

Zaaknummer 13/02422

Mr A. Hammerstein

Zitting, 10 januari 2014

Conclusie inzake:

1. Fiar Consumer Electronics .
 2. Imation Europe B.V.
 3. Dexxon Data Media and Storage B.V.
- (hierna tezamen: FIAR c.s.)

tegen

1. Stichting De Thuis kopie
2. De Staat der Nederlanden
3. Stichting onderhandelingen Thuis kopievergoeding (hierna: SONT)

1. Feiten en procesverloop

1.1 De feiten staan vermeld in rechtsoverweging 1.1 tot en met 1.13 van het bestreden arrest¹. Eiseressen tot cassatie in het principale beroep (“FIAR c.s.”) zijn (belangenbehartiger van) importeurs en fabrikanten van harddisk-apparatuur, zoals mp-3 spelers, mp-4 spelers en harddiskrecorders. FIAR c.s. hebben in appel toestemming tot voeging of tussenkomst gevorderd in een geding van de Stichting De Thuis kopie (“Thuis kopie”) tegen de Staat en Sont. In de hoofdprocedure vordert Thuis kopie schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen, dat hierin zou hebben bestaan dat de Staat in een reeks algemene maatregelen van bestuur tussen 2006 en 2012 digitale audiospelers en digitale videorecorders niet heeft aangewezen als voorwerpen ten aanzien waarvan een thuis kopievergoeding verschuldigd is. Nederland heeft in de Auteurswet en in de Wet op de Naburige Rechten een exceptie voor privé kopieën ingevoerd. Daarvoor is een billijke vergoeding verschuldigd die wordt geïnd door een heffing bij de importeur of de fabrikant van voorwerpen waarop de privé kopie wordt gemaakt (art. 16c lid 2 Aw en art. 10 onder e van de WNR). Thuis kopie is de door de bevoegde minister aangewezen rechtspersoon die belast is met de inning en verdeling van de thuis kopievergoedingen. De vaststelling van de hoogte van de vergoeding en van de voorwerpen waarop deze wordt geheven, is opgedragen aan Sont. De minister heeft de bevoegdheid tot ingrijpen en hij heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt bij het uitvaardigen van de algemene maatregelen van bestuur.

¹ Zie ook hoofdstuk 2 van de s.t. van Thuis kopie.

1.2 Het hof heeft de vorderingen van FIAR c.s. in het incident tot voeging en tussenkomst afgewezen. Van dit arrest hebben FIAR c.s. beroep in cassatie ingesteld onder aanvoering van een middel van cassatie². De Staat heeft bij antwoord geconcludeerd tot referte. Thuiskopie heeft geconcludeerd tot verwerping van het principale beroep en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Sont is niet verschenen. Thuiskopie heeft haar standpunt schriftelijk toegelicht.

1.3 Voor de goede orde wijs ik erop dat het Haagse hof in een procedure tussen Norma en de Staat een soortgelijke vordering tegen de Staat heeft toegewezen bij arrest van 27 maart 2012. Van dit arrest is cassatieberoep ingesteld (zaaknummer 12/03239). Ik heb hierin op 29 november 2013 een conclusie genomen die strekt tot verwerping daarvan.

2. Bespreking van het cassatieberoep

2.1 Het hof heeft in rov. 2.1-2.3 het volgende overwogen;

“2.1 FIAR is een vereniging die de belangen behartigt van fabrikanten en importeurs van harddisks, zoals mp-3 spelers, mp-4 spelers en harddiskrecorders. Imation en Dexxon zijn importeur of fabrikant van harddisks zoals mp-3 spelers, mp-4 spelers en harddiskrecorders. FIAR c.s. stellen dat, indien de vordering van Stichting Thuiskopie wordt toegewezen, dit een substantiële verhoging van de aanschafprijs van dergelijke, door de leden van FIAR, Imation en Dexxon op de markt gebrachte producten zou betekenen. Volgens FIAR c.s. zal het resultaat hiervan zijn dat de verkoop van deze producten zal teruglopen. Toewijzing van de vorderingen van Stichting Thuiskopie dreigt daarom tot gevolg te hebben dat de rechten of rechtspositie van degenen wiens belangen FIAR behartigt en van Imation en Dexxon zelf worden benadeeld. Om die reden willen FIAR c.s. worden toegelaten, als gevoegde partijen aan de zijde van de Staat en Sont, althans als tussenkomende partij.

2.2 Stichting Thuiskopie heeft de vordering tot voeging respectievelijk tussenkomst bestreden. Zij is van mening dat de positie van FIAR c.s. niet geraakt (kan) worden door de onderhavige hoofdprocedure, aangezien pas de inhoud van de door Sont te nemen besluiten rechtstreeks de belangen van FIAR c.s. kunnen raken. FIAR c.s. zijn dus te vroeg met hun actie. Bovendien kan voeging of tussenkomst niet leiden tot het door FIAR c.s. gewenste resultaat, aangezien het hof al in de zaak Norma/Staat, die zeer grote verwantschap vertoont met de onderhavige hoofdprocedure, een beslissing heeft genomen omtrent het in beide procedures spelende principiële punt. Bovendien maken FIAR c.s. met hun vordering misbruik van procesrecht, omdat zij met de onderhavige vordering geen ander doel hebben dan besluitvorming over de vergoedingsplicht opnieuw verder te vertragen, mede gezien tegen de achtergrond van de obstructieve opstelling die FIAR c.s. binnen Sont innemen. Zij hebben niet in de zaak Norma/Staat geïntervenieerd, en in de onderhavige zaak pas na de laatste stukkenwisseling in hoger beroep. In ieder geval zal voeging of tussenkomst leiden tot onredelijke vertraging van de hoofdprocedure, aldus Stichting Thuiskopie.

2.3 Het hof oordeelt als volgt. Aangezien niet blijkt dat FIAR c.s. een eigen vordering tegen de partijen in de hoofdzaak willen instellen, is de vordering tot tussenkomst, of deze nu primair (zoals mr. Groen bij pleidooi leek te suggereren) of toch subsidiair is ingesteld, reeds om deze reden niet toewijsbaar.”

² De cassatiedagvaarding is op 1 mei 2013 uitgebracht. Hoewel het een incidenteel arrest betreft waarvan in beginsel cassatieberoep alleen tegelijk met het eindarrest kan worden ingesteld, moet worden aangenomen dat de regel uitzondering lijdt in geval van afwijzing, omdat anders rechten definitief verloren gaan. Zie daarover G. Snijders, aant. 5 bij art. 218-219, Groene Serie Kluwer Burgerlijke rechtsvordering.

2.2 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 2.3 van het bestreden arrest en klaagt erover dat het hof heeft miskend dat de tussenkommende partij niet reeds bij haar vordering tot tussenkomst haar vordering 'in tussenkomst' behoeft te preciseren. Het hof heeft door te overwegen dat de vordering tot tussenkomst reeds niet toewijsbaar is omdat niet blijkt dat FIAR c.s. een eigen vordering tegen partijen in de hoofdzaak willen instellen, een maatstaf aangelegd die geen steun vindt in het recht. Vereist is immers niet meer dan dat de partij die tussenkomst vordert, aantoont dat hij daarbij een (voldoende) belang heeft, aldus het onderdeel.

2.3 Uw Raad oordeelde eerder dat voor toewijzing van een verzoek tot tussenkomst moet blijken van een belang van de verzoeker om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen³. Voor een goed overzicht van de materie verwijs ik naar de conclusie van de toenmalige A-G Bakels bij dit arrest. Uw Raad is niet meegegaan met zijn voorzichtige suggestie de norm voor toelating tot tussenkomst te verruimen. Ik meen dat daarvoor nog steeds geen reden bestaat. Tussenkomst betekent dat een derde partij haar eigen vordering instelt. Dat moet in samenhangende rechtsverhouding uit een oogpunt van proceseconomie mogelijk zijn, maar het compliceert de procedure en dat laatste noopt tot een terughoudende toepassing van art. 217 Rv⁴. De ratio van tussenkomst is naar algemene opvatting dat tegenstrijdige beslissingen moeten worden voorkomen en dat het daarom wenselijk is dat op de verschillende vorderingen, waaronder die van de tussengekomen partij, in één procedure worden beslist. Van de eiser tot tussenkomst mag op dit punt dus voldoende motivering van het belang bij de vordering worden verlangd. Het hof heeft in het bestreden arrest naar mijn mening impliciet beslist dat deze motivering ontbrak. Immers, of voldoende belang bij tussenkomst bestaat, moet blijken uit de vordering die gepretendeerd wordt. Die vordering behoeft niet helemaal te worden uitgesponnen, maar mag summier worden aangeduid. Als echter niet blijkt dat een (eigen) vordering wordt ingesteld, ontbreekt iedere grond voor tussenkomst. Nu de klachten van onderdeel 1 hieraan voorbijgaan, kunnen zij niet tot cassatie leiden.

2.4 Ten overvloede merk ik nog het volgende op. De rechtsklacht van onderdeel 1 berust op een verkeerde lezing van rov. 2.3 van het hof en mist dus feitelijke grondslag. Het hof overweegt immers dat niet blijkt dat FIAR c.s. een eigen vordering *willen instellen*. Het hof verlangt dus niet dat de vordering reeds bij het verzoek tot tussenkomst wordt ingesteld of gepreciseerd, maar wèl dat blijkt van de bedoeling om een vordering in te stellen. Die laatste eis ligt nogal voor de hand omdat dit juist het verschil uitmaakt tussen voeging en tussenkomst⁵. Nu dit oordeel berust op een aan het hof voorbehouden en in cassatie niet op juistheid te toetsen uitleg van de gedingstukken, kunnen de motiveringsklachten niet slagen. Welke vordering FIAR c.s. hadden willen instellen, is mij uit de stukken ook niet duidelijk geworden. Het valt op dat FIAR c.s. in cassatie veel woorden nodig hebben om aan te tonen dat het hof niet is ingegaan op haar essentiële stellingen, al hetgeen mij eerder een illustratie lijkt op te leveren van de juistheid van het oordeel van het hof.

³ HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2833, NJ 2003, 313

⁴ In die zin ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 47. Zie voorts G. Snijders t.a.p.

⁵ Vgl. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9067, JBPr 2012/64 met noot van M.O.J. de Folter en diens werk Vrijwaring & Interventie (2009).

2.5 Onderdeel 2 komt op tegen de afwijzing door het hof in rov. 2.5 van de vordering tot voeging. Het voert daartoe aan dat het hof heeft miskend dat een partij die (i) het door art. 217 Rv. vereiste belang heeft en (ii) zijn vordering niet later instelt dan op de roldatum van de laatste conclusie in het aanhangige geding (art. 218 Rv.) - afgezien van misbruik van recht waarvan in het onderhavige geval geen sprake is - steeds moet worden toegelaten tot de gevorderde voeging.

2.6 Het hof heeft in rov. 2.4-2.5 het volgende overwogen:

“2.4 Het hof oordeelt voorts dat FIAR c.s. op zichzelf voldoende belang hebben om zich aan de zijde van de Staat en Sont te voegen, Voor voeging is noodzakelijk maar ook voldoende dat de uitspraak in de hoofdzaak voor FIAR c.s. rechtens of feitelijk gevolgen kan hebben. Daarvan is hier sprake. Het is duidelijk dat Stichting Thuis kopie met de onderhavige procedure onder meer wil bereiken dat een thuis kopie heffing op mp-3 spelers, mp-4 spelers en harddiskrecorders wordt ingevoerd. Dat de verkopen van deze producten daardoor negatief kunnen worden beïnvloed acht het hof aannemelijk en is door Stichting Thuis kopie ook niet bestreden. De omstandigheid dat, indien de vorderingen van Stichting Thuis kopie zouden worden toegewezen, Sont over (de hoogte van) de thuis kopie heffing nog een beslissing moet nemen, doet er niet aan af dat FIAR c.s. thans reeds belang hebben te kunnen betogen dat Sont niet tot het nemen van een dergelijk besluit kan worden gedwongen. Daar komt bij dat het niet voor de hand ligt dat Sont na een uitspraak als door Stichting Thuis kopie gevorderd, nog de vrijheid zou hebben te besluiten géén heffing op mp-3 spelers, mp-4 spelers en harddiskrecorders in te stellen of de hoogte van de heffing op nihil te stellen. Stichting Thuis kopie betoogt zelf ook het tegendeel.

2.5 Het verweer dat de procedure door het toestaan van voeging onredelijk zou worden vertraagd acht het hof echter gegrond. FIAR c.s. hebben de vordering tot voeging in hoger beroep op het laatst toegestane moment (vgl. art. 218 Rv.) ingediend, te weten op de rolzitting waarop de Staat de memorie van antwoord in het geding heeft gebracht. De verklaring die FIAR c.s. hiervoor bij pleidooi hebben gegeven, welke verklaring er op neerkomt dat het arrest van dit hof inzake Norma/Staat voor hen als een verrassing kwam, doet er niet aan af dat FIAR c.s. met de mogelijkheid van een andere dan door hen verwachte uitkomst rekening hadden moeten houden en in een eerder stadium van het geding om voeging hadden kunnen verzoeken. Indien voeging thans zou worden toegestaan, zou Stichting Thuis kopie in een zeer laat stadium met een nieuwe tegenstander en mogelijk met nieuwe argumenten worden geconfronteerd, waarbij de kans aanwezig is dat de goede procesorde zou eisen dat Stichting Thuis kopie nog de gelegenheid zou moeten krijgen om daarop schriftelijk te reageren voordat de pleidooien plaatsvinden, hetgeen ook al het geval zou zijn indien FIAR c.s. nog producties in het geding zouden brengen of (voorwaardelijk) incidenteel appel zouden instellen. Tegen deze achtergrond moet, naast de vertraging die reeds is opgetreden door de incidentele vordering en het feit dat FIAR c.s. in het incident pleidooi hebben gevraagd, voor een niet onaanzienlijke verdere vertraging van het geding worden gevreesd. Tegenover deze vertraging staat dat het geschil van alle betrokken partijen in de kern betrekking heeft op een juridische vraag van principiële aard, waarover naar het zich thans laat aanzien niet in de onderhavige zaak maar in de zaak Norma/Staat door de Hoge Raad (of na het stellen van prejudiciële vragen, door het Hof van Justitie EU) zal worden beslist. Niet duidelijk is wat de argumenten van FIAR c.s. in dit geding aan de beslissing op die vraag zouden kunnen bijdragen.”

2.7 Voor het aannemen van een belang bij voeging is volgens uw Raad⁶ voldoende dat een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan wier zijde de derde zich voegt, de rechtspositie van de derde nadelig kan beïnvloeden. De vraag is of daarnaast bij de beoordeling van de vordering tot voeging nog een nadere afweging van belangen dient plaats

⁶ HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, NJ 2008, 168

te vinden. G. Sniijders⁷ is van mening dat naar analogie van HR 10 april 1992⁸ inzake vrijwaring aan de vordering tot tussenkomst of voeging nog de eis dient te worden gesteld dat deze de procedure niet onnodig vertraagt. Dit lijkt mij in beginsel juist, omdat dit voortvloeit uit het bepaald in art. 6 EVRM en art. 20 lid 1 Rv. De vergelijking met vrijwaring gaat echter in zoverre niet op dat art. 218 Rv wat het tijdstip van instellen betreft verschilt van art. 210 Rv betreffende de vrijwaring. Art. 218 bepaalt dat de vordering tot voeging of tussenkomst wordt ingesteld vóór of op de roldatum waarop de laatste conclusie in het aanhangige geding wordt genomen. Nu FIAR c.s. overeenkomstig art. 218 Rv. hun vordering niet later hebben ingesteld dan op de roldatum van de laatste conclusie in het aanhangige geding, is zulks volgens de wet tijdig geschied. Het oordeel van het hof dat FIAR c.s. hadden moeten uitleggen waarom zij hun vordering tot interventie niet eerder hebben ingesteld, lijkt mij dan ook onjuist. Hoewel ik mij goed kan voorstellen dat ThuisKopie niet gelukkig is met deze interventie, heeft het hof niet geoordeeld dat FIAR c.s. misbruik van recht hebben gemaakt. Dat is ook moeilijk voorstelbaar, nu zij niet meer of anders doen dan gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid en volgens het hof een voldoende belang daarbij hebben. De hierop gerichte klachten van onderdeel 2 slagen derhalve.

2.8 Ik teken hierbij nog het volgende aan. Het hof noemt onder meer als argumenten voor de kans op onredelijke vertraging van het geding dat FIAR c.s. nieuwe argumenten kunnen aanvoeren waarop door de andere partijen zou moeten worden gereageerd en dat zij mogelijk incidenteel appel instellen. Beide argumenten zijn ondeugdelijk. Het aanvoeren van nieuwe argumenten is onlosmakelijk verbonden met de mogelijkheid van voeging. Dat is precies de bedoeling van de interveniënt. Het instellen van incidenteel appel is niet mogelijk door een partij die zich in de hoofdprocedure voegt, en de vrees daarvoor kan dus geen gewicht in de schaal werpen. Voeging zal altijd wel enige vertraging opleveren maar voor het oordeel dat deze vertraging onredelijk is, moeten dan wel bijzondere omstandigheden worden aangevoerd en aanvaard.

2.9 Het hof heeft in rov. 2.5 nog overwogen dat niet duidelijk is wat de argumenten van FIAR c.s. in het geding nog kunnen bijdragen. Hoewel ik voor dit oordeel wel begrip kan opbrengen, lijkt het mij geen goede grond om de vordering tot voeging af te wijzen. Het hof heeft immers al geoordeeld dat FIAR c.s. voldoende belang hebben bij voeging in de procedure. Het hof mag verder niet vooruitlopen op hetgeen FIAR c.s. als gevoegde partij wel of niet zouden kunnen bereiken.

2.10 De motiveringsklachten van onderdeel 1 slagen dus in zoverre ook. Ik meen dat uw Raad niet zelf kan beslissen in het incident tot voeging. De procedure heeft inmiddels wel een zeer grote vertraging opgelopen. De vertraging zou waarschijnlijk geringer zijn geweest bij toewijzing van het verzoek tot voeging, waarvan niet onmiddellijk cassatieberoep had kunnen worden ingesteld. Ik ben anders dan ThuisKopie van mening dat het hof geen misbruik van recht heeft aangenomen. Aan de strenge maatstaf daarvoor lijkt mij ook niet te zijn voldaan.

⁷ Groene Serie Losbladige. Rv., art. 217 aant. 4.

⁸ ECLI:NL:HR:1992:ZC0567, NJ 1992, 446.

De beoordeling van de vordering vergt echter toch nog een waardering van feitelijke aard waarvoor in cassatie geen plaats is.

3. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.1 Het middel keert zich tegen rov. 4 waarin het hof heeft geoordeeld dat FIAR c.s. op zichzelf voldoende belang hebben om zich aan de zijde van de Staat en Sont te voegen. Het hof geeft daarvoor de volgende redenen.

- a) Voor voeging is noodzakelijk maar ook voldoende dat de uitspraak in de hoofdzaak voor FIAR c.s. rechtens of feitelijk gevolgen kan hebben.
- b) Het is duidelijk dat ThuisKopie onder meer wil bereiken dat een thuiskopieheffing op mp-3 en mp-4 spelers en op harddiskrecorders wordt ingevoerd, waardoor de verkopen van deze producten negatief kan worden beïnvloed.
- c) Het feit dat Sont over (de hoogte van) de thuiskopieheffing nog een beslissing moet nemen, doet er niet aan af dat FIAR c.s. thans reeds belang hebben te kunnen betogen dat Sont niet kan worden gedwongen tot het nemen van een dergelijk besluit.
- d) Het ligt ook niet voor de hand dat Sont na een uitspraak als door ThuisKopie gevorderd, nog de vrijheid zou hebben te besluiten géén heffing op de desbetreffende voorwerpen te stellen of de hoogte daarvan op nihil te bepalen. ThuisKopie betoogt zelf ook het tegendeel.

3.2 Het middel, waarvan de voorwaarde waaronder het is ingesteld is vervuld als uw Raad mijn conclusie volgt, betoogt dat het oordeel van het hof rechtens onjuist is dan wel ontoereikend gemotiveerd. Volgens de steller van het middel is het belang van FIAR c.s. beperkt tot de vrees dat een voor de Staat nadelige uitspraak tot gevolg zal hebben dat Sont verplicht is een thuiskopievergoeding vast te stellen op harddisks waarvoor dat tot dusver niet gold. Het hof miskent daarmee dat louter vrees geen belang kan vormen in de zin van art. 217 Rv. Voorts zou het hof over het hoofd hebben gezien dat niet de uitspraak in de hoofdzaak maar de amvb van 23 oktober 2012 de gevreesde gevolgen heeft. Ten slotte zou het hof ook miskennen dat het in de hoofdprocedure slechts gaat om de rechtmatigheid van amvb's uit het verleden. Voor zover het hof dit een en ander niet heeft miskend, menen FIAR c.s. – zonder nadere toelichting – dat zijn oordeel onvoldoende is gemotiveerd of de vereiste begrijpelijkheid ontbeert.

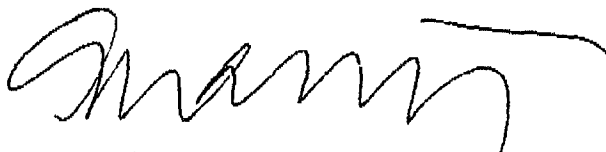
3.3 Gelet op de maatstaf die bij de toelating tot voeging moet worden aangelegd, is voldoende dat de ongunstige uitkomst van een procedure de rechtspositie van de derde die zich wil voegen, nadelig kan beïnvloeden. Dit impliceert dat de (gegronde) vrees voor een nadelige uitspraak in dit geval een voldoende belang oplevert, zodat de centrale stelling van het middel niet opgaat. De hoofdprocedure heeft weliswaar alleen betrekking op in het verleden geleden schade en kan dus de rechtspositie van FIAR c.s. in zoverre niet schaden, maar dat neemt niet weg dat een uitspraak wordt gevraagd over de rechtmatigheid van de amvb's waarin bepaalde voorwerpen, waarop FIAR c.s. doelen, buiten de heffing zijn gebleven. Als ThuisKopie in de hoofdprocedure gelijk krijgt, kan dat gebaseerd zijn op of het gevolg zijn van juridische oordelen die ook voor de toekomst van belang blijken te zijn. Daarbij gaat het met name, zoals het hof heeft onderkend, over de vrijheid van Sont om over

de heffingen te beslissen. Dat FAIR c.s. er belang bij hebben dat Sont een zo groot mogelijke marge van vrije beoordeling houdt bij het bepalen van de voorwerpen die aan heffing zijn onderworpen, en van de hoogte van de heffing, is naar mijn mening moeilijk voor betwisting vatbaar. Of haar doel ook haalbaar is, lijkt me in dit incident niet relevant. Dat is ook de kern van het oordeel van het hof. Ik acht dit oordeel, gelet op de ruime marge van beoordelingsvrijheid, niet onjuist en ook niet onbegrijpelijk. Het incidentele middel, dat niet uitlegt waarom het oordeel van het hof ontoereikend is gemotiveerd, faalt dan ook.

4. Conclusie

Deze strekt tot vernietiging van bestreden arrest in het principale beroep, met verwijzing naar het Haagse hof om opnieuw over de vordering tot voeging te beslissen, en tot verwerping voor het overige. De Staat behoort buiten de kosten van de procedure in cassatie te blijven omdat hij zich onvoorwaardelijk aan het oordeel van de Hoge Raad heeft gerefereerd en de bestreden beslissing niet heeft uitgelokt of verdedigd. Het laatste geldt ook voor Sont. Het is wellicht doelmatig de kosten van dit geding in cassatie te reserveren tot de einduitspraak van het hof.

De procureur-generaal bij de Hoge Raad der
Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mant', written over a horizontal line.

Wvd. A-G.