hof aan te wijzen deskundige, (iv) amvb V buiten werking te stellen dan wel (v) de Staat te gebieden amvb V in die zin te wijzigen dat de inhoud daarvan aan de verlangens van Norma c.s. (zoals onder V van het petitum nader gespecificeerd) beantwoordt, (vi) althans een dusdanige voorziening te treffen dat Norma c.s., althans appellanten 2 tot en met 7 en de andere bij Norma aangesloten rechthebbenden, op billijke wijze worden gecompenseerd voor het nadeel dat zij lijden ten gevolge van het thuiskopieën op digitale audiospelers en digitale videorecorders, en voorts (vii) de Staat te veroordelen in de kosten van deze procedure begroot op de voet van art. 1019h Rv., althans op een andere in goede justitie te bepalen wijze.

2.1 Met grief I komen Norma c.s. op tegen het oordeel van de rechtbank dat de Kroon bevoegd was de amvb's uit te vaardigen. Volgens Norma c.s. was voor ingrijpen door de Kroon geen plaats, aangezien binnen de Sont niet een situatie was ontstaan dat partijen er niet uitkwamen. Weliswaar konden partijen het niet eens worden, maar de voorzitter van de Sont heeft vervolgens de knoop doorgehakt. Deze laatste mogelijkheid is in de door de minister goedgekeurde statuten van de Sont juist voor gevallen als deze opgenomen. Er is dus geen sprake van dat partijen er onderling niet uitkwamen, aldus Norma c.s.

2.2 De grief faalt. Art. 16c lid 6 Aw geeft de Kroon de bevoegdheid om nadere regels te stellen met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de thuiskopie verschuldigd is. De wettekst beperkt de bevoegdheid van de Kroon in geen enkel opzicht. De omstandigheid dat in de kamerstukken het opnemen van deze bevoegdheid is gemotiveerd door te wijzen op de situatie dat partijen er zelf niet uitkomen, betekent niet dat deze bevoegdheid alleen in dat geval mag worden gebruikt. Daar komt bij dat het hof, met de rechtbank, van oordeel is dat de situatie dat partijen er zelf niet uitkomen zich in dit geval voordoet. Het enkele feit dat de, van partijen onafhankelijke, voorzitter van de Sont zijn doorslaggevende stem heeft uitgeoefend verandert niets aan het feit dat partijen onderling verdeeld waren. Het standpunt van Norma c.s. zou voorts tot het onaannemelijke resultaat leiden dat de Kroon nimmer zou kunnen ingrijpen, omdat de voorzitter bij onenigheid tussen partijen steeds de mogelijkheid heeft een beslissing te forceren.

3.1 De grieven II tot en met XV lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Daarin voeren Norma c.s. onder meer aan dat de amvb's jegens hen onrechtmatig zijn omdat de Kroon bij het uitvaardigen daarvan belangen in aanmerking heeft genomen die de Kroon niet in aanmerking had mogen nemen en dat het belang van de rechthebbenden niet dan wel onvoldoende is meegewogen. De Kroon had in plaats van de uitgevaardigde amvb's besluiten dienen te nemen waarin digitale audiospelers en digitale videorecorders worden aangewezen als voorwerpen waarover heffingen verschuldigd zijn.

3.2 De in de amvb's belichaamde, opeenvolgende beslissingen om digitale audiospelers en digitale videorecorders niet aan te wijzen als voorwerpen waarover heffingen verschuldigd zijn, zijn door de Kroon gemotiveerd met: onduidelijkheid over initiatieven van de Europese Commissie, het lopende onderzoek van de CvT bij de SdT, technische beschermings-maatregelen in de toekomst (amvb I), het probleem van de onverdeelde gelden en de mogelijkheid voor partijen in overleg te treden over de grondslagen en toekomst van het thuiskopiestelsel (amvb II), de problematiek van de onverdeelde gelden, lopende juridische procedures en hoopvolle Europese ontwikkelingen (amvb III en IV), debat dat zal worden gevoerd over de toekomst van het thuiskopiestelsel naar aanleiding van het rapport van de parlementaire werkgroep auteursrechten en de, bijna opgeloste, problematiek van de onverdeelde gelden (amvb V).

3.3 Het hof stelt voorop dat de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in overeenstemming met de Auteursrichtlijn (2001/29) moeten worden uitgelegd. Het systeem van de Auteursrichtlijn houdt in dat het de lidstaten weliswaar vrij staat om gebruik te maken van de mogelijkheid om voor het kopiëren voor privégebruik een uitzondering te maken op het exclusieve reproductierecht van de auteur, maar dat de lidstaten die van die mogelijkheid gebruik maken moeten voorzien in de betaling van een billijke compensatie aan de auteurs (of rechthebbenden op naburige rechten) die door de toepassing van deze uitzondering worden benadeeld. Het Hof van Justitie EU heeft naar aanleiding van het begrip 'billijke compensatie' als bedoeld in art. 5 lid 2 sub b Auteursrichtlijn in zijn arresten van 21 oktober 2010 (zaak C-467/08 inzake Padawan/SGAE) en 16 juni 2011 (zaak C-462/09 inzake Stichting de Thuiskopie/Opus) voor zover hier van belang het volgende overwogen:

- de conceptie en het niveau van de billijke compensatie houden verband met de schade die voor de auteur resulteert uit de reproductie van zijn beschermd werk die zonder zijn toestemming voor privégebruik wordt gemaakt; vanuit die invalshoek moet de billijke compensatie worden beschouwd als de vergoeding van de door de auteur geleden schade (arrest Padawan punt 40, arrest Opus punt 24);

- het begrip "billijke compensatie" is een unierechtelijk begrip dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik hebben ingevoerd, ongeacht hun bevoegdheid om binnen de door het Unierecht en in het bijzonder door de richtlijn gestelde grenzen de vorm, de wijze van financiering en inning, en het niveau van deze billijke compensatie te bepalen (arrest Padawan punt 37);

- als nuttig criterium voor de vaststelling van het niveau van deze compensatie dient rekening te

worden gehouden met het "mogelijke nadeel" dat de auteur als gevolg van de betrokken reproductiehandeling ondervindt (arrest Padawan punt 39);

- het maken van een kopie voor privégebruik door een natuurlijk persoon moet worden beschouwd als een handeling die de auteur van het betrokken werk kan benadelen (arrest Padawan punt 44);

- degene die voor privégebruik een reproductie van een beschermd werk vervaardigt zonder vooraf toestemming te vragen aan de houder van het exclusieve productierecht, benadeelt die houder en is in beginsel verplicht het met die reproductie gepaard gaande nadeel te vergoeden door het bekostigen van de compensatie die aan die houder zal worden betaald (arrest Padawan punt 45, arrest Opus punt 26);

- wanneer de betrokken installaties (voorwerpen, hof) voor privégebruik ter beschikking van natuurlijke personen zijn gesteld, is het niet noodzakelijk aan te tonen dat die personen daarmee daadwerkelijk kopieën voor privégebruik hebben gemaakt en aldus de auteur van het beschermde werk daadwerkelijk hebben benadeeld, want die natuurlijke personen worden geacht volledig gebruik te maken van de functies die dergelijke installaties bieden, waaronder het vervaardigen van reproducties (arrest Padawan punt 54-55);

- er moet een verband 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 daarvan voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik (arrest Padawan punt 59);

- art. 5 lid 2 sub b en art. 5 lid 5 Auteursrichtlijn leggen aan de lidstaat die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik heeft toegestaan, een resultaatsverplichting op, die inhoudt dat die lidstaat verplicht is om, binnen het kader van zijn bevoegdheden, te verzekeren dat de billijke compensatie die bedoeld is om de benadeelde auteurs te compenseren voor het nadeel dat zij ondervinden, daadwerkelijk wordt geïncasseerd (arrest Opus punt 34);

- het door de betrokken lidstaat gekozen incasseringstelsel kan die lidstaat niet ontslaan van de op hem rustende resultaatsverplichting om de benadeelde auteurs de garantie te geven dat zij daadwerkelijk betaling ontvangen van een billijke compensatie ter vergoeding van het op zijn grondgebied ontstane nadeel (arrest Opus punt 39).

3.4 Uit het systeem van de Auteursrichtlijn, zoals uitgelegd door het HvJEU, volgt dat een lidstaat die het ongeautoriseerd maken van een thuiskopie mogelijk maakt, ervoor moet zorg dragen dat de rechthebbende daarvoor een billijke compensatie ontvangt en dat die billijke compensatie het (mogelijke) nadeel moet vergoeden dat de rechthebbende door de betrokken reproductiehandeling lijdt. De lidstaat heeft bij het al dan niet toekennen van een billijke compensatie geen beleidsvrijheid, behalve dat hij binnen de grenzen van het Unierecht en de richtlijn de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van deze billijke compensatie kan bepalen.

3.5 Uit het voorgaande volgt dat, nu Nederland het thuiskopiëren mogelijk heeft gemaakt, overwegingen die verband houden met door Nederland wenselijk geachte toekomstige wetgeving op nationaal of internationaal niveau geen rol mogen spelen bij de vraag of aan de rechthebbenden een billijke vergoeding toekomt over digitale audiospelers en digitale videorecorders. Hetzelfde geldt voor lopende juridische procedures, overleg over de toekomst van het thuiskopiëstelsel en parlementair debat daarover. Al deze factoren doen geen afbreuk aan de verplichting van de Staat om de thans geldende regelgeving uit te voeren en een billijke compensatie aan de rechthebbenden te verzekeren voor het mogelijke nadeel dat dezen lijden doordat de Staat ervoor heeft gekozen het ongeautoriseerd kopiëren voor privégebruik mogelijk te maken. Ook de stelling van de Staat dat het huidige stelsel "onwerkbaar" zou zijn doet aan het voorgaande geen afbreuk. Het is aan de Staat, die onverplicht gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid het thuiskopiëren toe te staan, hetzij - en wel

tijdig - te zorgen voor een (wel) werkbaar stelsel, hetzij de uitzondering op het thuis kopiëren ongedaan te maken. De Staat heeft echter noch het een noch het ander gedaan. Overigens is het hof er geenszins van overtuigd dat het huidige stelsel onwerkbaar is. Niet valt in te zien waarom het niet mogelijk zou zijn digitale audiospelers en digitale videorecorders naar rato van hun opnamecapaciteit met een heffing te belasten, indien uit onderzoek blijkt dat die capaciteit in de praktijk voor een meer dan verwaarloosbaar deel voor het kopiëren van beschermd materiaal wordt benut. Dat het huidige stelsel mogelijk niet toegesneden is op meer recente ontwikkelingen zoals clouds en spotify, kan geen reden opleveren om kopieën die met digitale audiospelers en digitale videorecorders (kunnen) worden gemaakt onbelast te laten.

3.6 Ook de problematiek van de onverdeelde gelden levert geen rechtvaardiging op voor het niet aanwijzen van digitale audiospelers en digitale videorecorders als voorwerpen waarover een heffing verschuldigd zal zijn, (gesteld dat daarvoor overigens wel aanleiding zou zijn, hetgeen het hof hierna zal onderzoeken). In de eerste plaats is niet gebleken dat deze problematiek meer inhield dan dat vertraging was ontstaan bij de verdeling van de geïnde heffingen door SdT aan de verdeelorganisaties zoals Norma en van de verdeelorganisaties aan de rechthebbenden. Niet is gebleken dat meer was geïnd dan waarop recht bestond. Tegen deze achtergrond valt niet in te zien hoe dit een grond zou kunnen zijn om de aanspraken van rechthebbenden op een billijke compensatie te korten. Zelfs echter indien meer zou zijn geïncasseerd dan waarop recht bestaat zou dit hooguit aanleiding kunnen zijn tot het verrekenen van het teveel geïncasseerde met wat de rechthebbenden rechtens toekomt, maar niet tot verlaging van hetgeen hen rechtens toekomt. In de tweede plaats rust op de Staat een resultaatsverbintenis te verzekeren dat de billijke compensatie die bedoeld is om de benadeelde auteurs te compenseren voor het nadeel dat zij ondervinden, daadwerkelijk door de rechthebbenden wordt ontvangen. Indien het al zo zou zijn dat SdT en/of de verdeelorganisaties minder goed functioneren waardoor de geïncasseerde gelden de rechthebbenden niet of niet tijdig bereiken, dan behoort dit tot het risico van de Staat, die als geadresseerde van de Auteursrichtlijn verantwoordelijk is voor het in Nederland vigerende stelsel waarlangs de billijke compensatie wordt geïncasseerd en uitgekeerd. In geen geval kan dit ertoe leiden dat de rechthebbenden gekort worden op de hun eventueel toekomende billijke compensatie.

3.7 Ten slotte kunnen ook de mogelijkheden voor technische beschermingsmaatregelen in de toekomst geen rechtvaardiging opleveren om rechthebbenden hun recht op een billijke compensatie over digitale audiospelers en digitale videorecorders te onthouden. Norma c.s. hebben, onvoldoende gemotiveerd bestreden, gesteld dat technische beschermingsvoorzieningen niet beschikbaar zijn en niet worden toegepast (inleidende dagvaarding nr. 64) en in ieder geval niet in die mate dat rechthebbenden geen nadeel meer ondervinden. De mogelijkheid dat dit in de toekomst anders wordt kan geen reden zijn de rechthebbenden thans hun aanspraak op een billijke compensatie te ontzeggen.

3.8 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Norma c.s. terecht aanvoeren dat de amvb's I tot en met V op grond van onjuiste overwegingen tot stand zijn gekomen. Het hof zal thans onderzoeken of, zoals Norma c.s. ook stellen, de Kroon in deze amvb's digitale audiospelers en digitale videorecorders had moeten aanwijzen als voorwerpen waarover een heffing verschuldigd is. Hierbij is het volgende van belang.

3.9 Dat digitale audiospelers en digitale videorecorders geschikt zijn om auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermd materiaal op te nemen (te reproduceren) is niet in geschil. Norma c.s. hebben er, onder verwijzing naar een memo van Bureau Veldkamp van 25 april 2008 (productie 2 dagvaarding) niet dan wel onvoldoende betwist op gewezen dat MP3-spelers voor 86% worden gebruikt voor het vastleggen van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde prestaties en dat voor harddiskrecorders een percentage geldt van 79%. De gegevens waarop dit memo is gebaseerd zijn verzameld in 2007 (memo pag. 1). Uit het als productie 48 door Norma c.s. overgelegde memo van Bureau Veldkamp van 18 augustus 2009 blijkt dat het in april 2009 ging om percentages van 85% en 79,3% (pag.8). In datzelfde memo wordt opgemerkt dat de afzet van cd-recordables en dvd-



recordables is afgenomen, terwijl het gebruik van onder meer audiospelers en harddiskrecorders is gegroeid (pag. 2).

3.10 Uit door Norma c.s. bij repliek in het geding gebrachte rapportage van Bureau Veldkamp van juni 2008 (productie 38) blijkt voorts dat medio april 2008 31% van de personen van 13 jaar en ouder in Nederland in het bezit is van een draagbare audiospeler en/of videospeler voorzien van vast geheugen (pag. 6). In april 2008 beschikt 17,4% van de huishoudens over een harddiskrecorder en 3,8% over een settopbox waarin een harde schijf is ingebouwd (productie 38 pag. 5). In april 2011 gaat het om percentages van 29% en 13% (rapport Bureau Veldkamp mei 2011, productie 81 pag. 2).

3.11 Het hof acht ten slotte van belang dat de (onafhankelijke) voorzitter van Sont reeds bij brief van 24 oktober 2005 "qua denkrichting" tot het voornemen kwam dat digitale audiospelers en digitale videospelers met geïntegreerde harde schijf voor een vergoeding in aanmerking kwamen.

3.12 Op basis van deze gegevens is het hof van oordeel dat de Staat reeds in amvb I digitale audiospelers en digitale videorecorders had behoren aan te wijzen als voorwerpen waarover een heffing verschuldigd werd en deze aanwijzing in de amvb's II tot en met V had moeten handhaven. Uit de hiervoor aangehaalde cijfers blijkt immers dat in ieder geval vanaf begin 2007 digitale audiospelers en digitale videorecorders een niet verwaarloosbaar aandeel op de Nederlandse markt innamen en dat zij voor een substantieel deel voor het maken van thuiskopieën werden gebruikt. Het is zonder meer aannemelijk dat de rechthebbenden van dit kopiëren op deze voorwerpen schade ondervinden die zij niet zouden hebben ondervonden indien Nederland geen uitzondering voor het thuiskopiëren had gemaakt. Daar komt bij dat op basis van de hiervoor genoemde bevindingen van Bureau Veldkamp blijkt dat het kopiëren op cd-recordables en dvd-recordables, waarop wel een heffing rust, afneemt terwijl het kopiëren op digitale audiospelers en digitale videorecorders toeneemt, zodat aannemelijk is dat in ieder geval deels het kopiëren op eerstgenoemde media wordt vervangen door het kopiëren op laatstgenoemde.

3.13 De Staat heeft aangevoerd en de rechtbank heeft aangenomen dat de rechthebbende weliswaar een bepaalde billijke compensatie toekomt, maar dat het onverschillig is langs welke weg hij deze ontvangt, zodat de volledige billijke compensatie ook zou kunnen worden bekostigd uit heffingen op cd's en dvd's, waarbij het dan aan de rechthebbende zou zijn om aan te tonen dat hetgeen hij ontvangt geen billijke compensatie vormt. Deze gedachtegang is om meerdere redenen onjuist. Wat een billijke compensatie vormt moet, door het verband dat moet worden gelegd tussen de schade en de billijke compensatie, op grond van het systeem van de Auteursrichtlijn, zoals uitgelegd door het HvJEU, worden bepaald aan de hand van het mogelijke nadeel dat de rechthebbende lijdt door het vermoedelijke gebruik van de desbetreffende apparaten voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik. Dit betekent dat, waar de Staat heeft gekozen voor een systeem waarin een heffing wordt gelegd op apparaten die voor het maken van thuiskopieën gebruikt worden, hij daarvan niet, althans niet zonder gegronde redenen, waarvan niet is gebleken, één of meerdere categorieën die eveneens - in meer dan verwaarloosbare mate - voor het maken van thuiskopieën worden gebruikt en daardoor schade voor de rechthebbenden veroorzaken, mag uitzonderen. Daar komt bij dat het in het onderhavige geval ook bepaald onaannemelijk is dat de rechthebbenden hun billijke compensatie zouden ontvangen uit de heffingen op cd's en dvd's alleen, aangezien de Staat de vergoedingen voor deze dragers met ingang van 1 januari 2008 heeft bevroren. Ten slotte is van belang dat het HvJEU heeft overwogen dat het de lidstaten niet vrijstaat het begrip "billijke compensatie" op incoherente, niet-geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen (arrest Padawan punt 36). Indien de heffingen waaruit de billijke compensatie wordt gefinancierd volledig op één of twee (in betekenis afnemende) dragers rusten en in het geheel niet op andere (in belang toenemende) dragers kan niet worden gesproken van een coherent stelsel, omdat 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. Wat het door de rechtbank gebezigde argument betreft, dat niet alleen naar de belangen van de rechthebbenden, maar ook naar die van de gebruikers moet worden

gekeken, zij nog opgemerkt dat in de belangen van de gebruikers wordt voorzien door de mogelijkheid om een heffing in te voeren die niet rechtstreeks bij de gebruikers wordt geheven (zie onder 44 tot en met 50 van het Padawan-arrest).

3.14 Gezien de hiervoor bereikte hoeft het hof niet in te gaan op de overige gronden (strijd met art. 1 EP, strijd met vrij verkeer van goederen) die Norma c.s. aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd.

3.15 Het voorgaande leidt tot de volgende conclusie. De Staat heeft onrechtmatig - want in strijd met hogere regelgeving (de Auteursrechtlijn en de in overeenstemming daarmee uit te leggen Auteurswet en WNR) - gehandeld jegens Norma c.s. door in de amvb's I tot en met V digitale audiospelers en digitale videorecorders niet als voorwerpen waarover een heffing verschuldigd is aan te wijzen. De gevorderde verklaring voor recht is in zoverre toewijsbaar. Ook de vordering om de Staat te veroordelen tot schadevergoeding op te maken bij staat is toewijsbaar, aangezien de mogelijkheid dat Norma c.s. schade hebben geleden aannemelijk is. Daarbij begrijpt het hof de stellingen van Norma c.s. aldus dat zij van mening zijn dat de Kroon niet alleen digitale audiospelers en digitale videorecorders had moeten aanwijzen, maar tevens de hoogte van de daarover verschuldigde heffing had moeten bepalen. Dat standpunt acht het hof gegrond, aangezien de enkele aanwijzing van voorwerpen nog niet kan leiden tot een billijke compensatie. Partijen zullen in de schadestaatprocedure kunnen debatteren over de hoogte van de heffingen die de Kroon had moeten vaststellen. Uit de overwegingen van het hof volgt dat de heffing in ieder geval niet nul had mogen zijn.

3.16 Het gevorderde sub III is niet toewijsbaar aangezien, zolang partijen in Sont het niet eens zijn, de Kroon bevoegd is tot het aanwijzen van voorwerpen.

3.17 Bij het gevorderde sub IV (buitenwerkingstelling van amvb V), hebben zij geen voldoende belang, omdat daarmee nog niet is bereikt dat digitale audiospelers en digitale videorecorders wel als voorwerpen worden aangewezen. Daarbij is van belang dat het hof niet vrij staat de Staat te gebieden amvb V in die zin te wijzigen, aangezien de rechter niet bevoegd is de Staat te gelasten wetgeving (hetzij in formele, hetzij in materiële zin) tot stand te brengen. Het gevorderde sub V komt om die reden niet voor toewijzing in aanmerking. In dat licht komt ook het gevorderde sub VI, dat overigens te onbepaald is, evenmin voor toewijzing in aanmerking.

3.18 De Staat zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties. Het hof zal daarbij het liquidatietarief hanteren omdat, anders dan Norma c.s. aanvoeren, art. 1019h Rv. niet op een geschil als het onderhavige van toepassing is, aangezien het niet gaat om de handhaving van rechten van intellectuele eigendom tegen een daarop gepleegde inbreuk.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de rechtbank van 23 juni 2010, en opnieuw rechtdoende:
- verklaart voor recht dat het uitvaardigen van amvb's I, II, III, IV en V, zonder dat daarin digitale audiospelers en digitale videorecorders die zijn uitgerust met een harde schijf, die bestemd zijn voor en in substantiële mate gebruikt worden voor het kopiëren van auteursrechtelijk en/of nabuurrechtelijk beschermd materiaal, zijn aangewezen als vergoedingsplichtig onder art. 16c Aw jº art. 10 sub e WNR, onrechtmatig is jegens Norma c.s.;
- veroordeelt de Staat tot betaling van de schade die Norma c.s. door dat onrechtmatig handelen hebben geleden en nog zullen lijden, welke schade is op te maken bij staat en te vereffenen volgens

de wet;

- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Norma c.s. tot op 23 juni 2010 begroot op € 339,44 aan verschotten en € 1.130,-- aan salaris advocaat;

- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Norma c.s. tot op heden begroot op € 401,93 aan verschotten en € 2.682 aan salaris advocaat;

- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Dupain, S.A. Boele en M.Y. Bonneur en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 maart 2012 in aanwezigheid van de griffier.