

20 november 2009

Eerste Kamer

07/13259

EV/SV

IN NAAM DER KONINGIN
Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

STICHTING DE THUISKOPIE,

gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,

advocaat: aanvankelijk mr. T. Cohen Jehoram,
thans mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

1. Mijndert VAN DER LEE,
wonende te Bodegraven,

2. Hananja VAN DER LEE,
wonende te Susteren,

3. OPUS SUPPLIES DEUTSCHLAND GmbH,
gevestigd te Heinsberg, Duitsland,

VERWEERDERS in cassatie,

advocaat: mr. K. Aantjes.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Stichting, beide directeuren en Opus GmbH.

1. Het geding in feitelijke instanties

De Stichting heeft bij exploit van 26 juli 2005 Opus Supplies B.V., Opus GmbH en beide directeuren in kort geding gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage en gevorderd, kort gezegd:

- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH tot het doen van opgave van het aantal geïmporteerde blanco informatiedragers, zulks vergezeld van een accountantsverklaring;
- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH om bescheiden aan de Stichting te verstrekken waaruit kan blijken of de thuiskopievergoeding door de fabrikant of importeur is betaald;
- veroordeling van Opus B.V. en Opus GmbH om de thuiskopievergoeding te betalen, overeenkomstig de hiervoor bedoelde opgave;
- jegens alle gedaagden een verbod om, voor eigen rekening of voor rekening van een ander, blanco informatiedragers te importeren of te verhandelen zonder aan de Stichting opgave te doen en de verschuldigde thuiskopievergoeding af te dragen, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Opus Supplies B.V., Opus GmbH en beide directeuren hebben de vorderingen bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 16 september 2005 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Stichting hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en een akte vermindering van eis ingediend. De Stichting heeft

haar vordering tegen Opus B.V. ingetrokken.

Bij arrest van 12 juli 2007 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Stichting beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Opus GmbH en beide directeuren hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht, voor de Stichting door mrs. T. Cohen Jehoram en V. Rörsch en voor Opus GmbH en beide directeuren door mrs. D.J.G. Visser en A.A. Quaedvlieg, beiden advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen over de in alinea's 3.37 en 3.38 van de in de conclusie aangeduide onderwerpen en tot aanhouding van de zaak.

De advocaat van Van der Lee en Opus GmbH heeft bij brief van 11 juni 2009 op de conclusie gereageerd; de advocaat van de Stichting heeft hetzelfde gedaan bij brief van 12 juni 2009.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan, ten dele veronderstellenderwijs, van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Stichting is ingevolge art. 16d Aw belast met de inning van de in art. 16c lid 2 Aw bedoelde billijke vergoeding.

(ii) Opus GmbH is gevestigd in Duitsland. Zij biedt blanco (lege, onbespeelde) informatiedragers aan, onder meer, via Nederlandstalige en op Nederland gerichte websites. In haar algemene voorwaarden, waarvan kan worden kennisgenomen door deze op de websites aan te klikken, is vermeld:

"Bestellingen worden rechtstreeks door de klant besteld bij Opus Supplies Deutschland GmbH in Heinsberg, Duitsland.

(...)

De getoonde prijzen zijn exclusief Levy, Auvibel, Thuiskopie, GEMA en andere heffingen. Transport van de goederen wordt in opdracht van de klant via TPG Post of DHL Express verzonden en is ten alle tijden in naam van de klant. Hierdoor kan het zijn dat u in uw land als importeur wordt gezien (...)"

(iii) Voor de door Opus GmbH aan Nederlandse afnemers geleverde informatiedragers wordt geen thuiskopievergoeding aan de Stichting betaald door Opus GmbH, noch door de afnemers. Opus GmbH betaalt hiervoor ook in Duitsland niet een met de thuiskopievergoeding vergelijkbare vergoeding.

(iv) M. van der Lee en H. van der Lee zijn (middellijk)

bestuurders van Opus Supplies B.V. en van Opus GmbH.

(v) Opus Supplies B.V. hield zich aanvankelijk bezig met de verkoop van blanco informatiedragers aan afnemers in Nederland. Ten behoeve van deze activiteit had zij een zgn. 'A-contract' afgesloten met de Stichting. Thans is zij niet langer actief op dit terrein.

(vi) Sinds eind 2003 biedt Opus GmbH blanco informatiedragers aan tegen prijzen waarvan duidelijk is dat daarin geen thuiskopievergoeding is verwerkt, omdat de prijzen veelal lager zijn dan het bedrag waarop in Nederland de thuiskopievergoeding voor de desbetreffende categorie informatiedragers is vastgesteld.

(vii) Via de websites binnengekomen bestellingen worden door Opus GmbH per e-mail aan de klant bevestigd. Vervolgens wordt de bestelling in Duitsland verwerkt en worden de goederen gereedgemaakt voor verzending, waarna zij via feitelijk door Opus GmbH ingeschakelde vervoerders vanuit Duitsland per post worden bezorgd in, onder meer, Nederland.

(viii) De informatiedragers kunnen on line worden besteld zonder dat de consument hoeft kennis te nemen van de op de website van Opus GmbH geplaatste algemene voorwaarden. Betaling kan op een Nederlandse bankrekening plaatsvinden. Retouren kunnen naar een Nederlands adres worden verstuurd.

(ix) Andere ondernemingen, zoals Schlecker, een grote Duitse retailer die ook blanco informatiedragers online verkoopt, dragen in tegenstelling tot Opus GmbH wel een thuiskopievergoeding af aan de Stichting Thuiskopie over verkopen aan Nederlandse ingezetenen. Opus GmbH betaalt ook in Duitsland geen (met de thuiskopievergoeding vergelijkbare) vergoeding voor deze verkopen.

3.2.1 De Stichting heeft in dit kort geding de hiervoor in 1 vermelde vorderingen ingesteld. Deze vorderingen zijn in de kern erop gebaseerd dat Opus GmbH bij de leverantie van de hiervoor in 3.1 onder (vii) bedoelde bestellingen aan de Nederlandse consument, optreedt als importeur in de zin van art. 16c Aw, dat als volgt luidt, voor zover thans van belang:

"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.

3. Voor de fabrikant ontstaat de verplichting tot betaling op het tijdstip dat de door hem

vervaardigde voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Voor de importeur ontstaat deze verplichting op het tijdstip van invoer.

4. De verplichting tot betaling van de vergoeding vervalt indien de ingevolge het tweede lid betalingsplichtige een voorwerp als bedoeld in het eerste lid uitvoert.

5. De vergoeding is slechts eenmaal per voorwerp verschuldigd."

3.2.2 Van der Lee en Opus GmbH hebben betwist dat Opus GmbH importeur in Nederland is van de hiervoor bedoelde blanco informatiedragers in de zin van voormelde bepaling. Zij hebben daartoe met name een beroep gedaan op (a) de hiervoor in 3.1 onder (ii) vermelde algemene voorwaarden en (b) de volgende uitlating van de betrokken minister bij de behandeling van het wetsvoorstel "Aanvulling van de Auteurswet 1912 inzake de thuiskopie tot invoering van verlengde aansprakelijkheid voor verkopers" in de Eerste Kamer (cursivering toegevoegd):

"De leden van de VVD-fractie vroegen hoe het systeem van de thuiskopievergoeding moet worden beoordeeld nu consumenten hun blanco informatiedragers via internet bij aanbieders uit andere landen kunnen aanschaffen. Deze leden vroegen in dit kader of ik hun opvatting deel dat, in het licht van de mogelijkheden die internet biedt, een harmonisering op dit terrein zeer gewenst is teneinde concurrentievervalsing tegen te gaan en of ik voornemens ben om deze problematiek op Europees niveau aan de orde te stellen met als inzet harmonisering van de regelingen inzake de thuiskopie c.q. een harmonisering van de tarieven. Ik wil voorop stellen dat het begrip "importeur" niet is gekwalificeerd in de wet. De betalingsverplichting strekt zich daarom niet alleen uit over beroeps- en bedrijfsmatig

handelende importeurs, maar ook over privé-personen die partijen dragers invoeren die bestemd zijn om beschermd materiaal op vast te leggen (vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 1988-1989, 20 656, nr. 5, blz. 18). *De wet gaat naar mijn mening evenwel niet zo ver dat ook consumenten die in het buitenland dragers aanschaffen voor eigen gebruik, betalingsplichtig zouden zijn.* Indien consumenten daartoe in toenemende mate overgaan, zou dat ten koste kunnen gaan van de inning van de thuiskopie-vergoeding in Nederland. De andere Europese landen kennen weliswaar ook systemen waarin de rechthebbenden worden gecompenseerd voor het thuiskopiëren van hun beschermd materiaal, maar de manier waarop de inning van de vergoeding plaatsvindt, verschilt tussen de lidstaten. Toch moet de omvang van het probleem niet worden overschat, de verzendkosten van in het buitenland gekochte blanco dragers zijn veelal hoger dan de compensatie voor het privé-kopiëren. Bovendien kosten dragers en ook apparatuur, los van de compensatie voor privé-kopiëren, in de meeste Europese landen niet steeds hetzelfde. Dat laat onverlet dat ik met de aan het woord zijnde leden van mening ben dat het opheffen van de verschillen tussen nationale thuiskopie-systemen via harmonisatie op Europees niveau tot een evenwichtiger systeem kan leiden. (...)" (Kamerstukken I 2003-2004, nr. 28 486, C, Memorie van antwoord, blz. 3-4)

3.2.3 De voorzieningenrechter heeft de verlangde voorzieningen geweigerd; het hof heeft het daartegen gerichte beroep verworpen. Het hof overwoog daartoe met name als volgt:

"7. Het hof stelt voorop dat richtlijn nr. 2001/29/EG niet voorziet in de wijze waarop de billijke vergoeding moet worden geïnd. Het begrip 'importeur' is geïntroduceerd bij de invoering van artikel 16 c lid 2 Aw, dus vóór de implementatie van de richtlijn. Anders dan de Stichting meent, kan dit begrip niet richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Het hof is voorshands van oordeel

dat uit de geciteerde parlementaire geschiedenis van artikel 16c Aw, in onderling verband beschouwd, kan worden afgeleid dat de wetgever de mogelijkheid onder ogen heeft gezien dat Nederlandse particulieren in het buitenland blanco geluidsdragers kopen en deze in Nederland importeren. Daarbij wijst het hof erop dat hetgeen de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van artikel 16ga Aw in de Eerste Kamer over het begrip importeur opmerkt, een herhaling is van de toelichting van dit begrip in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 16c Aw (TK 1987-1988, 20 656, nr. 5, p. 18). Slechts bij de behandeling van het voorstel tot invoering van artikel 16ga Aw gaat de minister ervan uit dat deze als importeur aan te merken consumenten geen thuiskopievergoeding verschuldigd zijn, wat daar ook van zij. Het hof overweegt voorts dat indien twee in verschillende (EU-)landen woonachtige of gevestigde partijen een koopovereenkomst sluiten, zij zelf kunnen bepalen waar de zaak moet worden afgeleverd en dus wie - de koper of de verkoper - moet zorgdragen voor het vervoer. In het onderhavige geval contracteert Opus GmbH met Nederlandse kopers onder toepasselijkverklaring van haar algemene voorwaarde dat het vervoer in opdracht van de koper geschiedt. Hieruit volgt dat de levering plaatsvindt in Duitsland. Opus GmbH kan dan naar het voorlopig oordeel van het hof niet als importeur worden aangemerkt. Het hof merkt in dit verband op dat ook indien aangenomen zou moeten worden dat Opus GmbH verantwoordelijk is voor het vervoer en dat zij de blanco informatiedragers in Nederland aflevert, Opus GmbH naar zijn voorlopig oordeel niet als importeur, maar als exporteur moet worden aangemerkt. De (taalkundige) betekenis van het begrip importeren - het over en binnen de grenzen brengen - brengt immers mee dat de importeur zich bevindt in het land van import. De exporteur daarentegen brengt de te exporteren zaak buiten zijn eigen landsgrenzen, in het geval van Opus GmbH: buiten de Duitse landsgrenzen. Het hof merkt in dit verband op dat deze uitleg ook in lijn is met het doel van de thuiskopievergoedingsregeling, zoals dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis."

3.3 Onderdeel I van het tegen het arrest van het hof gerichte middel kan niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de door het onderdeel aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.4 Onderdeel II van het middel keert zich tegen de hiervoor in 3.2.3 aangehaalde overwegingen van het hof. Het onderdeel doet vragen van uitleg rijzen over richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001, Pb EG L 167/10, betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de richtlijn). Ter toelichting daarvan dient het volgende.

De Nederlandse wetgever heeft de richtlijn geïmplementeerd op de hiervoor in 3.2.1 weergegeven wijze, door de minister onder meer toegelicht als hiervoor in 3.2.2 vermeld. De in de richtlijn bedoelde verplichting tot betaling van een billijke compensatie rust ingevolge art. 16c lid 2 Aw op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen. De richtlijn maakt echter niet gebruik van de begrippen fabrikant of importeur. In dit verband is voorts van belang dat naar Duits recht de

richtlijn aldus is geïmplementeerd dat de billijke compensatie is verschuldigd door de exporteur of de importeur van blanco informatiedragers, of onder omstandigheden door de handelaar.

Het tussen partijen toepasselijke Nederlandse recht brengt mee dat levering van de informatiedragers plaatsvindt door bezitsoverdracht. Partijen mogen in hun overeenkomst bepalen waar en hoe deze levering zal geschieden. Dat hebben zij in dit geval gedaan als hiervoor in 3.1 onder (ii) aangehaald. Naar de letter van het desbetreffende beding rust op de particuliere koper, als importeur van de informatiedragers in Nederland, de verplichting tot betaling van de vorenbedoelde billijke compensatie. Daardoor is zij in feite oninbaar. In dit licht rijst de vraag of voormeld resultaat verenigbaar is met de richtlijn, althans of de richtlijn ertoe noopt dit begrip 'importeur' ruimer op te vatten dan naar zijn taalkundige betekenis het geval zou zijn, door mede rekening te houden met de uiteindelijke, ook voor de bedrijfsmatig handelende verkoper kenbare, bestemming van de informatiedragers.

De Hoge Raad ziet hierin aanleiding - met verwijzing naar de aangehechte conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.23- 3.33 - de hierna in 5 te formuleren vragen van uitleg over de richtlijn voor te leggen aan

het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

4. Omschrijving van de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan.

5. Vragen van uitleg

(i) Biedt richtlijn 2001/29/EG in het bijzonder in art. 5, lid 2 onder b en lid 5, aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wie in de nationale wetgeving behoort te worden aangemerkt als de schuldenaar van de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde 'billijke vergoeding'? Zo ja, welke?

(ii) Indien sprake is van een koop op afstand waarbij de koper in een andere lidstaat is gevestigd dan de verkoper, noopt art. 5 lid 5 van de richtlijn dan tot een zo ruime uitleg van het nationale recht dat ten minste in één van de bij de koop op afstand betrokken landen de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde 'billijke compensatie' is verschuldigd door een bedrijfsmatig handelende schuldenaar?

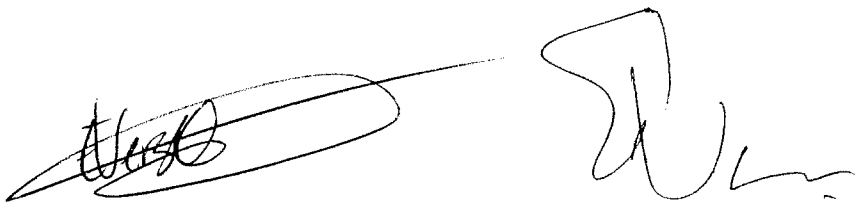
6. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren J.B. Fleers, als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, W.A.M. van Schendel en F.B. Bakels en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 20 november 2009.



Uitgegeven voor grosse, door mij Griffier van de
Hoge Raad der Nederlanden, op 20 NOV. 2009
ten behoeve van *eiseres tot cassatie*

