

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 303894 / HA ZA 08-397

Vonnis van 29 december 2010

in de zaak van

de stichting
STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. E. Grabandt te 's-Gravenhage,

tegen

1. [X],
2. [Y],
beiden wonende te [A],
gedaagden,
advocaat mr. L.M. Bruins te 's-Gravenhage.

Eiseres zal hierna wederom worden aangeduid als Stichting de Thuis kopie, gedaagden gezamenlijk als [X] (in enkelvoud). De zaak wordt voor Stichting de Thuis kopie behandeld door mr. J.D. Holthuis en voor [X] door mr. J.I. Jansen en mr. T.F.W. Overdijk, allen advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnissen van 5 augustus 2009 en de daarin vermelde processtukken;
- het proces-verbaal van de getuigenverhoren op 1 oktober 2009;
- de op de zitting genomen akte van [X] met producties 17 tot en met 28;
- de conclusie na enquête van Stichting de Thuis kopie waarin een vermeerdering van de eis is opgenomen;
- de conclusie na enquête van [X].

1.2. Het vonnis is nader bepaald op heden.

2. De verdere beoordeling

2.1. De rechter die de getuigen heeft gehoord is door een wijziging van aan haar toebedeelde werkzaamheden niet in staat aan dit vonnis mee te werken. De rechter die dit vonnis wijst is echter bij de getuigenverhoren aanwezig geweest.

2.2. Over de toelaatbaarheid van de zogenaamde Opus constructie die [X] zou hebben toegepast zijn bij arrest HR 20 november 2009, LJN BI6320, inmiddels vragen gesteld aan het HvJEG. Omdat, zoals hierna zal blijken, [X] er niet in is geslaagd het gevraagde bewijs te leveren, bestaat geen reden de onderhavige zaak in afwachting van de beantwoording van die vragen aan te houden.

2.3. In het tussenvonnis is [X] toegelaten bewijs te leveren van zijn stelling dat alle in [A] afgeleverde blanco informatiedragers zoals vermeld op de in het tussenvonnis onder 4.1 genoemde facturen naar de opslagplaats in Duitsland zijn vervoerd. [X] heeft vervolgens als getuige laten horen [P], werknemer van Profijt Meubel, een bedrijf van [X], en [Q] die volgens zijn verklaring de bedrijfsruimte in Duitsland aan [X] ter beschikking heeft gesteld. [X] heeft bij akte van 1 oktober 2009 voorts schriftelijk bewijs overgelegd, waaronder verklaringen van [R], werkzaam bij Parcel.nl B.V., en [S], eveneens werkzaam bij Profijt Meubel. Stichting de Thuis kopie heeft afgezien van contra-enquête.

2.4. Bij haar conclusie na enquête heeft Stichting de Thuis kopie als productie 15 een herberekening van haar vordering overgelegd naar aanleiding van aan haar na het moment van dagvaarden door [X] toegezonden facturen en haar eis overeenkomstig vermeerderd tot een bedrag van €78.440,67. [X] heeft zich tegen de eisvermeerdering verzet. Hij stelt dat de eisvermeerdering tardief is omdat Stichting de Thuis kopie in de gelegenheid is geweest in een veel eerder stadium van de procedure haar eis te vermeerderen. [X] meent dat de eisvermeerdering in strijd is met de goede procesorde ook omdat de berekening van Stichting de Thuis kopie, die van zijn eigen berekening afwijkt, onduidelijk is.

2.5. De rechtbank is dit met [X] eens. Stichting de Thuis kopie had al voorafgaand aan de comparitie van 30 juli 2008 haar vordering kunnen aanpassen zodat haar berekening zonodig bij die gelegenheid besproken had kunnen worden. Op dat tijdstip had zij de beschikking over dezelfde facturen als waarover zij thans beschikt. Het toestaan van de eiswijziging zou een nadere comparitie of aktewisseling noodzakelijk maken terwijl deze bovendien aanleiding zou kunnen zijn voor nieuw verweer van [X] of een andersluidende bewijsopdracht. Onder deze omstandigheden komt de eisvermeerdering in strijd met de eisen van een goede procesorde, zodat deze wordt geweigerd.

2.6. In het tussenvonnis is als vaststaand aangenomen dat alle informatiedragers waarop de in dat vonnis onder 4.1 vermelde facturen zien door [X] op enig moment in Nederland zijn ingevoerd omdat [X] niet voldoende concreet anders had gesteld. In het bijzonder had [X] niet aangegeven dat informatiedragers buiten Nederland om van België naar Duitsland waren vervoerd met opgave van de betreffende facturen.

2.7. In zijn akte van 1 oktober 2009 voert [X] aan dat het niet juist zou zijn indien hij zou moeten bewijzen dat alle informatiedragers, waarop de facturen zien, vanuit Nederland naar de opslag in Duitsland zijn uitgevoerd omdat Stichting de Thuis kopie niet voor al deze leveringen zou hebben aangetoond dat de informatiedragers eerst in Nederland zijn ingevoerd. Volgens [X] gebeurde dit slechts in een minderheid van de gevallen en is het aan Stichting de Thuis kopie om aan te tonen dat de levering van de betreffende factuur in Nederland heeft plaatsgevonden. In dit verband noemt [X] thans concreet de goederen waarop de in het tussenvonnis onder 4.1 vermelde facturen nummer 11 en 15 zien. Het zou hier gaan om in totaal 16.060 informatiedragers.

2.8. In haar conclusie na enquête bespreekt Stichting de Thuiskopie het aangevoerde bewijs en gaat zij in op een aantal stellingen in de akte van 1 oktober 2009. Hetgeen [X] stelt met betrekking tot de goederen van facturen 11 en 15 bestrijdt zij niet, zodat van de juistheid van die stelling moet worden uitgegaan. De door Stichting de Thuiskopie berekende vergoeding voor deze dragers dient in mindering te worden gebracht op het gevorderde bedrag.

2.9. Voor het overige is het verweer (daargelaten dat hierop in het tussenvonnis al bindend is beslist) ook nu onvoldoende gemotiveerd omdat het enerzijds de erkenning inhoudt dat de goederen in ieder geval deels eerst in Nederland zijn ingevoerd en anderzijds niet concreet wordt aangegeven voor welke goederen dat volgens [X] niet zou gelden. Zoals in het tussenvonnis is aangegeven kan van [X] worden verwacht dat hij zijn verweer concretiseert. Het verweer wordt om die reden verworpen. De stelling dat slechts in een minderheid van de gevallen aflevering in Nederland plaatsvond is overigens niet serieus te nemen gelet op wat door [X] overigens is aangevoerd en hierna wordt besproken.

2.10. Gezien het voorgaande is dus door [X] te bewijzen dat de dragers die zijn vermeld op de overige facturen van Nederland ([A]) naar Duitsland zijn vervoerd. De getuigen hebben hierover kort samengevat het volgende verklaard.

2.10.1. De getuige [P] heeft in een periode van een aantal maanden vanaf 2007 gezien dat er regelmatig gegevensdragers uit België bij Profijt Meubelen werd afgeleverd. De pakketten werden in een auto of busje geladen. Volgens [X] werden de pakketten naar Duitsland gebracht. De door [S] afgelegde schriftelijke verklaring heeft dezelfde strekking.

2.10.2. De getuige [Q] heeft, naar hij schat in 2006/2007/ 2008, gedurende anderhalf à twee jaar magazijnruimte in Duitsland ter beschikking gesteld aan [X] voor opslag van goederen. [Q] heeft enkele keren gezien dat [X] dozen, met een voor hem onbekende inhoud, naar het magazijn bracht. [X] heeft hem verteld dat het producten waren die via Duitsland verzonden moesten worden. Er werden ook goederen opgehaald door een pakketdienst.

2.10.3. De schriftelijke verklaring van [R] houdt in dat Parcel.nl tussen januari 2006 en december 2007 vrijwel dagelijks zendingen van [X] heeft opgehaald in Duitsland. Hij heeft toegelicht dat bij de facturen van Parcel.nl een bijlage is gevoegd met een specificatie van de postcodes van de afleveradressen.

2.11. In de akte van 1 oktober 2009 heeft [X] verder een groot aantal producties overgelegd (voornamelijk facturen aan afnemers en facturen van Parcel.nl aan [X] voor bezorging van pakketten) en deze als volgt toegelicht.

2.11.1. In 2005 heeft [X] 38.530 informatiedragers ingekocht. Hierop zien de in het tussenvonnis vermelde facturen 18 tot en met 28. Van deze informatiedragers zijn er 32.915 afgeleverd aan klanten. (A) 9830 stuks zijn eerst van de opslag in Duitsland naar [A] gebracht en vervolgens vanuit het bedrijf Van Gils woonpromenade per post aan de klant verzonden. (B) 23.085 stuks zijn direct geleverd door [X], al dan niet per post, vanuit Duitsland.

2.11.2. In 2006 heeft [X] 62.370 informatiedragers ingekocht. Hierop zien de in het tussenvonnis vermelde facturen 9 tot en met 17, 29 en 30. Van deze informatiedragers zijn er 59.410 afgeleverd aan klanten. (C) 37.360 stuks zijn door Parcel.nl in Duitsland opgehaald en afgeleverd aan klanten in Nederland. (D) 22.050 stuks zijn direct geleverd door [X], al dan niet per post, vanuit Duitsland.

2.11.3. In 2007 heeft [X] 44.640 informatiedragers ingekocht. Hierop zien de in het tussenvonnis vermelde facturen 1 tot en met 8. Van deze informatiedragers zijn er 41.930 afgeleverd aan klanten. (E) 28.555 stuks zijn door Parcel.nl in Duitsland opgehaald en afgeleverd aan klanten in Nederland. (F) 13.375 stuks zijn direct geleverd door [X], al dan niet per post, vanuit Duitsland.

2.12. Dit bewijs wordt beoordeeld als volgt. Voor zover informatiedragers door [X] zelf vanuit Duitsland zouden zijn geleverd aan klanten in Nederland (hiervoor weergegeven als A, B, D, F, in totaal 68.340 stuks) blijkt uit niets dat deze daadwerkelijk ooit in de opslag in Duitsland zijn geweest. Op grond van de verklaring van [P] en (de door Stichting de ThuisKopie niet bestreden) schriftelijke verklaring van [S] kan worden aangenomen dat een aantal gegevensdragers door [X] vanuit [A] naar elders zijn gebracht. Als bewijs voor de stelling dat deze naar de opslag in Duitsland zijn gebracht is niet meer voorhanden dan de eigen – niet onder ede – afgelegde verklaring van beide gedaagden. Dat is onvoldoende. Bovendien is niet vast te stellen om hoeveel gegevensdragers het gaat, laat staan de door [X] opgegeven aantallen.

2.13. Voor de hiervoor vermelde leveringen C en E kan op grond van de door Stichting de ThuisKopie niet bestreden schriftelijke verklaring van [R] en de overgelegde facturen met bijlagen van Parcel.nl worden aangenomen dat de betreffende informatiedragers vanuit de opslag in Duitsland naar Nederland zijn vervoerd. Daarmee staat echter nog niet vast dat de gegevensdragers eerst vanuit Nederland naar Duitsland zijn vervoerd. Dat zou volgens de toelichting die door [X] op de zitting van 1 oktober 2009 is gegeven moeten volgen uit een vergelijking tussen het uit de administratie van [X] blijkende totaal aantal ingekochte informatiedragers (zoals vermeld in zijn producties 5 en 13) en de aantallen verkochte informatiedragers.

2.14. Die administratie kan echter niet als juist worden aanvaard omdat Stichting de ThuisKopie de betrouwbaarheid van de opgave bestrijdt – volgens Stichting de ThuisKopie heeft [X] mogelijk meer ingekocht dan is verantwoord – en die opgave op geen enkele manier is getoetst. Met name ontbreekt een accountantsverklaring. De door [X] als productie 6 overgelegde verklaring van M. Hemker is niet als zodanig aan te merken. Allereerst is deze Hemker volgens het briefpapier ‘Steuerberater’, geen accountant. Bovendien blijkt niet dat sprake is geweest van enige controle-opdracht.

2.15. De conclusie dient te zijn dat [X] niet geslaagd is het gevraagde bewijs zoals hiervoor onder 2.10 omschreven, te leveren. Nu [X] de berekening van de heffing door Stichting de ThuisKopie niet bestrijdt, is het gevorderde bedrag daarmee toewijsbaar, met dien verstande dat de vergoeding voor de informatiedragers waarop de facturen 11 (met nummer 060810 en gedateerd 23 oktober 2006) en 15 (met nummer 060407 en gedateerd 21 maart 2006) zien in mindering komt. Aan de hand van de op die facturen vermelde informatiedragers en de als productie 7 door Stichting de ThuisKopie overgelegde berekening kan de in mindering te brengen vergoeding worden berekend als volgt.

factuur 060810

aantal verpakkingen	omschrijving	DVD-R	DVD+R	CD-R	DVD+RW	DVD-RW
12	DVD+R spindel 100		1200			
36	DVD+R spindel 50		1800			
48	DVD+R spindel 25		1200			
24	DVD-R spindel 50	1200				
24	DVD-R spindel 25	600				
24	CD-R spindel 50			1200		
40	DVD+RW 5-slimcase				200	
20	DVD-RW 5-slimcase					100

factuur 060407

12	DVD+R spindel 100		1200			
36	DVD+R spindel 50		1800			
48	DVD+R spindel 25		1200			
48	DVD-R spindel 25	1200				
24	DVD-R spindel 50	1200				
40	DVD+RW 5-slimcase				200	
6	CD-R spindel 100			600		
36	CD-R spindel 50			1800		
10	CD-R spindel 25			250		
10	DVD+R spindel 25		250			
	aantallen totaal	4200	8650	3850	400	100
	heffing per stuk	0,60	0,40	0,14	--	--
	totale heffing per soort informatiedrager	2520,00	3460,00	539,00		
	totale heffing	6519,00				

2.16. Aan Stichting de Thuis kopie is dus nog te vergoeden €41.813,09 - €6.519 = €35.294,09.

2.17. De verweren van [X] die in het tussenvonniss nog niet zijn beoordeeld in afwachting van het resultaat van de bewijslevering dienen nu te worden onderzocht. Dit verweer kan als volgt worden samengevat.

2.17.1. Al in de conclusie van antwoord is opgave gedaan van alle inkoopfacturen. Stichting de Thuis kopie heeft daarom geen belang meer bij de vordering tot het doen van opgave. Voor de gevorderde accountantsverklaring ontbreekt een wettelijke grondslag.

2.17.2. Stichting de Thuis kopie heeft geen belang bij het in de dagvaarding onder 9 gevorderde verbod (op het importeren of verhandelen in Nederland van informatiedragers waarover geen opgave is gedaan en/of de verschuldigde heffing niet is voldaan). [X] heeft namelijk inmiddels een onthoudingsverklaring aan Stichting de Thuis kopie afgegeven.

2.17.3. [X] bestrijdt dat hij wettelijke rente verschuldigd is. De wettelijke rente is niet automatisch verschuldigd vanaf het moment dat [X] is aan te wijzen als afdrachtplichtige. Tot het moment van sommatie – 13 december 2007 – is van een vordering geen sprake geweest. [X] is bovendien niet in verzuim omdat hij niet in gebreke is gesteld.

2.17.4. Stichting de Thuis kopie heeft onnodig kosten gemaakt door direct beslag te leggen in plaats van in overleg te treden. De uren van de raadvrouw die aan de beslaglegging zijn besteed dienen daarom voor rekening van Stichting de Thuis kopie te blijven. Dit is een bedrag van €1.250.

2.18. De in de dagvaarding onder 3 gevorderde opgave en de daarmee samenhangende vorderingen onder 4, 6 en 8 zien alle op verhandeling van informatiedragers die worden verkocht door een verkoper die niet zelf importeur is. Stichting de Thuis kopie stelt zich nu juist op het – in deze procedure als juist bevonden – standpunt dat [X] als importeur is aan te merken terwijl niet is gesteld en er evenmin aanwijzingen zijn dat [X] informatiedragers heeft verkocht die niet door hem zelf zijn geïmporteerd. Deze vorderingen worden bij gebrek aan belang afgewezen.

2.19. Anders dan [X] aanvoert heeft Stichting de Thuis kopie echter ook nu nog belang bij de gevorderde opgave van geïmporteerde informatiedragers. Eerder heeft [X] die opgave achterwege gelaten, hoewel daartoe wettelijk verplicht. Stichting de Thuis kopie heeft geen garantie dat de opgave thans volledig is. Door aan de verplichting tot opgave een dwangsom te koppelen wordt bevorderd dat [X] in zijn opgave volledig is. Indien, zoals hij stelt, al volledig opgave is gedaan, is verdere opgave niet nodig maar [X] riskeert het verbeuren van een dwangsom indien de opgave onvolledig blijkt te zijn geweest. Voor de gevorderde accountantsverklaring kan de grondslag worden gevonden in artikel 6:103 B.W. in aanmerking genomen dat [X] onrechtmatig jegens Stichting de Thuis kopie heeft gehandeld door schending van de in artikel 16f Auteurswet neergelegde verplichting. Mede gelet op het belang van Stichting de Thuis kopie bij controle van de opgave is ook deze toewijsbaar. De gevorderde dwangsom wordt gematigd.

2.20. Op welke rechtsgrond het onder 9 gevorderde is gebaseerd, is niet zonder meer in te zien en door Stichting de Thuis kopie niet gemotiveerd. Het is in ieder geval niet toewijsbaar omdat, naar Stichting de Thuis kopie erkent, door [X] inmiddels een onthoudingsverklaring met gelijke strekking is afgegeven. Dat dit, zoals Stichting de Thuis kopie aanvoert, is gebeurd na het uitbrengen van de dagvaarding zou consequenties kunnen hebben voor de proceskostenveroordeling maar doet er niet aan af dat het belang bij deze vordering is komen te vervallen.

2.21. Het onder 7 gevorderde is te onbepaald om voor toewijzing in aanmerking te komen. Ook deze vordering wordt afgewezen.

2.22. Stichting de ThuisKopie stelt terecht dat haar vordering tot betaling van de heffing ontstaat op het tijdstip van de import. Zij vordert rente vanaf de datum van de meest recente import. Zij heeft tegen het door [X] gevoerde verweer tegen de gevorderde wettelijke rente ter zitting aangevoerd dat [X] van rechtswege – dus zonder ingebrekestelling – in verzuim is.

2.23. Op wettelijke rente op grond van het hier toepasselijke artikel 6:119 B.W. bestaat pas aanspraak indien de schuldenaar is verzuim is. Om de schuldenaar in verzuim te brengen is als regel een ingebrekestelling nodig. Stichting de ThuisKopie heeft niet aangevoerd dat zij [X] in gebreke heeft gesteld. Dat het verzuim van rechtswege is ingetreden is niet in te zien. De verplichting van [X] tot betaling van de heffing betreft een verbintenis die voortvloeit uit de wet, niet uit onrechtmatige daad, en evenmin strekt de verbintenis tot schadevergoeding. Stichting de ThuisKopie heeft niet aangevoerd dat zich een van de andere uitzonderingen van artikel 6:83 B.W. voordoet of dat een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling onder de omstandigheden van dit geval in strijd zou komen met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Aangenomen moet dus worden dat [X] geen wettelijke rente verschuldigd is. Deze wordt afgewezen.

2.24. [X] dient als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Er is geen reden de kosten van het gelegde beslag niet voor rekening van [X] te laten komen. Daarvoor zou mogelijk reden zijn geweest indien [X] in de aan het gelegde beslag voorafgaande sommatie van Stichting de ThuisKopie aanleiding tot betaling zou hebben gezien. Dat is echter niet het geval geweest. De door Stichting de ThuisKopie opgegeven proceskosten van €18.367,85 exclusief verschotten zijn overigens niet bestreden en dus toewijsbaar. Dit bedrag wordt verhoogd met €920 aan griffierecht en €1.121,30 aan exploitkosten (beslagkosten en dagvaarding).

3. De beslissing

De rechtbank:

3.1. veroordeelt [X] hoofdelijk tot betaling aan Stichting de ThuisKopie van een bedrag van €35.294,09;

3.2. veroordeelt [X] om binnen vier weken na betekening van dit vonnis aan Stichting de ThuisKopie volledig en gespecificeerde opgave te doen van het aantal door hen in Nederland geïmporteerde blanco informatiedragers, met vermelding van soort, aantal, opslagcapaciteit en/of speelduur, alsmede zulke opgaven te blijven doen, op verbeurte van een dwangsom van €5.000 voor iedere dag dat [X] in gebreke is met de naleving van deze veroordeling;

3.3. beveelt [X] deze opgaven vergezeld te doen gaan van een verklaring van een registeraccountant die ertoe strekt dat hij aan de hand van de boeken en voorraden van [X] heeft vastgesteld dat opgaven juist en volledig zijn, op verbeurte van een dwangsom van € 5.000 voor iedere dag dat [X] in gebreke is met de naleving van deze veroordeling;

3.4. veroordeelt [X] hoofdelijk in de proceskosten, tot dit vonnis aan de zijde van Stichting de ThuisKopie begroot op €20.409,15;

-
- 3.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
 - 3.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.G.J. de Heij en in het openbaar uitgesproken op 29 december 2010.