

lees

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/450861 / KG ZA 13-1065

Vonnis in kort geding van 22 november 2013

in de zaak van

de stichting
STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. J.W.A. Meddens te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ACER COMPUTER B.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
gedaagde,
advocaat mr. A.P. Groen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna De Thuis kopie en Acer genoemd worden. De zaak is voor De Thuis kopie behandeld door haar advocaat voornoemd en mr. W.A. Roos, advocaat te Amsterdam en voor Acer door haar advocaat voornoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 24 september 2013 met producties 1 tot en met 11;
- de producties 1 tot en met 6 van Acer;
- de producties 12 en 13 van De Thuis kopie;
- de producties 7 tot en met 15 van Acer;
- de mondelinge behandeling en de ter gelegenheid daarvan door partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. De Thuis kopie is de collectieve beheersorganisatie die is aangewezen voor 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 kopievergoeding').

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

2

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. In de SONT worden de rechthebbenden vertegenwoordigd door De Thuiskopie en de vergoedingsplichtigen door een drietal brancheverenigingen. In de statuten van de SONT is bepaald dat de onafhankelijke, door de minister benoemde, voorzitter van de SONT zelfstandig die vaststelling kan doen als de partijen die vertegenwoordigd zijn in de SONT niet tot overeenstemming komen.

2.3. Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 23 oktober 2012 (hierna: 'de AMvB') is het aantal voorwerpen waarvoor thuiskopievergoeding verschuldigd is, uitgebreid. De AMvB is per 1 januari 2013 in werking getreden. In artikel 1 van de AMvB is bepaald:

Artikel 1

De vergoeding en de voorwerpen waarop deze rust, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, zijn opgenomen in de bijlage bij dit besluit. (...)

In de betreffende bijlage is niet alleen een thuiskopievergoeding voor Cd-R en DVD dragers vastgesteld, maar ook voor de hieronder opgesomde voorwerpen:

| | | |
|------------------------------------|----------|--------|
| externe HDD Drive | | € 1,00 |
| Audio-/videospeler | ≤ 2Gb | € 1,00 |
| | > 2Gb | € 2,00 |
| HDD Recorder/Settopbox | ≤ 160 Gb | € 2,50 |
| | > 160 Gb | € 5,00 |
| Telefoon met Mp3-speler/Smartphone | < 16 Gb | € 2,50 |
| | ≥ 16 Gb | € 5,00 |
| Tablet | ≤ 8 Gb | € 2,50 |
| | > 8 Gb | € 5,00 |
| PC/Laptop | | € 5,00 |

2.4. De in de AMvB vastgestelde vergoedingen zijn gelijk aan een door de voorzitter van de SONT gegeven advies over de hoogte van die vergoedingen. Die zijn door de bestuursvoorzitter van de SONT opgenomen in een Besluit op hoofdlijnen van 12 oktober 2012 (hierna: het SONT-advies). In het SONT-advies overweegt de voorzitter van de SONT:

*“2. Er is tussen partijen blijvende onenigheid over het schadebegrip dat het uitgangspunt zou moeten zijn voor de thuiskopievergoeding:
a. Dit geldt in de eerste plaats voor de breedte van het schadebegrip: Gaat het alleen over misgelopen inkomsten uit verkoop binnen de huidige modellen, of ook over misgelopen licentie-inkomsten binnen niet bestaande modellen, of om een vergoeding voor het gehele of gedeeltelijke ‘voordeel’ dat consumenten ervaren (het*

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

3

consumentensurplus) als gevolg van het thuishopiëren? Mag, wanneer er ooit een downloadverbod komt, nog altijd geïnd worden over het illegale downloaden dat dan zal blijven plaatsvinden?

b. Tevens geldt dit voor de omvang van de schade bij een gegeven invulling van het begrip. In de wetenschappelijke literatuur circuleren sterk uiteenlopende inschattingen van de schade als gevolg van downloaden uit illegale bron. De meeste literatuur constateert wel dat er schade is, maar zelfs daarover is de literatuur niet unaniem. Over andere thuishopiëren bestaat weinig literatuur, maar de problematiek om die schade op een eenduidige wijze vast te stellen is eender.

c. Producenten en importeurs houden vast aan een lopend onderzoek dat erop gericht is deze schade vast te stellen, maar los van de definitiekwestie onder (a), zal dit onderzoek alleen al door zijn opzet geen definitief antwoord kunnen geven op de schadevraag.

d. Stichting ThuisKopie houdt in beginsel vast aan basistarieven voor de schade als gevolg van het thuishopiëren van audio en audiovisueel materiaal, die stammen uit de jaren '90. Het is echter evident dat met de explosief gestegen opslagcapaciteit en gedaalde prijs van dragers, en het toegenomen gemak waarmee thuishopiëren worden gemaakt, de waarde van een afzonderlijke thuishopie voor de consument de afgelopen decennia scherp is gedaald. Er zitten nog altijd maar 168 uren in een week, en de tijd besteed aan het beluisteren van opgenomen muziek en het bekijken van televisie en video is ondanks de opkomst van het internet opvallend stabiel gebleven (zie Bijlage A). Daarmee is ook de schade in verhouding tot het aantal thuishopiëren de afgelopen decennia gedaald.

e. Hoewel beide partijen dus de voorkeur hebben voor een schadevaststelling binnen de Nederlandse situatie, is dit niet haalbaar door het ontbreken van een gedeeld schadebegrip en van een voldoende gezaghebbende schadebepaling gegeven zo'n begrip.

3. Tegen deze achtergrond is gewerkt aan een regeling die sober is:

a. Zowel voor wat betreft de tarieven in relatie tot de prijzen van de dragers, om marktverstoring, ontduiking en vraaguitval te voorkomen;

b. Als voor wat betreft de totale lastendruk, waarbij gekeken is naar thuishopieheffingen elders in Europa als ook naar de opbrengst van de thuishopievergoeding voorafgaand aan de bevrizing."

(...)

"5. Op grond van de beginselen onder 2 en 3 streeft de regeling naar een bruto incasso van € 40 mln., uitgaande van de verkoopvolumes in 2011 (zie Bijlage B).

6. Bij een ontduiking van 35% komt de netto incasso daarmee op € 26 mln. Dit is ongeveer gelijk aan de incasso in 2005, het hoogtepunt voor de tarieven werden bevroren. Bij 25% ontduiking komt de netto incasso op ongeveer € 30 mln."

2.5. Bij algemene maatregel van bestuur van 15 oktober 2013 is de AMvB verlengd tot 1 januari 2016.

2.6. Acer heeft samen met branchevereniging FIAR CE en een aantal andere vergoedingsplichtigen (hierna: Acer c.s.) een bodemprocedure aangespannen bij deze rechtbank tegen de Staat en De ThuisKopie (hierna: de bodemprocedure). In die procedure vorderen zij, na eiswijziging, kort samengevat verklaringen voor recht dat de AMvB

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

4

onverbindend is, dat de Staat onrechtmatig handelt jegens hen door de AMvB vast te stellen en te effectueren en dat de Staat daardoor schadeplichtig is. Daarnaast vorderen zij een verklaring voor recht dat de door hen aan De ThuisKopie betaalde vergoedingen onverschuldigd zijn betaald en dat De ThuisKopie daardoor ongerechtvaardigd is verrijkt, met veroordeling van De ThuisKopie tot restitutie van hetgeen Acer c.s. op grond van de AMvB aan De ThuisKopie heeft voldaan.

2.7. De ThuisKopie heeft De Staat in vrijwaring geroepen voor de aanspraken van Acer c.s. jegens haar, die zouden kunnen voortvloeien uit een veroordelend vonnis in de in 2.6 beschreven hoofdzaak.

2.8. Acer heeft sinds 1 januari 2013 nog geen thuisKopievergoedingen aan De ThuisKopie afgedragen. Op 14 oktober 2013 heeft Acer wel administratieve bescheiden over de eerste negen maanden van dit jaar aan De ThuisKopie ter beschikking gesteld, op grond waarvan De ThuisKopie de hoogte van de heffing over de betreffende periode volgens Acer kan vaststellen.

2.9. Acer heeft in een brief van 14 oktober 2013 het volgende aanbod aan De ThuisKopie gedaan:

*“1. Er zal maandelijks gerapporteerd worden aan De ThuisKopie conform bovenstaand model aan De ThuisKopie met welke rapportage De ThuisKopie in staat is vast te stellen en aan te tonen wat de hoogte is van de totaal af te dragen thuisKopievergoedingen, indien de AMvB uiteindelijk (geheel of ten dele) van toepassing mocht blijken te zijn;
2. Acer zal de bedragen aan de thuisKopievergoedingen voor de niet-professionele markt die Acer volgens De ThuisKopie verschuldigd is (uitgaande van geldigheid van de AMvB) voor 50% aan De ThuisKopie betalen binnen een betalingstermijn van 4 weken nadat de betreffende factuur is ontvangen en - nadat over de modaliteiten daarvan overeenstemming is bereikt met De ThuisKopie - de overige 50% apart zetten op de derdengeldrekening van een door De ThuisKopie aan te wijzen onafhankelijk notariskantoor, waarbij tussen Acer en De ThuisKopie een separate overeenkomst zal worden gesloten dat de uitbetaling van deze derdengeldrekening zal worden gedaan, nadat bij kracht van gewijsde gegane uitspraak zal zijn vastgesteld dat deze vergoedingen daadwerkelijk door Acer verschuldigd zijn aan De ThuisKopie en waarbij het bedrag aan Acer wordt uitgekeerd indien Acer bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis de thans aanhangige bodemprocedure zal hebben gewonnen.”*

3. Het geschil

3.1. De ThuisKopie vordert - samengevat - veroordeling van Acer bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- a. tot het doen van opgave als bedoeld in artikel 16f Aw van de bij de AMvB aangewezen voorwerpen die Acer in de periode vanaf 1 januari 2013 tot en met de datum van het vonnis in Nederland heeft geïmporteerd of gefabriceerd en om vervolgens telkens onverwijld na import of fabricage een dergelijke opgave te blijven doen, op straffe van een dwangsom;
- b. om de billijke vergoeding die Acer verschuldigd is te betalen telkens binnen drie weken na ontvangst van een factuur van De ThuisKopie;

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

5

-
- c. om te staken en gestaakt te houden de import en verdere verhandeling van de bij de AMvB aangewezen voorwerpen zonder daarover opgave te doen en/of thuiskopievergoeding aan De Thuis kopie te betalen, op straffe van een dwangsom;
 - d. tot betaling van de proceskosten.

3.2. De Thuis kopie legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Acer op grond van de artikelen 16c en 16f Aw en de AMvB gehouden is opgave te doen van het aantal in de AMvB aangewezen voorwerpen dat zij sinds 1 januari 2013 heeft geïmporteerd of gefabriceerd en om daarover thuis kopievergoeding te betalen. Acer houdt zich daar niet aan. De Thuis kopie stelt voorts dat zij een spoedeisend belang heeft bij die opgave en betalingen omdat een onrechtmatige situatie bestaat zolang Acer niet betaalt en andere marktpartijen daardoor worden aangezet om hun betalingen ook te staken.

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

4. Juridisch kader

4.1. Artikel 5 lid 2 sub b van de Auteursrecht richtlijn¹ (ARI) (hierna: de Richtlijn) bepaalt dat de lidstaten beperkingen op het reproductierecht kunnen stellen ten aanzien van de reproductie door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, mits de rechthebbenden daarvoor een billijke compensatie ontvangen.

4.2. Het Europese Hof van Justitie heeft in de Padawan-zaak² met betrekking tot de uitzondering in artikel 5 lid 2 sub b ARI onder andere als volgt geoordeeld:

“37 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip „billijke compensatie” in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 een autonoom unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik 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 van deze billijke compensatie te bepalen.

(...)

50 Gelet op het vooroverwogene moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het tussen de betrokken personen te vinden „rechtvaardige evenwicht” impliceert dat de billijke compensatie moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik. Een regeling volgens welke de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze op die grond juridisch of feitelijk ter beschikking van privégebruikers stellen of daarmee ten behoeve van hen reproductiediensten verrichten, de billijke compensatie dienen te financieren, voldoet aan de vereisten van dit „rechtvaardige evenwicht”, aangezien die

¹ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

² Hof van Justitie EU 21 oktober 2010, CELEX: 62008CJ0467, LJN:BO9594.

personen de daadwerkelijke last van die financiering kunnen afwentelen op de privé-gebruikers.

(...)

59 Gelet op een en ander moet op de derde en de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat er een verband moet bestaan tussen de toepassing van de heffing voor de financiering van de billijke compensatie op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie en het vermoedelijke gebruik van deze installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privé-gebruik. Bijgevolg is de ongedifferentieerde toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privé-gebruik, met name op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie die niet ter beschikking van privé-gebruikers worden gesteld en duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privé-gebruik, niet in overeenstemming met richtlijn 2001/29. ”

4.3. In het Amazon arrest heeft het Hof van Justitie vervolgens als volgt geoordeeld³:

“37 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan zonder onderscheid een vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik wordt opgelegd wanneer voor het eerst bedrijfsmatig en onder bezwarende titel dragers die geschikt zijn voor reproductie op zijn grondgebied in het verkeer worden gebracht, doch deze regeling eveneens voorziet in een recht op terugbetaling van de betaalde vergoeding ingeval deze dragers uiteindelijk worden gebruikt op een manier die niet onder de in deze bepaling bedoelde situatie valt, indien praktische moeilijkheden een dergelijk stelsel van financiering van de billijke compensatie rechtvaardigen en het recht op terugbetaling doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan in het licht van de omstandigheden van het nationale stelsel en de grenzen die door deze richtlijn zijn gesteld.

(...)

45 In die omstandigheden moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling zich niet verzet tegen de invoering door een lidstaat van een weerlegbaar vermoeden van privégebruik van dragers die geschikt zijn voor reproductie wanneer deze dragers door levering aan natuurlijke personen in het verkeer worden gebracht, in het kader van een stelsel voor de financiering van de in die bepaling bedoelde billijke compensatie door middel van een vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik ten laste van personen die deze dragers voor het eerst bedrijfsmatig en onder bezwarende titel op het grondgebied van de betrokken lidstaat in het verkeer brengen, indien praktische moeilijkheden bij de vaststelling of de betrokken dragers voor privédoeleinden worden gebruikt een dergelijk vermoeden rechtvaardigen en voor zover dat vermoeden er niet toe leidt dat de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik wordt opgelegd in situaties waarin het uiteindelijke gebruik van de dragers kennelijk niet onder de in deze bepaling bedoelde situatie valt.”

³ Hof van Justitie EU 11 juli 2013, Amazon v Austro-Mechana, CELEX: 62011CJ0521.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

7

5. De beoordeling

5.1. Het onderhavige geschil betreft onder meer een vordering tot het doen van opgave ter vaststelling van thuishkopievergoeding en de betaling van thuishkopievergoeding. Op grond van artikel 16g Aw is de voorzieningenrechter van deze rechtbank daarom bevoegd van dit geschil kennis te nemen.

5.2. De voorzieningenrechter zal eerst de betalingsvordering van De ThuisKopie beoordelen en daarna de overige vorderingen. Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar - kort gezegd - het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

Vordering voldoende aannemelijk?

5.3. De ThuisKopie heeft als meest verstrekkende argument tegen de bezwaren van Acer aangevoerd dat de vordering van Acer in de bodemprocedure tot restitutie van betaalde thuishkopieheffingen niet zal worden toegewezen, ongeacht het oordeel van de rechtbank over de vraag of de AMvB onverbindend is. Thuishkopievergoedingen die voor de datum van het vonnis in de bodemprocedure zijn voldaan, zijn voldaan krachtens een AMvB die in ieder geval ten tijde van de heffing nog niet onverbindend was, zodat van onverschuldigde betaling door Acer geen sprake kan zijn, aldus De ThuisKopie. Met andere woorden, onverbindendverklaring van de AMvB heeft geen 'terugwerkende kracht'.

5.4. Deze stellingname van De ThuisKopie is naar voorlopig oordeel niet juist. Het oordeel dat de AMvB onverbindend is omdat die in strijd is met hogere wetgeving, heeft niet alleen werking jegens de Staat maar ook jegens derden⁴. Dat geldt in dit verband te meer nu De ThuisKopie ook partij is in de bodemprocedure. De hoogte van de vorderingen van De ThuisKopie en de dragers waarvoor Acer vergoedingsplichtig is, zijn rechtstreeks ontleend aan de AMvB. Als in de bodemprocedure voor recht wordt verklaard dat de AMvB onverbindend is vanwege strijd met hogere regelgeving, is die dat al zolang die hogere regelgeving van kracht was. In het onderhavige geval zou dat zijn vanaf de inwerkingtreding van de AMvB, 1 januari 2013, omdat Acer zich beroept op strijdigheid met de Richtlijn en de Auteurswet die op dat moment al van kracht waren. Dat betekent naar voorlopig oordeel dat de grondslag aan de vorderingen van De ThuisKopie in geval van onverbindendverklaring van de AMvB komt te ontvallen, zodat op De ThuisKopie een verbintenis tot restitutie van onverschuldigd betaalde thuishkopievergoedingen zou komen te rusten⁵.

⁴ HR 18 februari 2005, NJ 2005, 283 (Aujezsky).

⁵ In deze zin ook het Hof 's-Gravenhage in het arrest in de Aujezsky-zaak, 17 oktober 2002, NJ 2003, 116 en R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige Wetgeving*, Nijmegen, 2009, blz. 35.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

8

5.5. Het voorgaande zou overigens uitzondering lijden als de vorderingen van De Thuis kopie zouden zijn gebaseerd op besluiten in de zin van artikel 1:3 Algemene Wet Bestuursrecht (AWB). Zodanige besluiten hebben formele rechtskracht, zodat Acer daar door middel van een bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure tegen had kunnen opkomen⁶. In een eerdere uitspraak van deze rechtbank is echter al geoordeeld dat De Thuis kopie bij de inning van thuis kopievergoedingen niet handelt als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 AWB⁷. Naar voorlopig oordeel kunnen de facturen van De Thuis kopie dan ook niet worden aangemerkt als besluiten van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:3 AWB.

5.6. De voorzieningenrechter zal daarom onderzoeken hoe kansrijk de vorderingen van Acer c.s. in de bodemprocedure zijn. Acer c.s. hebben in de bodemprocedure vijf verschillende bezwaren naar voren gebracht (A tot en met E). Bij de beoordeling daarvan is van belang dat in dit kort geding geen buitenwerkingstelling van de AMvB wordt gevorderd. Aan het onmiskenbaarheidsvereiste hoeft dan ook niet te worden voldaan. Dat neemt echter niet weg dat de voorzieningenrechter terughoudendheid dient te betrachten bij de beoordeling van de vraag of een AMvB (geheel of gedeeltelijk) onverbindend zal worden verklaard.

Bezwaren A en E

5.7. In de bodemprocedure stellen Acer c.s. in de eerste plaats dat de AMvB in strijd is met de Richtlijn omdat de AMvB niet uitgaat van de daadwerkelijk door de rechthebbenden geleden schade. Daarbij wijzen zij op de in 4.2 geciteerde overweging 50 uit het Padawan-arrest, waarin kort gezegd is bepaald dat de billijke vergoeding moet worden berekend op basis van de schade van de rechthebbenden. Volgens Acer voldoet de AMvB niet aan dat vereiste. Daartoe voeren Acer c.s. in de bodemprocedure (kort samengevat) als bezwaar A aan dat het SONT-advies dat in de AMvB is overgenomen, uitgaat van een gewenst bedrag aan vergoedingen en niet gebaseerd is op daadwerkelijke schade. Ook zou de voorzitter van de SONT ten onrechte zijn uitgegaan van het gemiddelde tussen de bedragen die de vergoedingsplichtigen en de rechthebbenden ieder in de SONT hadden voorgesteld.

5.8. Bij de vraag of deze bezwaren kans van slagen hebben in de bodemprocedure stelt de voorzieningenrechter voorop dat het Padawan arrest in overweging 37 leert dat het de lidstaten vrij staat “*de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van deze billijke compensatie te bepalen*”. De beslissing dat de billijke vergoeding berekend moet worden op basis van de schade van de rechthebbenden, moet naar voorlopig oordeel in samenhang met deze overweging worden gelezen. Dat brengt voorshands oordelend mee dat het een lidstaat vrij staat om op basis van de werkelijke schade, die nimmer exact bepaald zal kunnen worden, de schade te waarderen op een wijze waarmee binnen redelijke grenzen getracht wordt de werkelijkheid te benaderen.

5.9. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de AMvB blijkt dat de staatssecretaris voor de hoogte van de vergoedingen het advies van de SONT heeft gevolgd. Dat advies vermeldt dat “[*de regeling*] op grond van de beginselen onder 2 en 3 streeft naar een bruto

⁶ Vergelijk Rechtbank 's-Gravenhage 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK5213.

⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 12 december 2007, IEPT20071212.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

9

incasso van € 40 mln., uitgaande van de verkoopvolumes in 2011". Uit deze passage volgt naar voorlopig oordeel niet zonder meer dat het gewenste incassobedrag tot uitgangspunt is genomen voor de vast te stellen vergoeding. Volgens het SONT-advies is aansluiting gezocht bij de hoogte van de totale afdracht in 2005, voor de bevrozing van het thuishopie-stelsel, en bij de hoogte van de vergoeding per inwoner in andere Europese landen. Naar voorlopig oordeel kunnen die factoren bijdragen aan de begroting van de werkelijke schade.

5.10. Volgens de vergoedingsplichtigen zou de schade ongeveer 12 miljoen Euro bedragen. Zij baseren zich daarbij op een onderzoek verricht naar de hoeveelheid thuishopieën op dragers uitgevoerd door accountantskantoor PWC. Daar tegenover heeft De Thuishopie in de SONT een totaal schadebedrag van 62 miljoen Euro voorgesteld. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat de voorzitter van de SONT het gemiddelde van deze twee bedragen heeft betrokken bij het geadviseerde schadebedrag. Dat kan echter een aanvaardbare wijze van schadebegroting zijn, als de bedragen waarvan uit wordt gegaan een feitelijke grondslag hebben.

5.11. Acer c.s. stellen in de bodemprocedure dat het bedrag van 62 miljoen Euro dat De Thuishopie in de SONT heeft voorgesteld, geen op onderliggende feiten berustende schadebegroting vormt maar een bod zonder enige onderbouwing. Bij conclusie van antwoord in de bodemprocedure heeft de Staat daartegen aangevoerd dat het bedrag van 62 miljoen Euro gebaseerd is op tarieven voor thuishopieën uit de jaren '90, gekoppeld aan het gebruik van apparaten en dragers anno 2012. Ter comparitie heeft De Thuishopie er voorts op gewezen dat het bedrag is gebaseerd op onderzoek van Bureau Veldkamp naar thuishopie-gebruik uit 2012. Dit onderzoek, waarvan de resultaten in een bijlage bij het SONT-advies zijn opgenomen, betreft de hoeveelheid en soort opslagcapaciteit die Nederlanders gemiddeld gebruiken voor het maken van thuishopieën. Voorshands lijkt het bod van De Thuishopie dus een feitelijke grondslag te hebben.

5.12. Op haar beurt bestrijdt De Thuishopie weer dat het PWC-rapport waarop de rechthebbenden zich beroepen een juiste begroting bevat. De Thuishopie heeft meerdere bezwaren tegen het rapport, waaronder methodologische bezwaren. Ook de definitie van een 'thuishopie' die PWC hanteert, wordt door De Thuishopie bestreden. Niettemin is ook het PWC rapport gebaseerd op onderzoek naar feitelijk thuishopie-gebruik.

5.13. De uitgangspunten van De Thuishopie en de industrie zijn derhalve gebaseerd op een waardering van feitelijke gegevens. Als de SONT voorzitter zijn begroting al (mede) heeft gebaseerd op die uitgangspunten, naast de historische gegevens en de vergoedingen die in het buitenland per hoofd van de bevolking worden voldaan, is derhalve nog altijd sprake van een begroting op basis van feitelijke gegevens over thuishopiegebruik en de daardoor aan de rechthebbenden toegebrachte schade. Zoals hiervoor in 5.8 overwogen, staat het een lidstaat vrij de schade op die wijze te waarderen. Naar voorlopig oordeel is de AMvB dan ook niet op de hiervoor besproken gronden in strijd met het Padawan arrest.

5.14. In de bodemprocedure voeren Acer c.s. daarnaast als bezwaar E aan dat bij de schadebegroting geen rekening is gehouden met het feit dat de thuishopieregeling niet van toepassing is op naburige rechten op visuele opnamen afkomstig van naburig

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

10

rechthebbenden met woonplaats buiten de lidstaten van het Verdrag van Rome⁸ (hierna: 'niet-Rome visuele opnamen'). Dat laatste volgt volgens Acer uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *De Thuis kopie/Norma en Irda*⁹.

5.15. Uit het arrest *De Thuis kopie/Norma en Irda* volgt inderdaad dat de Wet op de naburige rechten (WNR) geen bescherming biedt aan niet-Rome visuele opnamen. Ook het recht op een billijke vergoeding voor thuis kopiegebruik neergelegd in artikel 10 sub e WNR komt derhalve niet toe aan rechthebbenden op niet-Rome visuele opnamen. Visuele opnamen van naburig rechthebbenden uit de Verenigde Staten behoren tot deze categorie. Daarom is voorshands aannemelijk dat dit om een niet te verwaarlozen deel van het geschatte totale thuis kopiegebruik gaat.

5.16. Acer stelt in de bodemprocedure en in dit kort geding tot nu toe onweersproken, dat de totale schade die tot uitgangspunt is genomen in het SONT-advies, is gebaseerd op onderzoeksgegevens over thuis kopiegebruik waarin geen onderscheid is gemaakt tussen het gebruik van Rome en niet-Rome visuele opnamen. Bij het totale schadebedrag zoals vastgesteld door (de voorzitter van) de SONT wordt daardoor uitgegaan van aantallen thuis kopieën waarvan een deel (voor wat betreft de naburige rechten) niet onder de thuis kopieregeling valt. Het lijkt er voorshands dan ook op dat de in de AMvB vastgestelde vergoeding niet is gebaseerd op de schade van de rechthebbenden op thuis kopievergoeding. Dit bezwaar zou naar voorlopig oordeel kunnen leiden tot onverbindendverklaring van de AMvB. Daarbij doet het niet ter zake dat onduidelijk is welk percentage van alle thuis kopieën precies bestaat uit thuis kopieën van niet-Rome visuele opnamen. Immers, als vastgesteld zou worden dat dit een niet te verwaarlozen deel is, wat zoals gezegd voorshands aannemelijk is, zijn de bedragen in de AMvB naar voorlopig oordeel in strijd met de Auteurswet, zoals die wet volgens het *Padawan* arrest uitgelegd moet worden om Richtlijn-conform te zijn.

5.17. Naar voorlopig oordeel is de AMvB derhalve in strijd met het vereiste dat de vergoeding gebaseerd dient te zijn op de door de rechthebbenden geleden schade doordat geen rekening is gehouden met het aandeel niet-Rome visuele opnamen in het gemeten thuis kopiegebruik. Onverbindendverklaring van de AMvB vanwege bezwaar E zou tot gevolg hebben dat *De Thuis kopie* geen vorderingsrecht op Acer zou hebben.

Bezwaar B

5.18. Acer c.s. beroepen zich in de tweede plaats op strijdigheid met de Richtlijn, omdat de AMvB uitgaat van een vergoeding voor alle thuis kopieën, zowel die uit legale als uit illegale bron. Volgens Acer c.s. kan de uitzondering van artikel 5 lid 2 sub b ARI uitsluitend betrekking hebben op kopieën uit legale bron.

5.19. Dit geschilpunt tussen partijen is ook onderwerp van geschil in de zaak *ACI/De Thuis kopie*, waarover de Hoge Raad vragen van uitleg heeft gesteld aan het Europese Hof

⁸ Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties.

⁹ HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7324.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

11

van Justitie¹⁰. In het hoger beroep dat daaraan vooraf ging is het standpunt dat de Nederlandse thuiskopieregeling strijdig is met de Richtlijn omdat ook kopieën uit illegale bron worden betrokken bij de bepaling van de billijke vergoeding, door het Hof Den Haag verworpen¹¹.

5.20. In de ACI/Thuiskopie zaak heeft de Hoge Raad zoals gezegd vragen van uitleg gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Het standpunt dat de huidige thuiskopieregeling op dat punt in strijd is met de Richtlijn, is daarom in ieder geval niet zo evident onjuist dat de Hoge Raad meende daarover te kunnen beslissen zonder prejudiciële vragen te stellen. Acer heeft ter zitting onweersproken gesteld dat in die procedure bij het Europese Hof van Justitie inmiddels pleidooi heeft plaatsgevonden, waarbij de Europese Commissie heeft bepleit dat kopiëren uit illegale bron niet onder de uitzondering voor thuiskopiëren valt. De voorzieningenrechter acht het dan ook geenszins uitgesloten dat het Hof van Justitie zal antwoorden dat de uitzondering voor thuiskopiëren uitsluitend betrekking heeft op het kopiëren uit legale bron.

5.21. Anderzijds is van belang dat de hoogste Nederlandse rechter die daarover tot nu toe heeft geoordeeld, het Hof Den Haag in de ACI/Thuiskopie zaak, heeft geoordeeld dat de Nederlandse thuiskopieregeling op dit punt niet in strijd is met de Richtlijn. Gelet op dat oordeel acht de voorzieningenrechter de kans dat het Hof van Justitie in de door Acer voorgestane zin zal oordelen minder groot dan de kans dat dat niet gebeurt. Een zuiver theoretische mogelijkheid is het echter niet. In het laatste geval zou de in de AMvB vastgestelde thuiskopievergoeding in strijd zijn met de Richtlijn, zodat er een niet te verwaarlozen kans bestaat dat ook dit bezwaar van Acer c.s. tot gevolg heeft dat De Thuiskopie geen vordering op Acer ter zake thuiskopievergoeding heeft.

Bezwaar C

5.22. Volgens Acer c.s. is de AMvB ook in strijd met de Richtlijn omdat daarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen professioneel en privé gebruik van de heffingsplichtige voorwerpen. Daarmee is de AMvB volgens Acer c.s. in strijd met de Richtlijn en het Padawan arrest. Weliswaar kent De Thuiskopie zelf een restitutieregeling, maar restitutie is niet als voorwaarde gesteld voor ongedifferentieerde heffing terwijl dat blijkt uit het Amazon arrest wel vereist is, aldus Acer c.s. Daarnaast is de AMvB volgens Acer c.s. in strijd met de Richtlijn omdat zij geen mogelijkheid voor een vrijstelling vooraf kent. Dit is volgens Acer c.s. in strijd met het Amazon arrest, waarin is bepaald dat een ongedifferentieerde heffing met restitutie achteraf slechts is toegestaan als de praktische moeilijkheden van vrijstelling vooraf dat rechtvaardigen, waarbij rekening gehouden moet worden met de reikwijdte, de doeltreffendheid, de beschikbaarheid, de openbaarheid en de eenvoud van toepassing van de vrijstelling vooraf. Weliswaar biedt De Thuiskopie een mogelijkheid voor vrijstelling, maar dat kan alleen als er een overeenkomst met De Thuiskopie wordt gesloten die volgens Acer uiterst bezwarende voorwaarden bevat.

5.23. De Thuiskopie voert hiertegen in dat zij zelf een restitutieregeling heeft vastgesteld, waarmee effectief aan de voorwaarden van de Richtlijn wordt voldaan en dat zij

¹⁰ Hoge Raad 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, ACI/Thuiskopie.

¹¹ Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3982.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

12

daarnaast een vrijstellingsmogelijkheid kent, waarvoor weliswaar een overeenkomst moet worden gesloten, maar die geenszins onredelijke voorwaarden bevat.

5.24. Naar voorlopig oordeel is de AMvB niet in strijd met de genoemde jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. De AMvB bepaalt in wezen alleen maar wat de hoogte is van de in artikel 16c lid 2 Aw voorgeschreven billijke vergoeding en wat de voorwerpen zijn die in artikel 16c lid 1 en 2 Aw worden genoemd, waarvoor die billijke vergoeding verschuldigd is. Artikel 16c lid 1 Aw bepaalt dat die billijke vergoeding alleen verschuldigd is voor gebruik door natuurlijke personen en de AMvB doet daar op zich niets aan af. Wat er verder ook zij van de vraag of de uitvoering van de thuiskopieregeling door De ThuisKopie en de daarbij gehanteerde restitutieregeling zich verdraagt met Europees recht, dit bezwaar van Acer zal naar voorlopig oordeel in ieder geval niet leiden tot het oordeel dat de AMvB strijdig is met Europees recht¹². Andere gronden voor onverschuldigdheid van de thuiskopievergoeding zijn door Acer niet aangevoerd.

5.25. Los van de voorgaande bezwaren is de AMvB volgens Acer c.s. ook in strijd met de Richtlijn omdat er geen restitutiemogelijkheid bestaat voor bepaalde categorieën dragers, waaronder smartphones. Volgens Acer c.s. zou in alle gevallen ten minste een weerlegbaar vermoeden van privégebruik moeten worden toegepast, waar tegenbewijs tegen mogelijk is.

5.26. Ook voor deze bezwaren van Acer c.s. geldt echter dat die niet gericht zijn tegen de AMvB, maar tegen het door De ThuisKopie gehanteerde restitutiestelsel. Ook dit bezwaar zal naar voorlopig oordeel derhalve niet leiden tot onverbindendverklaring van de AMvB en het oordeel dat er dientengevolge geen grond is voor de vorderingen van De ThuisKopie tot betaling van thuiskopievergoeding.

Bezwaar D

5.27. Acer c.s. voeren in de bodemprocedure ook aan dat de AMvB in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur, omdat de AMvB onzorgvuldig en op willekeurige wijze tot stand is gekomen. Bij de totstandkoming is volgens Acer c.s. geen rekening gehouden met bezwaren die de industrie naar voren heeft gebracht.

5.28. Naar voorlopig oordeel zal dit bezwaar niet slagen. De staatssecretaris heeft de SONT gevraagd om advies. Zoals uit het SONT-advies blijkt, konden partijen in de SONT geen overeenstemming bereiken, zodat de voorzitter gebruik heeft gemaakt van zijn statutaire bevoegdheid om bij een impasse zelf een advies te geven. De SONT heeft derhalve wel inspraak gehad, al kunnen Acer c.s. zich niet met het SONT-advies verenigen. Waarom Acer c.s. of haar branchevereniging daarnaast recht zouden hebben op inspraak bij de vaststelling van de AMvB, hebben zij in dit kort geding onvoldoende gemotiveerd.

Spoeisendheid

5.29. De ThuisKopie heeft een spoedisend belang bij de door haar gevorderde betalingsvordering. De bodemprocedure, waarin De Staat en Acer c.s. thans voor dupliek staan, zal naar alle waarschijnlijkheid nog enige tijd voortduren. Ook voorziet de

¹² In dezelfde zin reeds Rechtbank Den Haag 20 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1542.

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

13

voorzieningenrechter dat op een vonnis in de bodemprocedure een hoger beroep en eventueel cassatie zal volgen. Een definitief oordeel over het geschil tussen partijen zal daarom waarschijnlijk nog lange tijd op zich laten wachten. Acer draagt op dit moment geen enkele vergoeding af maar verkoopt wel aanzienlijke aantallen producten die onder de werkingssfeer van de AMvB vallen. De rechthebbenden die De Thuis kopie vertegenwoordigt, ontvangen daarvoor op dit moment derhalve geen vergoeding. De weigerachtige houding van Acer kan er ook voor zorgen dat andere importeurs van heffingsplichtige voorwerpen niet langer bereid zijn thuis kopie vergoeding te voldoen. Voorshands is ook aannemelijk dat een sterk verlate uitkering van die vergoedingen tot administratieve problemen bij de repartitie zal leiden.

5.30. In dit verband is echter ook van belang dat De Thuis kopie in de bodemprocedure geen reconventionele vordering tot betaling van de thuis kopie vergoeding heeft ingesteld. Dat zij ten tijde van het indienen van de conclusie van antwoord nog met Acer in onderhandeling was over een incasso-overeenkomst neemt niet weg dat een dergelijke vordering voor de hand zou liggen, nu Acer al vanaf 1 januari 2013 geen thuis kopie vergoeding afdraagt. Ook heeft De Thuis kopie tot nu toe geen zelfstandige vordering tot betaling van thuis kopie vergoeding in een bodemprocedure ingesteld.

5.31. Al deze omstandigheden in aanmerking nemend, is de slotsom dat de betalingsvordering van De Thuis kopie een redelijke mate van spoedeisendheid heeft.

Restitutierisico

5.32. Daar staat tegenover dat De Thuis kopie de aan haar afgedragen thuis kopie vergoedingen jaarlijks (grotendeels) dient uit te keren aan de rechthebbenden. Mocht in een vonnis in de bodemprocedure worden geoordeeld dat de AMvB geheel of gedeeltelijk onverbindend is, dan bestaat er een reële kans dat De Thuis kopie niet in staat is om het onverschuldigd aan haar betaalde terug te betalen. Nu De Thuis kopie niet heeft gesteld dat de Staat in de vrijwaringsprocedure geen verweer voert, valt ook niet zonder meer aan te nemen dat het restitutierisico beperkt is omdat De Thuis kopie op haar beurt de vordering kan verhalen op de Staat.

5.33. Het betoog van De Thuis kopie dat er *de facto* geen restitutierisico is, omdat Acer in dat geval ook een vordering uit schadevergoeding op de Staat zal verkrijgen, wordt van de hand gewezen. In dat geval verwezenlijkt het restitutierisico zich immers wel, al kan de schade daarvan op een derde worden verhaald. De verbintenis uit schadevergoeding die in dat geval ontstaat, staat echter los van de verbintenis tussen partijen.

Belangenafweging

5.34. Uit het voorgaande volgt dat de voorzieningenrechter inschat dat er een risico is dat de AMvB (in ieder geval gedeeltelijk) onverbindend wordt verklaard in verband met de bezwaren B en/of E. Verder geldt in zijn algemeenheid dat terughoudendheid betracht dient te worden met toewijzing van een betalingsvordering in kort geding. Dat geldt temeer voor een vordering tot nakoming van toekomstige betalingsverplichtingen. Anderzijds beroept De Thuis kopie zich wel op een AMvB, wetgeving in materiële zin. Daar komt bij dat het nog lange tijd kan duren voordat er duidelijkheid zal zijn over de geschilpunten die in de bodemprocedure aan de orde zijn. Alle omstandigheden afwegend, acht de

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

14

voorzieningenrechter een voorlopige maatregel waarbij Acer een gedeelte van de thuiskopievergoeding betaalt daarom een passende maatregel. Daarmee wordt enerzijds gedeeltelijk tegemoet gekomen aan de spoedeisende belangen van De Thuiskopie, en anderzijds het restitutierisico voor Acer beperkt.

5.35. Acer heeft zelf aangeboden 50% van de door haar op grond van de AMvB verschuldigde vergoedingen voor producten voor de niet-professionele markt te betalen en de overige 50% van die vergoedingen op een kwaliteitsrekening van een notaris te storten. Blijkens dat aanbod is Acer echter niet bereid vrijwillig een vergoeding te betalen voor producten die zij afzet via kanalen die zich richten op de professionele markt. Voorshands is echter niet aannemelijk dat er een scherp onderscheid gemaakt kan worden tussen de markten voor professionele en particuliere gebruikers, noch dat in alle gevallen reeds bij import duidelijk is of een product bestemd is voor de professionele of particuliere markt. Een voorlopige maatregel volgens de lijnen van het aanbod van Acer zal daarom naar verwachting tot executiegeschillen aanleiding geven.

5.36. Alles afwegend acht de voorzieningenrechter een voorziening waarbij Acer 50% van de verschuldigde vergoeding voor alle heffingsplichtige producten dient te betalen een bewarende maatregel die recht doet aan de belangen van beide partijen. Daarbij heeft de voorzieningenrechter in overweging genomen dat de administratieve problemen die De Thuiskopie stelt te ondervinden bij restitutie-aanvragen door afnemers van Acer daarmee niet worden opgelost. De Thuiskopie heeft echter zelf gekozen voor een systeem waarbij geen restitutie aan importeurs wordt verstrekt, maar slechts aan eindgebruikers, om ontduiking van de thuiskopieheffing te voorkomen. De Thuiskopie dient zelf ook de administratieve nadelen van dat systeem te dragen.

5.37. De Thuiskopie heeft naast de betaling van de billijke vergoeding ook wettelijke rente gevorderd. Deze vordering wordt afgewezen nu niet gesteld is welk spoedeisend belang De Thuiskopie heeft bij toewijzing daarvan.

Overige vorderingen

5.38. Gelet op de hiervoor beschreven betalingsvoorziening, heeft De Thuiskopie ook een spoedeisend belang bij de door haar gevorderde opgave. Tussen partijen is in geschil in hoeverre een opgave door Acer telkens op de vijftiende van de maand na de maand waarin Acer een factuur heeft ontvangen van de door haar te importeren heffingsplichtige voorwerpen voldoet aan de gevorderde 'onverwijldde opgave'. Daarbij is van belang dat Acer voor die import wordt gefactureerd voorafgaand aan transport van de goederen naar Nederland, dat gemiddeld 32 dagen duurt.

5.39. De rechtbank overweegt hierover als volgt. Op grond van artikel 16f Aw heeft De Thuiskopie recht op onverwijldde opgave van import of fabricage, tenzij zij andersluidende afspraken met een heffingsplichtige maakt. Partijen kunnen echter geen overeenstemming over een incasso-overeenkomst bereiken. Bij die stand van zaken kan De Thuiskopie zich op haar wettelijke recht beroepen. Dat betekent dat De Thuiskopie geen genoegen hoeft te nemen met opgave van gefactureerde voorwerpen in plaats van geïmporteerde of gefabriceerde voorwerpen, omdat voor De Thuiskopie niet te controleren is of de facturen inderdaad betrekking hebben op voorwerpen die nog geïmporteerd moeten worden. Daarbij geldt echter wel dat, nu het gaat om administratieve opgave die benodigd is voor het

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

15

vaststellen van een heffing die De Thuis kopie pas na afsluiting van een boekjaar verdeelt, het begrip 'onverwijld' niet opgevat kan worden als 'op dezelfde dag'. Ook dient in ogeschouw te worden genomen dat Acer niet incidenteel maar naar eigen zeggen wekelijks partijen heffingsplichtige dragers importeert. Naar voorlopig oordeel voldoet onder deze omstandigheden een maandelijkse opgave waarbij binnen één week na het einde van een maand opgave wordt gedaan van hetgeen in die maand door Acer is geïmporteerd of gefabriceerd. Acer zal daarom worden bevolen om telkens binnen één week na het einde van een maand de gevorderde opgave te doen.

5.40. De opgave dient betrekking te hebben op alle goederen die Acer importeert, ook op die goederen die zij vervolgens weer exporteert. Dit is in overeenstemming met het bepaalde in artikel 16c lid 4 Aw. Dat die regeling, neergelegd in een wet in formele zin, een ongeoorloofde handelsbelemmering zou zijn die strijdig is met artikel 34 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is voorshands niet aannemelijk.

5.41. Aan de opgaveverplichting zal slechts een beperkte dwangsom worden verbonden, als vermeld in het dictum, omdat Acer al vrijwillig is overgegaan tot het doen van een opgave die grotendeels met het toe te wijzen gebod in overeenstemming is.

5.42. De Thuis kopie heeft daarnaast een verbod gevorderd voor de import en verdere verhandeling van voorwerpen die onder de werking van de AMvB vallen maar waarvoor geen vergoeding door Acer is voldaan, op straffe van een dwangsom. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de (on-)verbindendheid van de AMvB jegens Acer, bestaat op voorhand onvoldoende zekerheid dat Acer onrechtmatig handelt door niet volledig te betalen. Bovendien vormt het gevorderde verbod op straffe van een dwangsom indirect een dwangsom op een betalingsveroordeling. Gelet op de mogelijkheid van geschillen tussen partijen over de berekening van de te betalen thuis kopievergoeding, zou toewijzing van deze maatregel gemakkelijk tot executiegeschillen kunnen leiden. Om deze redenen acht de voorzieningenrechter deze vergaande maatregel in de omstandigheden van dit geval niet proportioneel.

5.43. Nu partijen over een weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de voorzieningenrechter de proceskosten compenseren, in de zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5.44. De toe te wijzen maatregel is geen maatregel in de zin van artikel 50 lid 6 TRIPS-Verdrag¹³. Ook betreft deze procedure niet de handhaving van een intellectueel eigendomsrecht in de zin van artikel 1019 Rv¹⁴. De voorzieningenrechter behoeft dan ook geen termijn in de zin van artikel 1019i Rv te bepalen.

¹³ Agreement on Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights

¹⁴ Hof Den Haag, 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443

C/09/450861 / KG ZA 13-1065
22 november 2013

16

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

6.1. veroordeelt Acer om binnen twee weken na betekening van het in dezen te wijzen vonnis volledig en gespecificeerd aan De Thuis kopie de in artikel 16f Auteurswet bedoelde opgave te doen van de bij de AMvB aangewezen voorwerpen als bedoeld in artikel 16c eerste lid Auteurswet, die Acer in de periode van 1 januari 2013 tot en met de datum van dit vonnis in Nederland heeft geïmporteerd en/of gefabriceerd, onder medezending van afschriften van bescheiden, waarvan kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de vergoeding, waaronder in- en verkoopfacturen en vervolgens telkens binnen één week na het einde van een maand een dergelijke opgave te blijven doen over alle import en fabricage van voornoemde voorwerpen in die maand, één en ander op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag met een maximum van € 100.000,-,

6.2. gebiedt Acer om 50% van de in de AMvB bepaalde billijke vergoeding voor de import of fabricage van de in de AMvB bepaalde voorwerpen te betalen aan De Thuis kopie, telkens binnen drie weken na ontvangst van een op de in 6.1 bedoelde opgave gebaseerde factuur daartoe van De Thuis kopie,

6.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

6.4. compenseert de kosten,

6.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.M. Bus en in het openbaar uitgesproken op 22 november 2013.

Mr. Leyendekker-Snoek

