

Zaaknummer 12/03239

Mr A. Hammerstein

Zitting, 29 november 2013

Conclusie inzake:

De Staat der Nederlanden

Tobias Cohen Jehoram en Vivien Rorsch (De Brauw Blackstone Westbroek), alsmede namens Christiaan Alberdingk Thijm en Douwe Linders (bureau Brandeis) tegen

1. Stichting Naburige rechten-organisatie voor musici en acteurs, Norma

2. P.S. Blok

3. C. Kraayenhof

4. R. Koole

5. C.H.L de Bruijn

6. Nederlandse Toonkunstenaarsbond

7. FNV kunsten informatie en media,

verweerders in cassatie, hierna:
Norma c.s.

In deze zaak gaat het in cassatie met name om de vraag of het hof in bestreden arrest terecht heeft geoordeeld (i) dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door in de onder 1.(xi)-(xv) bedoelde algemene maatregelen van bestuur digitale audiospelers en digitale videorecorders niet als vergoedingsplichtige voorwerpen aan te wijzen onder art. 16c Auteurswet (Aw) in verbinding met art. 10 sub e Wet op de naburige rechten (WNR), omdat zulks in strijd is met de Auteursrichtlijn 2001/29/EEG (ARtl) en de in overeenstemming daarmee uit te leggen Auteurswet en WNR, (ii) dat nu de onder (i) genoemde AMvB's onrechtmatig zijn jegens belanghebbenden, de Staat uit dien hoofde schadevergoeding is verschuldigd, en (iii) dat art. 1019h Rv. niet van toepassing is op een procedure als de onderhavige waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd dat de vijf AMvB's een onrechtmatige daad opleveren van de Staat en om die reden tevens schadevergoeding wordt gevorderd. Voor een deel is inmiddels het belang aan de zaak

komen te ontvallen, nu de Staat bij AMvB van 23 oktober 2012 (Stb. 2012, 505)¹ de volgende voorwerpen heeft aangewezen als vergoedingsplichtige voorwerpen onder art. 16c Aw: Cd-R, DVD, Externe HDD Drive, Audio-/Videospeler, HDD Recorder/Settopbox, Telefoon met Mp3-speler/Smartphone, Tablet, PC/Laptop.

1. De feiten en het procesverloop

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.²

(i) Art. 16c (Aw) luidt voor zover 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 commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

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

(...)

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

(...)”

(ii) Krachtens art. 10, onder e, WNR is art. 16c lid 2-7 Aw van overeenkomstige toepassing op materiaal dat op grond van de WNR is beschermd.

(iii) De op grond van de art. 16c Aw en art. 10, onder e, WNR verschuldigde vergoeding (hierna: Thuiskopievergoeding) wordt geïnd en verdeeld door een daartoe op grond van art. 16d Aw door de Minister aangewezen rechtspersoon, namelijk de Stichting de Thuiskopie. De bij en krachtens de wet aan Stichting de Thuiskopie

¹ Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet. Bij AMvB van 15 oktober 2013 is de geldigheid van voornoemde AMvB verlengd tot 1 januari 2016 (Stb. 2013, 400).

² Zie het bestreden arrest onder 1.1 in verbinding met rov. 2 van het vonnis van de rechtbank.

opgedragen werkzaamheden worden gecontroleerd door het College van toezicht Collectieve Beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten (hierna: CvTA).

(iv) De hoogte van de thuiskopievergoeding wordt krachtens de artt. 16e Aw en 10, onder e, WNR vastgesteld door een door de Minister aangewezen stichting, namelijk de Stichting Onderhandelingen Thuiskopie (hierna: SONT). Vertegenwoordigers van rechthebbenden en betalingsplichtigen maken deel uit van het bestuur van de SONT. Stichting de Thuiskopie vertegenwoordigt de rechthebbenden. De Stichting Overlegorgaan Blanco Informatiedragers en de Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied vertegenwoordigen de betalingsplichtigen. De voorzitter van het bestuur van de SONT wordt benoemd door de Minister. Op grond van de statuten van de SONT beslist de voorzitter als de vertegenwoordigers van de rechthebbenden en betalingsplichtigen onderling niet tot overeenstemming komen.

(v) De meeste Nederlandse rechthebbenden hebben hun uit de Auteurswet of Wet op de naburige rechten voortvloeiende rechten overgedragen aan collectieve beheersorganisaties, die deze rechten collectief voor hen exploiteren. Deze collectieve beheersorganisaties innen de thuiskopievergoedingen bij Stichting de Thuiskopie en verdelen de ontvangen vergoedingen onder de bij hen aangesloten rechthebbenden.

(vi) Norma is een collectieve beheersorganisatie in de onder (v) bedoelde zin. Vele uitvoerende kunstenaars, onder wie Blok c.s. hebben zich aangesloten bij Norma.

(vii) NTB en FNV KIEM zijn vakbonden voor musici respectievelijk werknemers freelancers en kleine zelfstandigen in de kunsten, informatie-industrie en media.

(viii) Op 29 december 2005 heeft het CvTA de Minister een rapport gezonden, waarin verslag wordt gedaan van een door het CvTA ingesteld onderzoek naar het functioneren van Stichting de Thuiskopie en de collectieve beheersorganisaties. In het rapport staat dat de situatie bij Stichting de Thuiskopie van dien aard was dat ingrijpen door in ieder geval de stichting zelf noodzakelijk was, onder meer met betrekking tot de financiële verantwoording.

(ix) Op 29 november 2006 heeft de voorzitter van de SONT mp3-spelers en harddiskrecorders aangewezen als voorwerpen waarvoor in beginsel een thuiskopievergoeding verschuldigd is. Het besluit houdt het volgende in:

1. Voor de zogenaamde “oude” dragers worden de thans bestaande tarieven tot nader order gehandhaafd (zoals blanco cd's en dvd's)

2. Voor de volgende dragers als bedoeld in art. 16c van de Auteurswet en artikel 10 Wet op de naburige rechten wordt de heffing tot nader order vastgesteld op nihil (“0-tarief”):

Digitale audiospelers die bestemd zijn voor, en in substantiële mate gebruikt worden voor het kopiëren van auteursrechtelijk dan wel nabuurrechtelijk materiaal (zoals mp3-spelers)

Digitale videorecorders die zijn uitgerust met een harde schijf.

(x) Op 26 januari 2007 heeft het CvTA de Minister een eindrapportage gezonden met zijn bevindingen over de mate waarin Stichting de Thuis kopie gevolg heeft gegeven aan de aanbevelingen die het CvTA had geformuleerd naar aanleiding van de in zijn rapport van 29 december 2005 geconstateerde tekortkomingen. In deze eindrapportage signaleert het CvTA een nieuw probleem bij Stichting de Thuis kopie, namelijk dat er grote bedragen aan thuis kopievergoedingen door Stichting de Thuis kopie waren geïnd die niet waren verdeeld onder de rechthebbenden. Ultimo 2005 ging het om een bedrag van € 57.000.000,-.

(xi) Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 17 februari 2007 (hierna: AMvB I) heeft de Kroon voorwerpen aangewezen als bedoeld in art. 16c Aw (Stb. 2007, 75). Mp3-spelers en harddiskrecorders zijn – anders dan in het hiervoor genoemde besluit van de voorzitter van de SONT – niet aangewezen als voorwerpen ten aanzien waarvan een thuis kopievergoeding verschuldigd is. Deze maatregel heeft gelding tot 1 januari 2008.

(xii) Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 5 november 2007 (hierna: AMvB II) heeft de Kroon wederom voorwerpen aangewezen als bedoeld in art. 16c Aw (Stb. 2007, 435). Mp3-spelers en harddiskrecorders zijn wederom niet aangewezen als voorwerpen ten aanzien waarvan een thuis kopievergoeding verschuldigd is. Deze maatregel heeft gelding tot 1 januari 2009.

(xiii) Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 7 november 2008 (hierna: AMvB III) heeft de Kroon voorwerpen aangewezen als bedoeld in art. 16c Aw (Stb. 2008, 468). Mp3-spelers en harddiskrecorders zijn wederom niet aangewezen als voorwerpen ten aanzien waarvan een thuis kopievergoeding verschuldigd is. Deze maatregel is vanwege een procedureel gebrek niet in werking getreden.

(xiv) Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 4 mei 2009, Stb. 2009, 206 (hierna AMvB IV) heeft de Kroon het procedurele gebrek van AMvB III hersteld door de regeling opnieuw uit te vaardigen en daarin als vervaldatum 1 januari 2010 op te nemen.

(xv) 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 de parlementaire werkgroep auteursrechten debat zal worden gevoerd over de toekomst van het thuishopiëstelsel en dat het in afwachting van de uitkomst van dat debat niet wenselijk is het bestaande stelsel ingrijpend te wijzigen of uit te breiden.

2. De vordering van Norma c.s.

Na wijziging van eis in eerste aanleg en in hoger beroep hebben Norma c.s. gevorderd (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 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 de rechter 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 deze aansluit bij de volgende door de SONT in 2005 gebruikte formulering voor mp3-spelers en harddiskrecorders: "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 digitale videorecorders die zijn uitgerust met een harde schijf, (vi) althans een dusdanige voorziening te treffen dat Norma c.s., althans Blok c.s. en de andere bij Norma aangesloten rechthebbenden, op billijke wijze worden gecompenseerd voor het nadeel dat zij lijden ten gevolge van het thuishopiëren 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.

3. Het vonnis van de rechtbank

De rechtbank heeft de vorderingen van Norma c.s. afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank het volgende overwogen. De Kroon was bevoegd tot het uitvaardigen van de AMvB's. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 16c Aw blijkt dat de Kroon terughoudend gebruik dient te maken van haar bevoegdheid. De Kroon kan van haar

bevoegdheid gebruik maken, indien de partijen vertegenwoordigd in SONT er onderling niet uitkomen. De Kroon houdt de eindverantwoordelijkheid, omdat ook meer algemene belangen een rol spelen, aldus de parlementaire geschiedenis. Beide gronden voor ingrijpen doen zich naar het oordeel van de rechtbank in dit geval 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 (2001/29/EG; hierna: ARI) doet dat niet. Het volstaat dat er een vergoedingsstelsel is dat als geheel voorziet in een billijke compensatie. Voor zover Norma c.s. hebben bedoeld te betogen dat het totaal aan thuiskopievergoedingen dat Norma c.s. ontvangen geen billijke compensatie oplevert, is dat standpunt 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 Eerste Protocol bij het EVRM schrijft geen specifieke wijze van compensatie voor en de Staat komt in dat opzicht een ruime beoordelingsvrijheid toe. Evenmin is er 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 proceskosten worden begroot op basis van het liquidatietarief, omdat geen sprake is van handhaving van intellectuele eigendomsrechten in de zin van art. 1019h Rv.

4. Het arrest van het Hof

4.1 Het hof heeft in zijn arrest van 27 maart 2012 het vonnis van de rechtbank vernietigd en (i) voor recht verklaard dat het uitvaardigen van de AMvB's 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 j° art. 10 sub e WNR, onrechtmatig is jegens Norma c.s.; (ii) de Staat veroordeeld tot betaling van de schade die Norma c.s. door dat onrechtmatig handelen hebben geleden en nog zullen lijden. Daartoe heeft het hof onder meer het volgende overwogen.

4.2 Het hof stelt voorop dat de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in overeenstemming met de Auteursrichtlijn 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 (HvJEU 21 oktober 2010, C-467/08, zkr C-467/08, NJ 2011, 509, Padawan/SGAE) en 16 juni 2011 (HvJEU 16 juni 2011, zkr C-462/09, NJ 2011, 510, 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 voorwerpen 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 voorwerpen 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, onder 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). (rov. 3.3)

4.3 Uit het systeem van de Auteursrichtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, 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. (rov. 3.4)

Nu Nederland het thuis kopiëren heeft mogelijk gemaakt, mogen overwegingen die verband houden met door Nederland wenselijk geachte toekomstige wetgeving op nationaal of internationaal niveau geen rol spelen bij (het antwoord op) 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 thuishopiëstelsel 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 thuishopiëren toe te staan, hetzij - en wel tijdig - te zorgen voor een (wel) werkbaar stelsel, hetzij de uitzondering op het thuishopiëren ongedaan te maken. De Staat heeft echter noch het een noch het ander gedaan. Overigens is het huidige stelsel niet onwerkbaar. 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 kopiëren die met digitale audiospelers en digitale videorecorders (kunnen) worden gemaakt onbelast te laten. (rov. 3.5)

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. (rov. 3.6)

Ook de mogelijkheden voor technische beschermingsmaatregelen in de toekomst kunnen geen rechtvaardiging opleveren om rechthebbenden hun recht op een billijke compensatie over digitale audiospelers en digitale videorecorders te onthouden. Normen c.s. hebben, onvoldoende gemotiveerd bestreden, gesteld dat technische beschermingsvoorzieningen niet beschikbaar zijn en niet worden toegepast 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. (rov. 3.7)

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

ARtl, 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. (rov. 3.13)

De Staat heeft onrechtmatig - want in strijd met hogere regelgeving (de ARtl 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. (rov. 3.15)

Het gevorderde sub 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 de rechter aan te wijzen deskundige), is niet toewijsbaar aangezien, zolang de partijen in SONT het niet eens zijn, de Kroon bevoegd is tot het aanwijzen van voorwerpen. (rov. 3.16)

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 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. (rov. 3.17)

Bij de proceskostenveroordeling zal het liquidatietarief worden gehanteerd hanteren, omdat art. 1019h Rv. niet op een geschil als het onderhavige van toepassing is, nu het hier niet gaat om de handhaving van rechten van intellectuele eigendom tegen een daarop gepleegde inbreuk (rov. 3.18).

5. De procedure in cassatie

De Staat heeft bij dagvaarding van 25 juni 2012 – dus tijdig – beroep in cassatie ingesteld van het arrest van het hof en een middel van cassatie aangevoerd dat bestaat uit acht onderdelen. Norma c.s. heeft geconcludeerd tot verwerping in het principale beroep en zij heeft (deels voorwaardelijk) incidenteel beroep in cassatie ingesteld onder aanvoering van twee middelen. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Er is ten slotte gediend van repliek en dupliek.

6. Bespreking van het principaal cassatiemiddel

6.1 Art. 5 lid 2, onder b, en art. 5 lid 5 ARtl leggen, zoals het hof terecht heeft overwogen, 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 (HvJEU 16 juni 2011, C-462/09, NJ 2011, 510, Stichting Thuis kopie/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). Het begrip ‘billijke compensatie’ in de zin van artikel 5, lid 2, onder b, van de ARtl is een autonoom 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 die richtlijn gestelde grenzen *de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau* (toegevoegde cursivering, A-G) van deze billijke compensatie te bepalen (HvJEU 21 oktober 2010, zkr C-467/08, NJ 2011, 509, Padawan/SGAE, punt 37).

6.2 Het HvJEU heeft in rov. 26-27 van Opus (en in rov. 45-46 van Padawan) het volgende overwogen:³

26. Aangezien degene die voor privégebruik een reproductie van een beschermd werk vervaardigt zonder vooraf toestemming te vragen aan de houder van het exclusieve reproductierecht, die houder benadeelt, is die vervaardiger 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, reeds aangehaald, punt 45).

27. Het Hof heeft evenwel aanvaard dat, gelet op de praktische moeilijkheden om de particuliere gebruikers te identificeren en om hen te verplichten de rechthebbenden te compenseren voor de schade die zij hun berokkenen, het de lidstaten vrijstaat om met het oog op de financiering van de billijke compensatie een ‘vergoeding 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 dergelijk stelsel dienen de personen die over die installaties beschikken de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik te betalen (arrest Padawan, reeds aangehaald, punt 46).”

Met het hof in deze zaak ben ik van mening dat de arresten Opus en Padawan en de overige door het hof besproken jurisprudentie tot de conclusie leiden dat Nederland moet voorzien in regelgeving waarin 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. Hieraan kan niet afdoen dat lidstaten ervoor mogen kiezen in verband met de relevant geachte omstandigheden om verschillende dragers met een verschillend tarief te belasten of om, gelet op diezelfde omstandigheden, sommige dragers wel en andere dragers niet in de heffing te betrekken.⁴ Zulks volgt uit het slot van punt 37 van Padawan-arrest, waarin staat dat lidstaten vrij zijn de wijze van financiering en het niveau van de billijke compensatie te bepalen. Dat lidstaten vrij zijn de wijze van financiering te bepalen, betekent niet dat zij ook geheel vrij zijn de billijke vergoeding naar eigen inzicht vast te stellen. De lidstaten zullen ook niet mogen voorbijgaan aan nieuwe technische ontwikkelingen die leiden tot

³ Zie P.J. Kreijger in een noot onder het bestreden arrest in Mediaforum 2012, p. 222, die op dit punt spreekt van een evidente misslag van de rechtbank.

⁴ Vgl. Schriftelijke toelichting van de Staat, nr. 2.27.

kopieergedrag dat voor de billijke vergoeding van belang is. Ik verwijs hiervoor naar het arrest van het HvJEU van 13 juli 2013⁵. Daarin herhaalt het hof in rov. 25-27 zijn eis van “het rechtvaardige evenwicht” tussen de belangen van de houders van het uitsluitende reproductierecht en die van de gebruikers van beschermd materiaal, dat ertoe moet leiden dat de last van de vergoeding uiteindelijk wordt gedragen door de privégebruikers die de prijs van de drager, inclusief heffing, betalen. Er moet voorts een noodzakelijk verband bestaan tussen de toepassing van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie en het gebruik daarvan voor privé kopiëren. Met andere woorden: de hoogte van de billijke vergoeding hangt ten nauwste samen met de mogelijkheid van gebruik ten behoeve van het voor privédoeleinden kopiëren van beschermd materiaal. Daaruit kan enerzijds de conclusie worden getrokken dat geen heffing mag worden opgelegd als dit gebruik niet aannemelijk is, maar anderzijds ook dat in beginsel geen heffing achterwege mag worden gelaten als dit gebruik in substantiële mate wel moet worden aangenomen. In rov. 47 herhaalt het HvJEU zijn oordeel uit Padawan dat “de conceptie en het niveau van de billijke compensatie in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 verband houden met de schade die voor de houders van het uitsluitende reproductierecht resulteert uit de reproductie van hun beschermde werk die zonder hun toestemming voor privégebruik wordt gemaakt”. Ook hieruit volgt naar mijn mening dat het de lidstaten niet is toegestaan zonder een op de bijzondere omstandigheden gebaseerde rechtvaardiging de heffing achterwege te laten op dragers die gebruikt worden voor bedoelde reproductie waaruit schade voortvloeit voor de rechthebbenden. Nu het hof in rov. 3.9 onbestreden heeft vastgesteld dat digitale audiospelers en digitale videorecorders geschikt zijn om beschermd materiaal te reproduceren en dat dit ook in aanzienlijke mate gebeurt⁶, is zijn oordeel dat daarop heffingen hadden behoren te worden toegepast ter verkrijging van een billijke compensatie, in overeenstemming met de richtlijn. Zulks kan ook worden afgeleid uit HvJ EU 6 februari 2003, zkr C-245/00⁷, inzake de uitleg van art. 8, lid 2 van EEG-Richtlijn 92/100 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, waarin werd geoordeeld “dat het begrip billijke vergoeding in art. 8, lid 2, Richtlijn

⁵ Zkr C-521/11, Amazon.

⁶ Zie de gegevens in de conclusie van repliek in eerste aanleg van Norma c.s. onder 27 en de daarbij behorende producties, waaruit blijkt dat MP3-spelers en Harddiskrecorders voor 86% en 79% voor privé-kopiëren bestemd zijn.

⁷ Zie ook HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AA6180, NJ 2006, 375, die het vervolg vormt op dit arrest en HR 9 juni 2000, NJ 2001, 569, die daaraan voorafgaat.

92/100 in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd en in die voege moet worden toegepast dat elke lidstaat op op zijn grondgebied *de meest relevante criteria vaststelt* (cursief AG) om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name door deze richtlijn gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd. De omstreden amvb's zijn in strijd met de beide richtlijnen vastgesteld. Het hof heeft dan ook op begrijpelijke, toereikende en in cassatie niet op juistheid te toetsen gronden geoordeeld dat voor het achterwege laten van de heffing door de Staat geen afdoende rechtvaardiging op grond van bijzondere omstandigheden is gegeven. Ik meen daarom dat alle tegen het bestreden kernoordeel gerichte klachten falen. Ik breng hierbij in herinnering dat de Staat ervoor heeft gekozen het privé-kopiëren in Nederland in ruime mate mogelijk te maken en een resultaatsverplichting heeft om te voorkomen dat de belangen van degenen die daardoor benadeeld worden, op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad (de laatste stap van de zogenoemde drie-stappentoets bij het aanvaarden van de uitzondering van art. 5 lid 5 Artl.⁸). Juist met deze laatste stap of maatstaf zijn de amvb's niet in overeenstemming..

6.3 Het voorgaande brengt mee dat alle klachten van de onderdelen 1 tot en met 6 falen. Daarbij verdient in de eerste plaats opmerking dat vrijwel alle klachten berusten op de centrale stelling van onderdeel 1.3 dat de Staat binnen de grenzen van het Unierecht de mogelijkheid heeft om niet alle dragers die mogelijk geschikt zijn voor het maken van privékopieën aan een heffing te onderwerpen. De toevoeging "binnen het Unierecht" maakt die stelling lastig betwistbaar, maar de Staat miskent dat het gaat om de vraag van uitleg van een "billijke vergoeding" die nu juist volgens het Unierecht niet aan de vrije beoordeling van de lidstaten is overgelaten. Voor zover de Staat in deze procedure heeft aangevoerd dat de heffingen per saldo hebben geleid tot een billijke vergoeding, merk ik op dat die stelling pas aan de orde komt bij de begroting van de schade. Als die stelling juist is, is er immers geen schade geleden. Ten slotte meen ik dat de stelling van de Staat dat de grenzen van het Unierecht meebrengen dat een vergoeding pas dan niet kan worden aanvaard als daarmee de goede werking van de interne markt wordt verstoord, niet kan worden aanvaard. De Artl vereist dat de lidstaten bij het aanvaarden van de thuis kopie exceptie zorg dragen voor vergoeding van de schade van de rechthebbenden.

⁸ Zie Spoor, Verkade en Visser, Auteursrecht, derde druk 2005, p. 223 en volgende.

6.4 De stelling van de Staat, dat in het kader van de aan de lidstaten toekomende vrijheid bij het kiezen van de vorm en de wijze van financiering de mogelijkheid bestaat dat niet alle dragers die geschikt zijn voor het reproduceren, met een heffing te belasten, is op zichzelf juist. Het hof dit uitgangspunt niet miskend, maar geoordeeld dat het te ver gaat digitale opslagmedia geheel buiten de heffing te laten. Het buiten de heffing laten van de moderne en op steeds grotere schaal gebruikte moderne digitale dragers, maakt de uitzondering willekeurig en onrechtvaardig.

6.5 De oordelen van het hof dat de rechthebbenden niet langs andere weg (bijvoorbeeld uit licenties) een vergoeding hebben ontvangen en dat doeltreffende technische beschermingsmaatregelen niet beschikbaar zijn, berusten op een aan het hof voorbehouden waardering van feitelijke aard. Deze oordelen zijn niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd. In de s.t. van Norma c.s. wordt m.i. terecht opgemerkt dat de desbetreffende stellingen van de Staat ook niet erg concreet zijn en ook niet sterk onderbouwd.

6.6 Het is niet ondenkbaar dat de inning en de verdeling van de vergoedingen te wensen overliet, zoals blijktbaar door de Staat wordt bedoeld met de verwijzing naar de bedragen die nog niet waren uitgekeerd. Ik meen dat het hof terecht heeft geoordeeld dat die kwestie geen rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag wat een billijke vergoeding is.

6.7 Voor het overige behoeven de talrijke klachten naar mijn mening geen afzonderlijke bespreking.

6.8 Ik ga hierna nog wel in op onderdeel 7, dat in de kern genomen ten betoge strekt dat door het hof aan de Staat een verboden bevel tot wetgeving wordt gegeven.

6.9 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 maart 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AE8462 , NJ 2003, 691, Stichting Waterpakt/De Staat) geoordeeld dat de Nederlandse rechter geen bevel kan geven aan de Staat tot het uitvoeren van een richtlijn, wanneer dit betekent dat daartoe formele wetgeving tot stand moet worden gebracht. De Hoge Raad heeft daartoe overwogen:

“Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gr.w vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.”

Dit arrest heeft niet tot onverdeelde bijval aanleiding gegeven. Ik verwijs voor een uitvoerige beschrijving van de commentaren naar het hierna te noemen proefschrift van Boogaard. Backes is in zijn annotatie in AB 2004, 39 kritisch over het Waterpakt-arrest. Hij werpt de vraag op of het wetgevingsbevel ook niet is toegestaan in het geval de wetgever niets meer te beslissen heeft en er Europeesrechtelijk een verplichting tot het uitvaardigen van bepaalde wetgeving bestaat die inhoudelijk dusdanig concreet is dat de nationale wetgever geen keuze meer kan maken.⁹ Op dezelfde lijn zit ook J.E.M. Polak, die zich op het standpunt stelt dat de trias politica met zich brengt dat politieke afwegingen niet door de rechter gemaakt moeten worden, maar dat als sprake is van een rechtsplicht tot het tot stand brengen van wetgeving er voor politieke afweging ten aanzien van de vraag of wetgeving tot stand moet komen geen plaats is en dus het trias-argument niet opgaat.¹⁰ Verder is Polak van mening dat er bij lagere wetgeving en in

⁹ In dezelfde zin: M.H. Wissink en R. Meijer, Omzetting van Europese richtlijnen en het rechterlijk bevel tot wetgeving: van ‘nee’ naar ‘ja soms’?, NTBR 2007, p. 299. Zie ook: R.A.J. van Gestel en M.S. Groenhuijsen, Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?, NJB 2006, p. 2050-2056

¹⁰ J.E.M. Polak, Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?, O&A 2004, p. 171;.

ieder geval bij bestuurswetgeving wel ruimte is voor een wetgevingsbevel. Hij verwijst daartoe naar HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, NJ 1987, 251 (Landbouwwliegers). Ik vraag mij af of dit laatste juist is. In het Landbouwwliegers-arrest ging het niet om een bevel tot wetgeving, maar werd lagere wetgeving onverbindend verklaard wegens strijd met algemene rechtsbeginselen.

6.10 In HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004, 679 (Faunabescherming/Friesland) heeft de Hoge Raad zijn oordeel uit het Waterpakt-arrest herhaald en daarbij vooropgesteld dat het buiten toepassing laten van formele wetgeving krachtens art. 94 GW een ander karakter heeft dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemene, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen. Voorts heeft de Hoge Raad overwogen dat er geen grond is om ten aanzien van een door provinciale staten vastgestelde provinciale verordening, ook als deze in strijd zou zijn met een Europese richtlijn, anders te oordelen. Ook indien de rechter een bevel zou geven tot vaststelling door provinciale staten van een provinciale verordening, zou sprake zijn van een ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers in de provinciale staten. Dit geldt ook indien de rechter zou bevelen dat een zodanige met een Europese richtlijn strijdige provinciale verordening zou moeten worden ingetrokken. Voorts zou het gevolg van een zodanig bevel eveneens zijn dat aldus een algemene ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven zou worden geroepen, aldus de Hoge Raad.

6.11 In de SGP-zaak¹¹ achtte de Hoge Raad het niet mogelijk om een rechterlijk gebod te bevelen tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan art. 7 Vrouwenverdrag. De keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen vergt namelijk een afweging van belangen die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd. Ook de vordering tot het geven van een verbod tot het laten voortbestaan van een onrechtmatige situatie was

¹¹ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010, 388.

om deze reden niet toewijsbaar. De conclusie van Boogaard in zijn proefschrift, dat het de bedoeling van de Hoge Raad in het SGP-arrest was om de wetgever aan het werk te zetten en dat er in dit arrest sprake is van een feitelijk wetgevingsbevel,¹² lijkt mij in beginsel dan ook niet juist. Hij wijst er evenwel terecht op dat het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming de verplichting meebrengt om een stelsel van overheidsaansprakelijkheid wegens (gekwalficeerde) schending van het Unierecht te erkennen en te respecteren.¹³

6.12 Wat betekent het bovenstaande voor de onderhavige zaak? Het hof heeft (i) voor recht verklaard dat het uitvaardigen van de AMvB's 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 j° art. 10 sub e WNR, wegens strijd met de Auteursrichtlijn onrechtmatig is jegens Norma c.s.; (ii) de Staat veroordeeld tot betaling van de schade die Norma c.s. door dat onrechtmatig handelen hebben geleden en nog zullen lijden. Niet kan worden gezegd dat het hof hiermee indirect de Staat heeft gedwongen om de AMvB's alsnog aldus aan te passen dat daarin [fabrikanten van] 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, worden aangewezen als vergoedingsplichtig onder art. 16c Aw j° art. 10 sub e WNR. In de onderhavige zaak, waarin het hof heeft volstaan met de verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door geen specifieke maatregelen te treffen en met een veroordeling van de Staat tot schadevergoeding¹⁴ wegens het niet treffen van die maatregelen, is het hof dan ook binnen de grenzen van zijn bevoegdheid gebleven. Voor zover de Staat betoogt dat indirect wel sprake is van een bevel tot wetgeving, kan ik dat standpunt niet volgen. Als de Staat tekortgeschoten is in een verplichting tot het vaststellen van een billijke vergoeding, leidt dat alleen tot schadeloosstelling. Het is aan de Staat te beslissen of en op welke wijze in de toekomst wordt voorkomen dat hij opnieuw

¹² G. Boogaard, Het wetgevingsbevel, Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten, diss. UvA, 2013, p. 13, 35, 239.

¹³ P. 166. Zie ook E. Mak, Rechter en wetgever in een globaliserende context: ieder voor zich of samen sterk?, in: De verhouding tussen rechter en wetgever, preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, 2013, p. 47-72.

¹⁴ Anders: R.J.B. Schutgens, Onrechtmatige wetgeving, diss. Nijmegen, 2009, blz. 250.

deswege schadeplichtig wordt. In de kern komt het betoog van de Staat erop neer dat de rechter de rechtmatigheid van de onderhavige wetgeving niet mag toetsen aan de richtlijn. Mij lijkt dat betoog te berusten op een onjuiste rechtsopvatting, in het bijzonder in verband met hetgeen hiervoor aan het slot van 6.11 is opgemerkt. Het onderdeel faalt derhalve.

7. Bespreking van het incidenteel cassatieberoep

7.1 Onderdeel 1 klaagt erover dat het hof in rov. 3.18 heeft miskend dat art. 1019h Rv van toepassing is op de proceskostenveroordeling.

7.2 Art. 1019h Rv. is gebaseerd op art. 14 Richtlijn 2004/48/EG (hierna: Handhavingsrichtlijn). Art. 1 Handhavingsrichtlijn bepaalt dat deze richtlijn ziet op de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die noodzakelijk zijn om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Voorts bepaalt artikel 2, lid 1 van de richtlijn dat deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen overeenkomstig artikel 3 van deze richtlijn van toepassing zijn op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in met name het nationale recht van de betrokken lidstaat. Hieruit volgt dat art. 1019h niet van toepassing is op een procedure als de onderhavige waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd dat de vijf AMvB's een onrechtmatige daad opleveren van de Staat en om die reden tevens schadevergoeding wordt gevorderd.¹⁵ De Staat wordt hier alleen aangesproken als wetgever die tekortgeschoten is bij de vaststelling van een billijke vergoeding, en niet als inbreukmaker. De klacht faalt derhalve.

7. Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

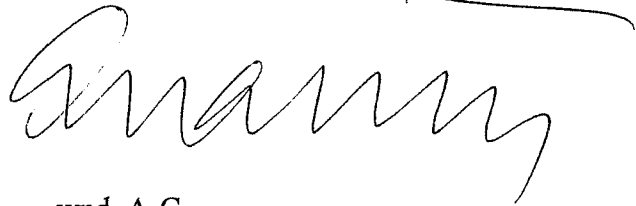
7.1 Nu naar mijn oordeel onderdeel 7 van het principaal cassatieberoep ongegrond is, is de voorwaarde waaronder het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld niet vervuld.

¹⁵ Vgl. HvJ EU 15 november 2012, z.k. C-180/11, (Bericap/Plastinnova). C. Vrendenburg, Kort commentaar bij HvJ EU 15 november 2012, zaak C-180/11, B9 11843 (Bericap / Plastinnova) en Rb 's-Gravenhage 28 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY4482, B9 11888 (Apple / Samsung), B9 11890, Boek 9.nl Het stellen van een prejudiciële vraag op dit punt zoals in HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012, 532 lijkt mij dan ook niet nodig.

8. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale en van het (voorwaardelijk) incidentele beroep.

De procureur-generaal bij de Hoge Raad
der Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A.G.', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

wnd. A-G.