

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE
Sector handel

Uitspraak: 11 november 2008
Zaaknummer: 105.007.581/01
Rolnummer hof (oud): 08/171
Zaaknummer rechtbank: 299597
Rolnummer rechtbank: KG ZA 07/1435

Arrest van de eerste civiele kamer,
gewezen in de zaak van:

1. de **Stichting Naburige Rechtenorganisatie voor Musici en Acteurs NORMA**,
gevestigd te Amsterdam,
 2. **Pieter Stephanus Blok**,
wonende te Amsterdam,
 3. **Carel Kraayenhof**,
wonende te Noord-Beemster (gemeente Beemster),
 4. **Ricky Koole**,
wonende te Amsterdam,
 - 5 **Caroline Henriette Leopoldine de Bruijn**,
wonende te Amstelveen,
 6. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Nederlandse Toonkunstenaarsbond NTB,
gevestigd te Amsterdam,
 7. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
FNV Kunsten Informatie en Media,
gevestigd te Amsterdam,
hierna tezamen: Norma,
advocaat mr. W. den Hertog te 's-Gravenhage,
appellanten,
- tegen:
1. de **Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding**,
gevestigd te Hoofddorp (gemeente Haarlemmermeer),
hierna: Sont,

advocaat: mr. R.S. Meijer te 's-Gravenhage,
2. de **Staat der Nederlanden**, (Ministerie van Justitie),
zetelende te 's-Gravenhage,
hierna: de Staat,

advocaat: mr. E.J. Daalder te 's-Gravenhage,
3. de **Stichting Overlegorgaan Blanco Informatiedragers STOBI**,
gevestigd te Zoetermeer,
hierna: Stobi,

advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,
4. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied (FIAR),
gevestigd te Amsterdam,
hierna: Fiar,

→advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,
geïntimeerden.

Het geding

Bij exploit van 4 februari 2008 is Norma in hoger beroep gekomen van het vonnis van 8 januari 2008, door de Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen geweest. Norma heeft hierin veertien grieven tegen het vonnis opgeworpen, die geïntimeerden bij memories van antwoord (die van de Staat en Stobi en Fiar met een of meer producties) hebben bestreden. Vervolgens hebben partijen hun zaak op 29 september 2008 door hun raadslieden doen bepleiten. Hierbij heeft Norma nog een aantal producties overgelegd en haar vordering tot buitenwerkingstelling van de Algemene maatregel van bestuur (amvb) van 17 februari 2007 ingetrokken. Tot slot hebben partijen hun procesdossiers aan het hof overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

uitgangspunten

1. In hoger beroep kan van de onder 2 van het vonnis omschreven feiten worden uitgegaan. Partijen hebben hiertegen geen grieven gericht.
2. Hierna zullen digitale audiospelers en digitale videorecorders worden aangemerkt als de nieuwe voorwerpen en zal de betrokken amvb van 5

november 2007 worden aangeduid als het besluit. De betrokken Europese auteursrechtelijke richtlijn (nr. 2001/29/EG) zal, tot slot, met de Richtlijn worden aangeduid.

3. In juli 2005 is bij de rechtbank 's-Gravenhage door twintig fabrikanten en importeurs op radiogebied, die binnen Sont als heffingsplichtigen door Stobi en Fiar worden vertegenwoordigd, een bodemprocedure (de bodemzaak) aanhangig gemaakt tegen de stichting Stichting De Thuis kopie (STK) en Sont over de randvoorwaarden en reikwijdte van de heffing van het zogenoemde thuis kopierecht ingevolge artikel 16c van de Auteurswet, in het bijzonder die welke voortvloeien uit de Richtlijn. De eisende partijen hebben in de bodemzaak allereerst een verklaring voor recht gevorderd over de vraag met welke omstandigheden en maatstaven bij de vaststelling van de hoogte van de heffing rekening moet worden gehouden, en vervolgens gevorderd de hoogte hiervan vast te stellen dan wel een veroordeling van STK en Sont om hierover met de eisende partijen in onderhandeling te treden, met inachtneming van de door de eisende partijen vermelde omstandigheden.

4. De rechtbank heeft op 25 juni 2008 vonnis in de bodemzaak gewezen. De rechtbank heeft hierin geoordeeld dat zij niet bevoegd is om de hoogte van de heffing vast te stellen omdat Sont het hiervoor in de Auteurswet aangewezen orgaan is. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat de Richtlijn in wezen niet meer bepaalt dan dat de rechthebbende bij een beperking van zijn auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen en dat het aan de afzonderlijke lidstaten is om te bepalen op welke wijze hierin wordt voorzien. Ook heeft de Europese regelgever ervoor gekozen om de hoogte van de heffing niet te harmoniseren zodat ook hierover tussen de lidstaten grote verschillen kunnen bestaan. Tot slot heeft de rechtbank voor recht verklaard dat bij de vaststelling van de hoogte van de heffing geen rekening dient te worden gehouden met kopieerhandelingen waarvoor de rechthebbende toestemming heeft gegeven. De rechtbank heeft de overige vorderingen afgewezen.

5. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de rechter de Staat of een lager overheidsorgaan geen bevel kan geven wetgeving tot stand te brengen teneinde een onrechtmatige toestand op te heffen. De op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet mag ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en afweging van belangen. Wel

kan de rechter wetgeving, als zij eenmaal tot stand is gebracht, onder omstandigheden buiten toepassing verklaren (LJN: AE 8462 en AO 8913).

6. De Voorzieningenrechter heeft in het vonnis de vorderingen van Norma afgewezen en, kort weergegeven, geoordeeld, voor zover nog van belang:

a. Aannemelijk is dat de doelstelling van Norma om een grotere opbrengst voor de rechthebbende op het thuiskopierecht te realiseren door de achterban van Stobi en Fiar moet worden betaald. Stobi heeft daarom recht en belang bij de door haar gevorderde voeging (1.4).

b. Bij de beoordeling van de vorderingen van Norma dient, naast de wettelijke maatstaven, met de feitelijke omstandigheden en de maatschappelijke context rekening te worden gehouden (4.5 en 4.7).

c. De afgelopen jaren is er geen sprake meer van enig vruchtbaar onderhandelen binnen Sont. Het overleg tussen de heffingsgerechtigden en de heffingsplichtigen over de grondslag en de tarieven eindigt keer op keer in een patstelling met het gevolg dat hierover door de voorzitter van Sont een beslissing wordt genomen, overeenkomstig zijn statutaire bevoegdheid hiertoe. De beslissingen worden in deze gevallen echter niet door de in Sont vertegenwoordigende partijen gedragen, in tegenstelling tot het te dezen geldende wettelijk beginsel of stelsel van zelfregulering (4.9 en 4.11).

d. Gelet op het disfunctioneren van Sont en op de problemen rondom de verdeling van de geïncasseerde heffingen, heeft de minister op de voet van artikel 16c, zesde lid Auteurswet de besluiten genomen en daarmee de aan de heffing onderworpen voorwerpen aangewezen en de hoogte van de heffing bevroren. Hierbij zijn de nieuwe voorwerpen niet in de heffingsgrondslag betrokken (4.12 en 4.13).

e. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de minister op de voet van artikel 16c, zesde lid Auteurswet tot het nemen van een besluit bevoegd is in geval er geen redelijk uitzicht bestaat dat partijen over de heffingsgrondslag en het tarief onderling tot een vergelijk komen (4.18 en 4.19).

f. De motivering van het tweede besluit rechtvaardigt de in dit besluit genomen beslissingen, die in wezen op een tijdelijke bevroering van de

heffingsgrondslag en het tarief neerkomen. Het besluit is voldoende gemotiveerd (4.22 en 4.23).

g. Het besluit van de minister geeft blijk van een redelijke afweging van de betrokken belangen. Tot deze belangen dienen, naast het belang van de heffingsgerechtigden en de heffingsplichtigen, ook het consumentenbelang te worden betrokken en het algemeen rechtsbelang dat moet worden voorkomen dat een stelsel waarin wel heffingen worden geïnd maar onvoldoende worden uitgekeerd, zijn legitimatie dreigt te verliezen. Niet gezegd kan worden dat de minister niet in redelijkheid tot deze belangenafweging is kunnen komen (4.25 en 4.26).

h. Binnen Sont bestaat verdeeldheid over de vraag of en voor welk tarief de nieuwe voorwerpen in de heffing moeten worden betrokken. De minister heeft onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot een tijdelijke bevrozing van de heffingsgrondslag en van het tarief kunnen komen. Norma heeft geen spoedeisend belang bij een voorlopig oordeel over de vraag of de besluiten in overeenstemming met artikel 16c Auteurswet zijn genomen, nu over de reikwijdte van deze wettelijke regeling een bodemprocedure aanhangig is en niet valt in te zien waarom niet op een binnen korte tijd te verwachten uitspraak in de bodemzaak kan worden gewacht (4.29).

i. De wetgever heeft met artikel 16c Auteurswet voorzien in een correcte implementatie van de Richtlijn. Nu over de reikwijdte van de betrokken wettelijke regeling een bodemprocedure aanhangig is, dient op een uitspraak in de bodemzaak te worden gewacht voor het antwoord op de vraag of het tweede besluit in overeenstemming met de Richtlijn is. Dit geldt eveneens voor het antwoord op de vraag of het besluit in overeenstemming met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM is (4.31 en 4.33).

grievens

7. In de toelichting op de grieven heeft Norma, kort weergegeven, de volgende standpunten ingenomen:

a. In het systeem van de thuiskopievergoeding ligt besloten dat de fabrikanten en importeurs van de voorwerpen die aan de heffing zijn onderworpen (de voorwerpen), de vergoeding bij de consument in rekening

brenge. Stobi en Fiar hebben daarom geen belang bij een voeging in de procedure.

b. Norma heeft een spoedeisend belang bij een uitspraak over de rechtmatigheid van het besluit nu de rechthebbenden hiermee een billijke vergoeding waarop zij krachtens de wet recht hebben, wordt ontnomen. Hierdoor lijden de rechthebbenden dagelijks schade.

c. Met het besluit heeft de minister in strijd met de wet gehandeld, in het bijzonder met artikel 16c Auteurswet. Dit is de primaire grondslag van de vordering. De Voorzieningenrechter heeft echter geweigerd het besluit aan de wet te toetsen, in afwachting van een uitspraak van de rechtbank in een bodemprocedure tussen andere partijen en over een andere rechtsvraag. In deze spoedeisende zaak gaat het om de rechtmatigheid van het besluit. In de bodemprocedure gaat het om de wijze waarop de vergoeding moet worden berekend.

d. Voor een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit is relevant of deze voldoende is gemotiveerd, of de minister voldoende rekening met de belangen van de belanghebbende partijen heeft gehouden en of het besluit in overeenstemming met hogere wet- en regelgeving is. Dit is niet het geval.

e. Het wettelijk systeem gaat ervan uit dat het maken van een privékopie geoorloofd is mits een billijke vergoeding wordt betaald. Het is onbegrijpelijk waarom de rechthebbenden deze vergoeding niet mogen ontvangen wegens problemen die zich in het verleden bij STK hebben voorgedaan met het lokaliseren van alle rechthebbenden, en die inmiddels zijn opgelost. Als gevolg van het besluit worden de rechthebbenden de dupe van oude problemen bij STK waaraan zij part noch deel hebben. Bovendien biedt het besluit geen afdoende oplossing voor deze oude problemen. De nadelige gevolgen die de rechthebbenden door de bevrozing van het stelsel van vergoedingen voor het thuis kopiëren lijden zijn disproportioneel. Het besluit is daarom in strijd met het verbod van willekeur.

f. Sont functioneert niet gebrekkig. Er zijn in het verleden vele besluiten genomen over voorwerpen en het tarief. Het functioneren van Sont is ook niet de aanleiding voor het besluit geweest. Dit zijn de resultaten van een onderzoek van het College van Toezicht Collectieve Beheersorganisaties

Auteurs- en naburige rechten (College van Toezicht) naar de inning en verdeling van de vergoedingen geweest.

g. Sont is op grond van artikel 16e Auteurswet exclusief aangewezen om een beslissing over de nieuwe voorwerpen te nemen. Hierbij is sprake van een wettelijke attributie. Deze bevoegdheid kan niet door de minister ter zijde worden geschoven. Als door de onderhandelingspartners binnen Sont geen overeenstemming wordt bereikt, kan de onafhankelijke voorzitter een impasse voorkomen door gebruik te maken van zijn door de minister goedgekeurde statutaire bevoegdheid om in dit geval een beslissing te nemen. Een beslissing van de voorzitter geldt als een beslissing van Sont.

h. Het besluit is eveneens in strijd met de Richtlijn en met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Op grond van de Richtlijn hebben rechthebbenden recht op een vergoeding bij een beperking van hun bescherming bij het maken van een privékopie. Hierbij geldt ingevolge artikel 5, vijfde lid van de Richtlijn de zogenoemde drie-stappentoets. Het besluit is in het bijzonder in strijd met de derde stap nu de belangen van de rechthebbenden als gevolg van het besluit onredelijk worden geschaad.

i. Artikel 1019h Rv is niet van toepassing. In deze zaak gaat het niet om een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, maar om de rechtmatigheid van het besluit en om de buitenwerkingstelling hiervan, een en ander gebaseerd op artikel 6:162 BW. De proceskosten dienen daarom overeenkomstig het liquidatietarief te worden vastgesteld.

j. Gelet op het uitgangspunt van de Richtlijn en artikel 16c Auteurswet had de minister niet in redelijkheid tot het besluit kunnen komen. De rechtbank heeft de vorderingen ten onrechte afgewezen en Norma in de proceskosten veroordeeld.

beoordeling grieven en weren

8. Sont heeft zich in hoger beroep gerefereerd aan het oordeel van het hof en verzocht buiten de proceskosten te blijven. Zij heeft (dan) ook geen aanspraak op een vergoeding van haar proceskosten gemaakt.

9. Aannemelijk is, zoals Stobi en Fiar gemotiveerd hebben gesteld, dat de consument van voorwerpen en nieuwe voorwerpen deze voorwerpen

geregeld via internet of via een andere weg aanschaffen als zij deze voorwerpen elders tegen een aanzienlijk lagere prijs kunnen verkrijgen, en dat de leden van Stobi en Fiar hierdoor een navenant lagere omzet zullen behalen. De ervaring leert dat deze gang van zaken bij consumenten niet ongebruikelijk is als zij elders een product tegen (veel) lagere prijzen kunnen verkrijgen. Stobi en Fiar hebben daarom belang om zich in deze procedure als procespartij te voegen, teneinde hun standpunten omtrent de door Norma gewenste heffing op nieuwe voorwerpen kenbaar te kunnen maken, zodat deze bij de beoordeling van de geschilpunten kunnen worden betrokken.

10. Norma heeft een spoedeisend belang bij een uitspraak over de rechtmatigheid van het besluit. Met het besluit worden voorlopig geen nieuwe voorwerpen bij de grondslag van de heffing betrokken en worden de tarieven voorlopig op het bestaande niveau bevroren. Aannemelijk is, zoals Norma heeft gesteld, dat zij hierdoor schade kan leiden in de vorm van geringere inkomsten. Van Norma kan niet worden gevergd dat zij de uitspraak in de bodemzaak afwacht nu een onherroepelijke uitspraak in de bodemzaak nog niet in zicht is en in de bodemzaak bovendien niet de rechtmatigheid van het besluit aan de orde is gesteld.

11. Centraal in dit geding staat de vraag of het besluit rechtmatig is. Deze vraag moet vooralsnog bevestigend worden beantwoord. Bij dit oordeel neemt het hof het volgende in aanmerking:

a. Met het besluit wordt de in 2007 geldende heffing tot 2009 niet verder uitgebreid of verhoogd. Hiermee heeft de minister niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM gehandeld. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat het ongestoord genot van eigendommen van Norma door het besluit niet langer is verzekerd of dat deze eigendommen hierdoor aan Norma worden ontnomen, een en ander in de zin van het eerste lid van deze bepaling. Van belang hierbij is dat Norma zelf heeft gesteld dat het in deze zaak niet gaat om een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten (onder 7 i).

b. Voor zover Norma beoogt te stellen dat de regulering van de in het geding zijnde intellectuele eigendomsrechten, zoals die in de Auteurswet en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen, een disproportionele beperking vormt doordat de nieuwe voorwerpen thans niet in de heffing worden

betrokken, faalt die stelling evenzeer. Aan de verdragsluitende partijen komt een ruime beoordelingsvrijheid toe bij deze regulering. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat onder het geldende stelsel de vergoeding voor het totaal van de thuiskopieerhandelingen voor elke kunstenaar zodanig laag is dat niet meer van een redelijke belangenafweging hierbij kan worden gesproken.

c. De Richtlijn schrijft de lidstaten voor te voorzien in een billijke compensatie ten behoeve van de rechthebbende voor een beperking van zijn beschermde rechten door het thuiskopierecht, maar laat de lidstaten vrij in de bepaling van vorm, modaliteiten en hoogte van deze compensatie. De argumenten die Norma meent aan de Richtlijn te kunnen ontleen, stelt het hof voor de vraag of het besluit de toets aan artikel 16c Auteurswet, uitgelegd overeenkomstig de Richtlijn en in het bijzonder haar artikel 5, tweede lid, aanhef en onder b), kan doorstaan. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat Norma heeft gesteld dat het in dit kort geding niet gaat om een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, maar om de rechtmatigheid van het besluit, gezien de daaruit voortvloeiende beperking van de compensatie voor appellanten. Norma heeft in het kader van dit kort geding geen feiten en omstandigheden gesteld of, tegenover de gemotiveerde betwisting ervan door de Staat, Stobi en Fiar, aannemelijk gemaakt, die de conclusie rechtvaardigen dat de geldende heffing ontoereikend zou zijn om een billijke compensatie voor de rechthebbenden te waarborgen. Hieraan doet niet af dat Norma door een tijdelijke bevrozing van de heffing tot 2009 minder inkomsten kan ontvangen dan zonder het besluit, gelet op de aanleiding en redenen die de minister tot het besluit hebben gebracht.

d. Ook overigens is het besluit niet in strijd met de Auteurswet, in het bijzonder niet met artikel 16e Auteurswet. Artikel 16c, zesde lid geeft de minister de bevoegdheid om in een situatie waarin de in Sont vertegenwoordigde partijen er samen niet uitkomen en er geen redelijk uitzicht bestaat dat partijen over de grondslag van de heffing en het tarief onderling tot een vergelijk komen, hierover zelf een beslissing te nemen. Uit onder meer de brief van de voorzitter van Sont van 24 oktober 2005 en zijn besluit van 29 november 2006 kan worden afgeleid dat deze situatie zich ten tijde van het besluit voordeed, zoals de Staat, Stobi en Fiar ook gemotiveerd hebben gesteld.

e. Het besluit is voldoende gemotiveerd, in het bijzonder door een verwijzing naar de gebleken maar toen nog niet opgeloste problemen bij de wel geïnde maar niet verdeelde vergoedingen door STK.

f. Ook geeft het besluit blijk van een redelijke afweging van de betrokken belangen. Terecht heeft de Voorzieningenrechter in dit verband overwogen dat tot deze belangen dienen te worden gerekend: het belang van de heffingsgerechtigden en de heffingsplichtigen, het consumentenbelang en het algemeen rechtsbelang dat moet worden voorkomen dat een stelsel waarin wel heffingen worden geïnd maar onvoldoende worden uitgekeerd, zijn legitimatie dreigt te verliezen.

g. Gelet op dit een en ander heeft de minister in redelijkheid tot het besluit kunnen komen. Hierbij tekent het hof het volgende aan, ten overvloede. De tijd staat niet stil. Aannemelijk is dat de nadelige gevolgen als gevolg van de bevrozing van het stelsel van vergoedingen voor het thuiskopierecht toenemen naarmate de tijd voortschrijdt en dat er vanaf het begin van 2009 een situatie kan ontstaan waarbij deze nadelige gevolgen bij een verlenging van de bevrozing van het stelsel van vergoedingen voor de rechthebbenden onevenredig worden ten opzichte van een met een eventueel nieuw besluit te dienen doel. Hierbij is van belang dat uit het besluit van het College van Toezicht van 23 september 2008 kan worden afgeleid dat de problematiek omtrent de verdeling van de in het verleden geïnde gelden inmiddels onder controle lijkt te zijn, dankzij de maatregelen die STK in de afgelopen periode naar aanleiding van de aanbevelingen van het College van Toezicht heeft getroffen.

12. Terecht heeft Norma nog gesteld dat het in deze zaak in wezen niet om een inbreuk op eigendomsrechten gaat maar om de rechtmatigheid van het besluit over een tijdelijke bevrozing van de billijke compensatie voor het thuiskopierecht, en dat artikel 1019h Rv in dit geval niet van toepassing is. Dit betekent dat de proceskosten op de voet van artikel 237 Rv en overeenkomstig het zogenoemde liquidatietarief dienen te worden vastgesteld (onder 7 i).

13. Terecht heeft de Staat erop gewezen dat hij in eerste aanleg bij zijn vordering Norma in de proceskosten te veroordelen, heeft verzocht deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en dat de

Voorzieningenrechter dit laatste onderdeel ten onrechte heeft afgewezen. In hoger beroep heeft de Staat verzocht dit verzuim alsnog te herstellen.

slotsom

14. Uit de voorgaande overwegingen vloeit voort dat de Voorzieningenrechter de vorderingen van Norma terecht heeft afgewezen. Niettemin dient het bestreden vonnis te worden vernietigd nu de Voorzieningenrechter de door de Staat en Stobi en Fiar gevorderde proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv heeft vastgesteld en de proceskostenveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard.

15. Norma zal, als de voor het grootste deel in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van het geding worden veroordeeld.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het bestreden vonnis;
- wijst de vorderingen van Norma af;
- veroordeelt Norma in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Staat vastgesteld op € 1.607 in eerste aanleg en op € 2.985 in hoger beroep, en aan de zijde van Stobi en Fiar op € 1.607 in eerste aanleg en op € 2.985 in hoger beroep;
- verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.L. Vierhout, A.V. van den Berg en M. J. Kuiper, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 11 november 2008 in het bijzijn van de griffier.



Voor grosse:

Uitgegeven aan mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt

Procureur van: ~~z~~/geint/

De Griffier van het Gerechtshof
te 's-Gravenhage

