

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/417411 / KG ZA 12-402

Vonnis in kort geding van 16 januari 2013

in de zaak van

de stichting
STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Hoofddorp,
eiseres,
advocaat mr. D. Griffiths te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar Frans recht
PIXMANIA S.A.S.,
gevestigd te Parijs, Frankrijk,
gedaagde,
advocaat mr. J.P. van den Brink te Amsterdam.

Partijen zullen hierna De Thuis kopie en Pixmania genoemd worden. De zaak is voor De Thuis kopie behandeld door haar advocaat voornoemd en voor Pixmania door haar advocaat voornoemd en mr. J.R. Spauwen, eveneens advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 24 april 2012 en de daarbij behorende producties 1 tot en met 18;
- de producties 1 tot en met 19 van Pixmania;
- de aanvullende producties A tot en met D van De Thuis kopie;
- de mondelinge behandeling en de ter gelegenheid daarvan overgelegde pleitnotities van beide partijen.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. De Thuis kopie is de collectieve beheersorganisatie die belast is met de inning en verdeling van de vergoeding die verschuldigd is aan de maker van een werk of diens rechtverkrijgenden door de fabrikant of importeur van blanco informatiedragers op grond van artikel 16c lid 1 en 2 Auteurswet (Aw) (hierna: 'de thuis kopie vergoeding').

2.2. De Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (SONT) is, op de voet van het bepaalde in artikel 16e Aw, belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. Sinds 1 februari 2005 gelden onder meer de volgende tarieven:

- Data CD-R/RW : €0,14 per disc;
- DVD-R/RW : €0,60 per 4.7 Gigabite (GB);
- DVD+R/RW : €0,40 per 4.7 GB.

Voor blanco DVD's van het type -R/RW respectievelijk +R/RW met een kleinere/grotere opslagcapaciteit dan 4.7 GB geldt een proportionele vergoeding.

2.3. Pixmania is een Franse onderneming, die technische producten verkoopt via internet. Pixmania exploiteert daarvoor de webshops www.pixmania.com en www.pixmania-pro.com, die ook toegankelijk zijn via de webadressen www.pixmania.nl en www.pixmania-pro.nl. In deze webshops biedt Pixmania blanco informatiedragers te koop aan, maar bijvoorbeeld ook wasmachines, printers, televisies, gereedschap, tablets en cartridges.

2.4. Op 27 oktober 2010 heeft een in Nederland wonende particulier op verzoek van De Thuiskopie een proefaankoop gedaan via www.pixmania.com van 25 stuks DVD-R van het merk Verbatim voor €5,43. Daarbij werd een leveringsadres in Haarlem opgegeven.

2.5. Op 11 november 2010 heeft M. Balm op verzoek van De Thuiskopie een bestelling gedaan via www.pixmania-pro.com. Hij bestelde 25 stuks DVD-R van het merk Verbatim voor €4,97 en gaf als leveringsadres een postbus in Hoofddorp op. Pixmania heeft hem een bevestiging van die bestelling toegestuurd.

2.6. Op 21 juli 2011 is op verzoek van De Thuiskopie door mevrouw [Z] een bestelling gedaan van 25 stuks DVD-R van het merk Verbatim op www.pixmania-pro.com. Als rekeningadres is daarbij opgegeven:

*'reclassified
Dhr [Z]
[adres]
Nederland'*.

2.7. In een akte van constatering van 23 november 2012 heeft deurwaarder M.L. Vet-Feenstra beschreven dat zij op 14 november 2012 een bestelling heeft gedaan van blanco informatiedragers bij www.pixmania-pro.com. De deurwaarder verklaart in deze akte dat zij heeft geconstateerd dat het niet mogelijk was om zonder toezending van een uittreksel uit het handelsregister als klant geregistreerd te worden bij www.pixmania-pro.com en dat haar bestelling van blanco informatiedragers van 14 november 2012 om die reden werd geannuleerd door Pixmania.

2.8. Pixmania biedt in de in 2.3 beschreven webshops ook derden de mogelijkheid hun producten te verkopen. Deze dienstverlening noemt zij 'Pixplace' (hierna ook: 'de Pixplace dienstverlening'). Door de Pixplace dienstverlening worden in de webshops van Pixmania ook blanco informatiedragers door derden (hierna ook: 'Pixplace verkopers') te koop aangeboden. Dat gebeurt op dit moment door vier van de 31 Pixplace verkopers.

2.9. De Thuis kopie heeft Pixmania herhaaldelijk verzocht om opgave te doen van de door Pixmania aan Nederlandse afnemers verkochte blanco informatiedragers en om daarvoor de thuis kopievergoeding af te dragen, voor het eerst op 29 juni 2011. Pixmania heeft op 29 oktober 2012 opgave gedaan van de blanco informatiedragers die zij in het tweede en derde kwartaal 2012 heeft verkocht aan Nederlandse afnemers.

3. Het geschil

3.1. De Thuis kopie vordert - deels samengevat - dat de voorzieningenrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

primair

3.1.1. Pixmania beveelt om binnen veertien dagen na betekening van het vonnis volledige en gespecificeerde opgave te doen aan De Thuis kopie van het aantal door in Nederland wonende of gevestigde afnemers gekochte blanco informatiedragers bij door Pixmania middellijk of onmiddellijk geëxploiteerde websites, alsmede zulke opgave te blijven doen;

3.1.2. Pixmania veroordeelt om binnen veertien dagen na betekening van het vonnis aan De Thuis kopie alle bescheiden ter hand te stellen waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de thuis kopievergoeding;

3.1.3. Pixmania veroordeelt om de onder 3.1.1 bedoelde opgave vergezeld te doen gaan van een verklaring van een registeraccountant die ertoe strekt dat hij heeft vastgesteld dat die opgave juist en volledig is;

3.1.4. Pixmania verbiedt om, voor eigen rekening of voor rekening van een ander, blanco informatiedragers in Nederland te importeren en/of vanuit het buitenland aan in Nederland wonende of gevestigde afnemers te verkopen zonder daarover opgave te doen aan De Thuis kopie en zonder de verschuldigde thuis kopievergoeding aan De Thuis kopie te betalen; *en subsidiair, voor zover de vordering beschreven in 3.1.4 niet toereikend zou zijn om een verbod tot verkoop van blanco informatiedragers in het kader van de Pixplace dienstverlening te verkrijgen:*

3.1.5. Pixmania beveelt om alle items van haar website te verwijderen en verwijderd te houden, die verkoopaanbiedingen betreffen van blanco informatiedragers op naam van de partijen genoemd in productie 13 van Pixmania, op straffe van een dwangsom;

3.1.6. Pixmania veroordeelt om verkoopaanbiedingen te verwijderen, telkens binnen 24 uur nadat De Thuis kopie aan Pixmania heeft gemeld dat deze blanco informatiedragers betreffen waarover geen opgave wordt gedaan en geen thuis kopievergoeding wordt afgedragen, op straffe van een dwangsom.

alsmede

3.1.7. bepaalt dat Pixmania een dwangsom verbeurt van €10.000,- voor iedere keer en/of iedere dag dat Pixmania zich niet houdt aan één van de hiervoor in 3.1.1 tot en met 3.1.6 beschreven bevelen, veroordelingen en verboden;

3.1.8. met bepaling van de termijn bedoeld in artikel 1019i Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op zes maanden na betekening van het vonnis;

3.1.9. en veroordeling van Pixmania in de proceskosten;

3.2. De Thuis kopie legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Pixmania importeur is van blanco informatiedragers in Nederland in de zin van artikel 16c lid 2 Aw, zodat zij op grond van dat artikel verplicht is thuis kopievergoeding te betalen. Pixmania heeft geen contract gesloten met De Thuis kopie, zodat zij telkens onmiddellijk na import van een partij blanco informatiedragers daarover opgave moet doen aan De Thuis kopie en de thuis kopievergoeding moet afdragen. Pixmania leeft die verplichting niet na en handelt

daarmee onrechtmatig jegens De Thuis kopie. Daarnaast faciliteert Pixmania structureel dat derden in haar webshops blanco informatiedragers te koop aanbieden aan afnemers in Nederland, waarover evident geen thuis kopievergoeding wordt afgedragen. Zij profiteert daar zelf ook van. Hiermee handelt zij onrechtmatig jegens De Thuis kopie. Gezien deze onrechtmatige daden heeft De Thuis kopie een spoedeisend belang bij de gevorderde opgave, afgifte van bescheiden en verboden.

3.3. Pixmania voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Op het algemene publiek gerichte webshop van Pixmania

4.1. Tussen partijen is in de eerste plaats in geschil of Pixmania importeur is in de zin van artikel 16c lid 2 Aw bij haar op het algemene publiek gerichte webshop, die onder meer toegankelijk is via www.pixmania.com en www.pixmania.nl. Voorop wordt gesteld dat uit de arresten van het Hof van Justitie¹ en de Hoge Raad² in de Opus-zaak volgt dat noch de contractuele verhouding tussen de leverancier en de afnemer, noch de enkele omstandigheid dat de bedrijfsmatige handelaar in het buitenland gevestigd is, beslissend is voor de vraag of Pixmania importeur is. De rechter dient, wanneer het onmogelijk is om de billijke compensatie bij de afnemers te incasseren, het begrip importeur zo uit te leggen dat de thuis kopievergoeding bij de leverancier als handelaar wordt geïncasseerd, om de billijke compensatie voor de auteurs ten gevolge privé-kopieën te garanderen. Bij die uitleg is relevant of (a) de thuis kopievergoeding feitelijk oninbaar is als de afnemer zou gelden als importeur, (b) in Nederland het nadeel ten gevolge van privé-kopieën zal ontstaan en (c) de handelaar over de mogelijkheid beschikt de thuis kopievergoeding aan kopers door te berekenen.

4.2. In de onderhavige zaak levert Pixmania blanco informatiedragers aan in Nederland wonende of gevestigde afnemers, waarbij er vanuit gegaan kan worden dat die bestemd zijn voor eindgebruik in Nederland. Het nadeel van privé-gebruik door die eindgebruikers zal dan ook in Nederland ontstaan. Het gaat daarbij, zoals onweersproken door De Thuis kopie is gesteld, met name om particuliere afnemers. Bij deze afnemers is de thuis kopievergoeding feitelijk oninbaar. Pixmania kan de thuis kopievergoeding heffen indien zij een bestelling uit Nederland krijgt en die vergoeding daarmee aan haar afnemers doorberekenen. Pixmania verkoopt haar producten in een webshop zodat afnemers die zich fysiek in Nederland bevinden een koopovereenkomst met haar sluiten, waarna Pixmania opdracht geeft voor het transport. Onder deze omstandigheden dient Pixmania naar voorlopig oordeel aangemerkt te worden als importeur in de zin van artikel 16c lid 2 Aw.

4.3. In de Opus-arresten zijn de hiervoor in 4.1 weergegeven algemene uitgangspunten bepaald voor de uitleg van het begrip importeur. Die uitgangspunten zijn niet beperkt tot situaties waarin de handelaar zijn bedrijf heeft ingericht met de opzet de Nederlandse thuis kopieheffing te voorkomen. Het is dan ook niet zo dat een in een ander land gevestigde

¹ HvJEU 16 juni 2011, C-462/09, LJN BQ9325.

² HR 20 november 2009, LJN BI6320 en HR 12 oktober 2012, LJN BW8301.

leverancier enkel aangemerkt kan worden als importeur als hij de opzet had de thuishoofheffing te omzeilen, of als er sprake is van een ‘U-bocht’ in de zin dat de goederen eerst vanuit Nederland naar een ander land worden getransporteerd met het enkele doel om ze vervolgens door een particulier weer naar Nederland te laten transporteren. Dat de omstandigheden in de onderhavige zaak afwijken van die in de Opus-zaak, doet dan ook niet af aan het voorlopig oordeel dat Pixmania als importeur aangemerkt moet worden.

4.4. Pixmania heeft voorts betoogd dat artikel 3 van de Richtlijn Elektronische Handel³ (RIEH) er aan in de weg staat dat aan haar strengere eisen worden gesteld door de Nederlandse rechter dan in haar land van vestiging, Frankrijk, worden gesteld. Naar Frans recht wordt volgens Pixmania niet de buitenlandse leverancier, maar de particuliere afnemer van blanco informatiedragers aangemerkt als de importeur die de thuishoofvergoeding dient te voldoen. Weliswaar zijn auteursrechten uitgezonderd van de werkingssfeer van artikel 3 RIEH, maar uit het arrest van het Hof Den Haag van 29 maart 2011⁴ volgt, dat de heffing van thuishoofvergoeding geen handhaving van auteursrechten vormt. De handhaving daarvan valt dan ook onverminderd onder artikel 3RIEH, aldus Pixmania.

4.5. Bij de beoordeling van dit verweer is in de eerste plaats van belang dat het Hof van Justitie in r.o. 39 en 40 van het in 4.1 genoemde Opus-arrest heeft overwogen, in het kader van zijn uitleg van de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij⁵:

‘(...) gelet op het feit dat het door de betrokken lidstaat gekozen incasseringssysteem die lidstaat niet kan ontslaan van de op hem rustende resultaatverplichting 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, staat het aan de autoriteiten, en met name de rechterlijke instanties, van die lidstaat om te streven naar een uitlegging van het nationale recht overeenkomstig die resultaatverplichting, die garandeert dat die compensatie wordt geïncasseerd bij de verkoper die heeft meegewerkt aan de invoer van bovengenoemde dragers door deze ter beschikking te stellen van de eindgebruikers.

Dienaangaande is, in omstandigheden als die welke met name in herinnering zijn gebracht in punt 12 van het onderhavige arrest, het feit dat bij op afstand gesloten overeenkomsten als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, de bedrijfsmatig handelende verkoper die installaties, apparaten en informatiedragers ter beschikking stelt van op het grondgebied van die lidstaat wonende kopers, die er de eindgebruikers van zijn, is gevestigd in een andere lidstaat, niet van invloed op de op eerstgenoemde lidstaat rustende verplichting.’

4.6. Het Hof van Justitie overweegt derhalve dat de Richtlijn Auteursrecht in de informatiemaatschappij vereist dat de rechterlijke instanties van een lidstaat de thuishoofregeling zo uitleggen dat de thuishoofheffing kan worden geïncasseerd, om te voldoen aan de communautaire eisen voor bescherming van auteursrechten. Daarnaast

³ Richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, van 8 juni 2000.

⁴ LJN BP9443.

⁵ Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

overweegt het Hof van Justitie dat een lidstaat bij een verkoop op afstand door een handelaar in een andere lidstaat de verplichting heeft de billijke vergoeding te incasseren.

4.7. Tegen die achtergrond is de voorzieningenrechter voorlopig van oordeel dat de handhaving van artikel 16c lid 2 Aw begrepen dient te worden onder de in artikel 3 lid 3 RIEH uitgezonderde ‘gebieden’, waaronder auteursrechten en naburige rechten. Het Hof van Justitie beschouwt de incassering van een billijke vergoeding als een voorwaarde voor toepasselijkheid van de auteursrechtelijke exceptie voor privé-kopieën en overweegt in dat kader uitdrukkelijk dat die vergoeding ook bij verkopers op afstand in een andere lidstaat geïncasseerd moet worden. De diensten waarop artikel 3 RIEH betrekking heeft, omvatten ook verkoop op afstand. Met zijn overwegingen impliceert het Hof derhalve dat de heffing van een thuiskopievergoeding bij verkoop op afstand van blanco informatiedragers behoort tot de voorwaarden voor de auteursrechtelijke exceptie voor privé-kopieën en is uitgezonderd van de bescherming van artikel 3 RIEH. Dat uit het arrest van het Hof Den Haag van 29 maart 2011 volgt dat niet-naleving van artikel 16c lid 2 Aw, niet valt aan te merken als een inbreuk op auteursrechten in de zin van de Handhavingsrichtlijn, betekent niet dat artikel 16c lid 2 Aw ook niet behoort tot het gebied van het auteursrecht in de zin van de Richtlijn elektronische handel.

4.8. Daarnaast valt te bezien of de jurisprudentie die Pixmania aanvoert ter onderbouwing van haar stelling dat in Frankrijk de thuiskopievergoeding verschuldigd is door de particuliere afnemer indien die koopt bij een buitenlandse handelaar, niet achterhaald is door het arrest van het Hof van Justitie in de Opus-zaak. De jurisprudentie waar Pixmania aan refereert, dateert van voor dat arrest.

4.9. Op de hiervoor overwogen gronden kan Pixmania zich niet met een beroep op de Richtlijn elektronische handel onttrekken aan de verplichtingen van de importeur in de zin van artikel 16c lid 2 Aw.

4.10. Pixmania betoogt voorts dat zij op grond van het rechtszekerheidsbeginsel slechts verplicht kan worden thuiskopievergoeding te betalen vanaf de datum van het laatste Opus-arrest van de Hoge Raad: 11 oktober 2012. Zij voert aan dat het Hof van Justitie in het Adeneler-arrest⁶ heeft overwogen dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie wordt begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. In dat arrest heeft het Hof van Justitie echter uitsluitend bepaald dat de rechter niet *contra legem* een richtlijn mag toepassen (bij te late implementatie van die richtlijn). Bij de uitleg van het begrip importeur in artikel 16c lid 2 Aw op de wijze als verwoord in de Opus-arresten, is echter geen sprake van uitleg *contra legem*. Van schending van het rechtszekerheidsbeginsel of strijd met het verbod van terugwerkende kracht is naar voorlopig oordeel dan ook geen sprake.

Pixmania-pro.com

4.11. Pixmania stelt voorts dat De Thuiskopie ten onrechte ook een thuiskopievergoeding wil heffen over de door Pixmania in de webshop www.pixmania-pro.com (ook toegankelijk via www.pixmania-pro.nl) verhandelde blanco

⁶ HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04.

informatiedragers. Naar voorlopig oordeel heeft Pixmania voldoende aannemelijk gemaakt dat zij via dat verkoopkanaal uitsluitend levert aan afnemers die bij haar zijn geregistreerd met een BTW nummer en onder voorwaarde van overlegging van een recent uittreksel uit het handelsregister. De door Pixmania overgelegde akte van constatering door een deurwaarder is weliswaar in haar eigen opdracht opgesteld, maar De ThuisKopie heeft niet gesteld dat de door de deurwaarder beschreven gang van zaken niet in overeenstemming is met de huidige praktijk van Pixmania. Pixmania heeft voorts onbetwist gesteld dat de in 2.6 beschreven bestelling is geannuleerd omdat de koper zich door die voorwaarden niet had kunnen registreren. De ThuisKopie heeft voorts gewezen op de in 2.5 beschreven bestelling bij www.pixmania-pro.com. De van die bestelling door De ThuisKopie overgelegde bevestiging, toont echter onvoldoende aan dat de koop ook daadwerkelijk heeft geleid tot een levering door Pixmania en niet alsnog is geannuleerd. Pixmania heeft dan ook voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat het uitsluitend mogelijk is producten te kopen bij www.pixmania-pro.com door afnemers die beschikken over een BTW nummer en een recent uittreksel uit het handelsregister overleggen.

4.12. Bij dergelijke afnemers mag Pixmania ervan uitgaan dat het gaat om ondernemingen, niet om particulieren. Naar voorlopig oordeel zijn de omstandigheden van het geval bij een dergelijke verkoop aldus, dat niet Pixmania maar haar afnemer beschouwd moet worden als de importeur in de zin van artikel 16c lid 2 Aw. Daarvoor is redengevend dat die afnemer de eerste commerciële handelaar is in de distributieketen in Nederland en dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, voorshands niet valt in te zien waarom het innen van de thuisKopievergoeding bij commerciële handelaren die via de webshop van Pixmania kopen, anders dan bij handelaren die dragers via andere kanalen inkopen en als importeur worden aangemerkt, praktisch gezien niet goed mogelijk zou zijn. De verkoop van Pixmania via haar websites www.pixmania-pro.com en www.pixmania-pro.nl valt derhalve, gezien de vereisten die daarbij aan afnemers worden gesteld, niet onder de transacties waarover Pixmania een thuisKopievergoeding aan De ThuisKopie verschuldigd is.

Tussenconclusie

4.13. Pixmania heeft niet betwist dat zij tot het tweede kwartaal van 2012 geen opgave als bedoeld in artikel 16f Aw heeft gedaan van verkopen aan Nederlandse afnemers via www.pixmania.com en www.pixmania.nl en ontkent ook niet dat zij voor april 2012 wel blanco informatiedragers aan Nederlandse afnemers heeft verkocht. Pixmania heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens De ThuisKopie. Dit geldt niet voor haar verkopen via de websites www.pixmania-pro.com en www.pixmania-pro.nl.

Pixplace dienstverlening

4.14. De ThuisKopie stelt daarnaast dat Pixmania onrechtmatig handelt doordat zij stelselmatig mogelijk maakt dat derden op haar websites blanco informatiedragers verkopen aan Nederlandse afnemers, waar ten onrechte geen thuisKopievergoeding voor wordt afgedragen. Omdat Pixmania bekend is met die onrechtmatige handelingen, er actief bij is betrokken en er van profiteert, handelt zij zelf eveneens onrechtmatig, aldus De ThuisKopie. Pixmania heeft niet voldaan aan de eis van De ThuisKopie om de Pixplace verkopers (voor wat betreft blanco informatiedragers) van haar website te verwijderen of van hen te

verlangen dat zij de thuiskopievergoeding onderdeel zouden maken van hun prijzen en af zouden dragen aan De Thuiskopie, aldus De Thuiskopie.

4.15. De vorderingen van De Thuiskopie in verband met de Pixplace verkoop komen in feite neer op vorderingen tot bevelen voor toekomstig handelen of nalaten. Gelet op artikel 6:196c lid 5 BW kan derhalve aan de vraag of Pixmania voldoet aan de uitsluiting van aansprakelijkheid voor hostingproviders op grond van artikel 6:196c lid 4 BW voorbij worden gegaan. Voor toewijsbaarheid van de gevorderde bevelen is vereist dat Pixmania onrechtmatig handelt of dreigt te gaan handelen tegenover De Thuiskopie. Daarvan kan sprake zijn als voldoende aannemelijk is dat de Pixplace verkopers onrechtmatig handelen jegens De Thuiskopie en Pixmania gezien de omstandigheden van het geval in strijd handelt met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt door dit handelen te faciliteren. In dit verband zijn de volgende omstandigheden van belang.

4.16. Pixmania publiceert de NAW-gegevens van alle Pixplace verkopers op haar website. Het is dus niet zo dat De Thuiskopie geen reële mogelijkheid heeft de Pixplace verkopers aan te spreken. De Thuiskopie heeft de verkopers waarvan zij stelt dat die in strijd met de thuiskopieregeling handelen echter nog niet aansprakelijk gesteld. Daardoor is ook niet bekend of die verkopers valide verweren tegen de gestelde onrechtmatigheid (kunnen) voeren.

4.17. Verkoop van de producten op Pixplace vindt plaats in 23 verschillende landen, met veel verschillende regelingen voor blanco informatiedragers. Gesteld noch gebleken is dat de aanbiedingen van blanco informatiedragers op Pixplace specifiek gericht zijn op de Nederlandse markt. Een aanbod tot verkoop voor een prijs waarin geen thuiskopievergoeding lijkt te zijn verdisconteerd, impliceert dan ook niet dat er onrechtmatig wordt gehandeld. Bij verkoop aan afnemers in een aantal andere landen hoeft er immers geen thuiskopievergoeding door de importeur te worden afgedragen.

4.18. De verplichting tot betaling van de thuiskopievergoeding en de opgave over het aantal geïmporteerde dragers ontstaat pas op het moment van invoer in Nederland. De Thuiskopie heeft geen proefaankoop bij een Pixplace verkoper gedaan, zodat niet vaststaat dat er verkopen aan Nederlandse afnemers hebben plaatsgevonden waarbij geen thuiskopievergoeding in rekening is gebracht.

4.19. Uit het Opus-arrest van het Hof van Justitie volgt dat de vraag wie de importeur is in de zin van artikel 16c Aw, beoordeeld dient te worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Per handelaar zal derhalve nagegaan moeten worden of aan de vereisten is voldaan voor het importeurschap in de zin van de thuiskopieregeling. Dat valt niet zonder meer af te leiden uit de aanbiedingen van Pixplace verkopers, met name omdat daaruit nog niet volgt dat er verkopen hebben plaatsgevonden aan Nederlandse afnemers bij wie incasso feitelijk onmogelijk zou zijn.

4.20. Gelet op het voorgaande is voorsnog onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de Pixplace verkopers in strijd met artikel 16c Aw handelen.

4.21. De Thuiskopie stelt dat Pixmania actief betrokken is bij de verkoop door de Pixplace verkopers, maar die stelling heeft zij in het licht van de betwisting door Pixmania onvoldoende onderbouwd. Dat de aanbiedingen op rangorde van (oplopende) prijs worden

gerangschikt, duidt in ieder geval niet op actieve bemoeienis. Die ordening zal louter software-technisch plaatsvinden.

4.22. Op Pixplace worden honderden verschillende producten aangeboden. Blanco informatiedragers vormen daarbij maar één type product binnen een veel groter assortiment. Van Pixmania kan dan ook niet snel gevergd worden dat zij haar website preventief controleert op onrechtmatige aanbiedingen van Pixplace verkopers.

4.23. Gelet op de hiervoor besproken omstandigheden is er onvoldoende grond om aan te nemen dat Pixmania in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld jegens De ThuisKopie door niet te voldoen aan de eis van De ThuisKopie om alle Pixplace verkopers van haar website te verwijderen voor wat betreft de verkoop van blanco informatiedragers of van de Pixplace verkopers te verlangen dat deze de thuisKopievergoeding onderdeel zouden maken van hun verkoopprijzen en af zouden dragen aan De ThuisKopie. Van onrechtmatig handelen van Pixmania doordat derden op Pixplace blanco informatiedragers aanbieden lijkt voorshands dan ook geen sprake.

De vorderingen

4.24. Pixmania heeft betoogd dat De ThuisKopie geen spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen die betrekking hebben op haar verkopen aan het algemene publiek, omdat zij daarvan per kwartaal sinds het tweede kwartaal 2012 opgave doet. Artikel 16f Aw bepaalt echter dat de importeur onverwijld of binnen een met De ThuisKopie overeengekomen termijn opgave dient te doen van invoer van een blanco informatiedrager. Partijen hebben geen overeenkomst gesloten voor opgave per kwartaal, zodat Pixmania met haar opgaven per kwartaal tot op heden niet voldoet aan haar wettelijke verplichtingen. Dit betoog van Pixmania faalt dan ook.

4.25. Uit overweging 4.13 volgt dat de vordering van De ThuisKopie (beschreven in 3.1.4) om Pixmania te verbieden blanco informatiedragers aan Nederlandse afnemers te verkopen zonder daarover opgave te doen aan De ThuisKopie en/of zonder de verschuldigde thuisKopievergoeding aan De ThuisKopie te betalen, toewijsbaar is, met uitzondering van de verkoop van blanco informatiedragers aan bedrijven via www.pixmania-pro.com en www.pixmania-pro.nl.

4.26. Uit het voorlopig oordeel in 4.23 volgt dat het verbod om voor rekening van een ander informatiedragers in Nederland te importeren niet de Pixplace dienstverlening omvat. Ook volgt daaruit dat de vorderingen die specifiek zien op de Pixplace dienstverlening (3.1.5 en 3.1.6.) niet toewijsbaar zijn.

4.27. Met betrekking tot de door De ThuisKopie gevorderde opgave (beschreven in 3.1.1) wordt als volgt overwogen. Voor zover die opgave betrekking heeft op toekomstige transacties, wordt met deze vordering in wezen hetzelfde gevorderd als met het hiervoor beoordeelde verbod. Ter zitting heeft De ThuisKopie dat ook erkend. Bij gebrek aan belang is deze vordering, voor zover zij op de toekomst is gericht, dan ook niet toewijsbaar.

4.28. Voor zover deze vordering opgave over verkopen in het verleden betreft, heeft Pixmania het verweer gevoerd dat De ThuisKopie daarbij geen spoedeisend belang heeft. Dat verweer slaagt niet. Hiervoor is voorlopig geoordeeld dat Pixmania niet heeft voldaan

aan de uit artikel 16f Aw voortvloeiende verplichting om onverwijld opgave te doen van import van blanco informatiedragers in Nederland. Pixmania dient ten aanzien van leveringen uit het verleden derhalve alsnog aan die wettelijke verplichting te voldoen door onverwijld opgave, zodat De ThuisKopie een spoedeisend belang heeft bij haar vordering daartoe. Die vordering behelst ook geen betalingsvordering, zodat de vereisten voor spoedeisendheid van een betalingsvordering niet van toepassing zijn. Het gevorderde bevel tot het doen van opgave is dan ook toewijsbaar, met uitzondering van de verkoop van blanco informatiedragers aan bedrijven via www.pixmania-pro.com en www.pixmania-pro.nl. Het bevel zal geen betrekking hebben op 'middellijk door Pixmania geëxploiteerde websites', omdat De ThuisKopie niet duidelijk heeft gemaakt wat zij daarmee bedoelt en deze term tot executiegeschillen aanleiding kan geven. De termijn waarbinnen de opgave moet worden gedaan, wordt gesteld op vier weken.

4.29. De van de vordering tot opgave afhankelijke vordering tot ter hand stelling van bescheiden (3.1.2) is eveneens toewijsbaar, nu De ThuisKopie op grond van artikel 16f Aw eveneens recht heeft op inzage daarvan. Gezien het tijdvak waarop de opgave betrekking heeft (meerdere jaren) kan dat recht op inzage redelijkerwijs slechts uitgeoefend worden door verstrekking van afschriften van bescheiden aan De ThuisKopie. Van De ThuisKopie kan niet gevergd worden dat zij bij Pixmania in Frankrijk de administratie komt inzien. De termijn waarbinnen afschriften verstrekt dienen te worden zal worden gesteld op vier weken.

4.30. De gevorderde overlegging van een accountantsverklaring (3.1.3), komt niet voor toewijzing in aanmerking, omdat De ThuisKopie onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij bij die vordering, naast de gevorderde inzage, een spoedeisend belang heeft.

4.31. De over de geboden en verboden gevorderde dwangsom is eveneens toewijsbaar, met dien verstande dat een dwangsom van €50,- per drager en/of €500,- per dag dat Pixmania in strijd met één van de geboden en/of verboden handelt, met een maximum van €500.000,-, de voorzieningenrechter redelijk voorkomt.

4.32. De voorzieningenrechter begrijpt de vordering van De ThuisKopie tot bepaling van een termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv aldus, dat De ThuisKopie deze vordering instelt *voor zover* dat artikel van toepassing is in de onderhavige zaak. Naar voorlopig oordeel is dat niet het geval, gelet op het in 4.4 genoemde arrest van het Hof Den Haag van 29 maart 2011. De voorzieningenrechter zal dan ook niet overgaan tot bepaling van de gevorderde termijn.

4.33. Nu partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten gecompenseerd worden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt Pixmania om, voor eigen rekening of voor rekening van een ander, blanco informatiedragers in Nederland te importeren, waaronder in ieder geval begrepen verkoop en verzending van blanco informatiedragers aan in Nederland wonende en/of gevestigde afnemers via haar webshops met uitzondering van de in overweging 4.12 bedoelde

webshop(s), zonder daarover opgave te doen aan De Thuis kopie en/of zonder de verschuldigde thuis kopie vergoeding aan De Thuis kopie te betalen;

5.2. beveelt Pixmania om binnen vier weken na betekening van dit vonnis aan De Thuis kopie volledig en gespecificeerd opgave te doen van het aantal door in Nederland wonende of gevestigde afnemers via haar webshops, met uitzondering van de in overweging 4.12 bedoelde webshop(s), gekochte blanco informatiedragers, met vermelding van soort, aantal, opslagcapaciteit en/of speelduur;

5.3. beveelt Pixmania om binnen vier weken na betekening van dit vonnis aan De Thuis kopie afschriften ter hand te stellen van alle bescheiden, daaronder in elk geval begrepen alle verkoopfacturen, waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de thuis kopie vergoeding;

5.4. bepaalt dat Pixmania een dwangsom verbeurt van €50,- per drager en/of €500,- per dag dat Pixmania in strijd met het in 5.1 gegeven verbod of de in 5.2 en/of 5.3 gegeven bevelen handelt, met een maximum van €500.000,-;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.M. Bus en in het openbaar uitgesproken op 16 januari 2013.