

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/446425 / HA ZA 13-760

Vonnis van 3 december 2014

in de zaak van

de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. J.D. Holthuis te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht **VERBATIM GmbH**,
gevestigd te Eschborn, Duitsland,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. D. Knottenbelt te Rotterdam.

Partijen worden hierna de Thuiskopie en Verbatim genoemd. Deze zaak wordt voor de Thuiskopie behandeld door mr. Holthuis voornoemd en voor Verbatim door mrs. M.E. Wallheimer en W.Y. Lam, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de inleidende dagvaarding van 8 april 2013, met producties 1 tot en met 9;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende eis in reconventie, met producties 1 tot en met 8;
- het tussenvonnissen van 18 september 2013, waarin een comparitie van partijen is gelast;
- de beschikking van 19 maart 2013, waarin de datum voor de comparitie van partijen is bepaald op 19 maart 2014;
- de akte houdende overlegging aanvullende productie van Verbatim, met productie 9;
- de akte houdende opgave en specificatie van proceskosten van Verbatim, met een bijlage;
- de conclusie van antwoord in reconventie;
- het proces-verbaal van comparitie van partijen (met vooraf geboden pleitmogelijkheid) gehouden op 19 maart 2014, met de daarin genoemde stukken, waaronder de overgelegde pleitaantekeningen.

3 december 2014

1.2. Ter comparitie is de zaak verwezen naar de meervoudige kamer van deze rechtbank.

1.3. Ter gelegenheid van de comparitie zijn partijen overeengekomen dat, indien in deze procedure (in conventie en/of reconventie) een betalingsvordering wordt toegewezen, betaling zal plaatsvinden op een nader overeen te komen *escrow*-rekening. In aansluiting daarop hebben partijen de rechtbank bericht (bij brief van 29 april 2014) dat zij overeenstemming hebben bereikt over de voorwaarden van een *escrow*-overeenkomst.

1.4. Ten slotte is de datum voor het vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. De Thuiskopie is (na eerdere aanwijzingen van 20 februari 1991, 1 juli 1993 en 22 mei 2007) bij besluit van 15 mei 2012 van de Minister van Veiligheid en Justitie, op de voet van artikel 16d lid 1 Auteurswet (hierna: Aw), aangewezen als rechtspersoon belast met de inning en verdeling van de vergoeding die de fabrikant of importeur van blanco informatiedragers op grond van artikel 16c lid 2 Aw verschuldigd is aan de maker van een werk of diens rechtverkrijgenden, voor de reproductie van dat werk of een gedeelte daarvan voor eigen oefening, studie of gebruik op een informatiedrager, met inachtneming van artikel 16c lid 1 Aw (hierna: de thuiskopievergoeding). Ingevolge artikel 10, onder e van de Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) zijn de artikelen uit de Aw met betrekking tot de thuiskopievergoeding van overeenkomstige toepassing.

2.2. De verplichting tot betaling van de thuiskopievergoeding aan de Thuiskopie ontstaat voor de fabrikant van blanco informatiedragers op het moment dat deze in het verkeer kunnen worden gebracht en voor de importeur op het moment dat deze worden ingevoerd (artikel 16c lid 3 Aw).

2.3. Ingevolge artikel 16f Aw is degene die verplicht is tot betaling van de thuiskopievergoeding gehouden om onverwijld of binnen een met de Thuiskopie overeengekomen periode opgave te doen aan de Thuiskopie van het aantal door hem geïmporteerde of vervaardigde blanco informatiedragers en inzage te geven in die bescheiden waarvan kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de thuiskopievergoeding.

2.4. Ingevolge artikel 16ga Aw is de verkoper van blanco informatiedragers gehouden om op aanvraag van de Thuiskopie inzage te geven in die bescheiden waarvan kennisneming noodzakelijk is om vast te kunnen stellen of betaling van de thuiskopievergoeding door de fabrikant of importeur heeft plaatsgevonden. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat indien de verkoper niet kan aantonen dat de vergoeding betaald is, de verkoper zelf verplicht is tot betaling daarvan, tenzij uit de ter inzage gegeven bescheiden blijkt wie de fabrikant of importeur is.

2.5. De Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (hierna: SONT) is, op de voet van het bepaalde in artikel 16e Aw, belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. In de periode van 1 februari 2005 tot en met 31 december 2012 golden, onder meer, de volgende tarieven:

3 december 2014

-
- data-cd-r/rw: € 0,14 per disc;
 - dvd-r/rw: € 0,60 per 4,7 Gigabyte (GB);
 - dvd+r/rw: € 0,40 per 4,7 GB 5.

Voor blanco dvd's met een kleinere/grotere opslagcapaciteit dan 4,7 GB gold een proportionele vergoeding.

2.6. Verbatim fabriceert en verhandelt optische media, waaronder blanco informatiedragers.

2.7. De Thuiskopie en Verbatim hebben op 24 juni 2005 een zogeheten "Incasso-overeenkomst Contractanten A" gesloten (hierna: het A-contract). Onderdeel van deze standaardovereenkomst vormen de als bijlage bijgevoegde "Voorwaarden Contractanten A". De Thuiskopie wordt hierin "de stichting" genoemd en de fabrikant of importeur (in dit geval Verbatim) "de contractant".

2.8. In het A-contract staat onder meer het volgende:

"NEMEN IN AANMERKING

(...)

- dat partijen, ter uitvoering van de wettelijke regeling van de thuiskopie-vergoeding een overeenkomst wensen te sluiten over het incasso-verkeer dat als gevolg van de thuiskopieregeling tussen hen is ontstaan, waarbij de stichting bereid is aan de uitvoeringsvoorschriften van de wet ten behoeve van een behoorlijk verloop van dat incasso-verkeer nadere inhoud te geven;

VERKLAREN OVEREENGEKOMEN TE ZIJN ALS VOLGT

artikel 1

De contractant verbindt zich terzake van de incasso van de thuiskopie-vergoeding overeenkomstig de "VOORWAARDEN CONTRACTANT "A":

- a) volledig opgave te doen van alle uitleveringen
- b) de betaling van de vergoedingen en voorschotten te voldoen
- c) medewerking te verlenen aan de controle door de stichting van de opgaven en andere relevante mededelingen, en ook overigens al deze Voorwaarden in acht te nemen. Zij vormen een ondeelbaar geheel met deze overeenkomst. De contractant bevestigt door ondertekening van deze overeenkomst deze Voorwaarden te hebben ontvangen.

artikel 2

De stichting verbindt zich jegens de contractant tot facturering, verrekening en eventueel teruggave in overeenstemming met de "VOORWAARDEN CONTRACTANTEN "A", en ook overigens al deze Voorwaarden in acht te nemen.

artikel 3

1. Omtrent aangelegenheden, die niet in de genoemde voorwaarden zijn voorzien, zal de stichting met inachtneming van de wettelijke voorschriften een nadere voorziening treffen, niet echter dan nadat de in de overwegingen genoemde evaluatie-commissie zich hierover heeft uitgesproken. In spoedeisende aangelegenheden zal de stichting een voorlopige voorziening treffen.
2. Binnen een termijn van vier weken, nadat de stichting hem schriftelijk heeft medegedeeld welke voorziening, als bedoeld in het eerste lid, is getroffen, heeft de contractant de bevoegdheid de overeenkomst tussentijds met onmiddellijke ingang te ontbinden door schriftelijke opzegging, bij gebreke waarvan de voorziening na verloop van die termijn geacht wordt deel uit te maken van de Voorwaarden. Artikel 13, c van de Voorwaarden is van overeenkomstige toepassing.

3 december 2014

artikel 4

Partijen gaan deze overeenkomst aan voor een periode van één jaar. Deze overeenkomst wordt telkens stilzwijgend met een periode van één jaar verlengd, tenzij een van beide partijen haar met inachtneming van een termijn van drie maanden schriftelijk heeft opgezegd.

artikel 5

Geschillen met betrekking tot deze overeenkomst worden in eerste aanleg bij uitsluiting beslist door de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage."

2.9. In de bijbehorende "Voorwaarden Contractanten A" staat onder meer:

"contractant ("A") – importeur of fabrikant van blanco dragers die met de stichting een overeenkomst "A" heeft gesloten, waarbij onder importeur wordt verstaan hij die blanco dragers importeert in de zin van deze overeenkomst, en onder fabrikant mede wordt verstaan de ondernemer die de onderdelen van blanco dragers assembleert.

(...)

import (invoer) – het van buiten de E.G. in Nederland invoeren, alsmede het bij verwerving van een leverancier in een andere lidstaat van de E.G. binnen het Nederlandse grondgebied (doen) brengen.

professioneel gebruiker – natuurlijke persoon of rechtspersoon, die blanco dragers voor andere doeleinden gebruikt dan voor eigen oefening, studie of gebruik.

artikel 1: opgaveplicht

a. De contractant doet opgave in overeenstemming met deze Voorwaarden. De opgave vindt ieder kwartaal plaats en dient uiterlijk op de 10e dag na afloop van het kwartaal in het bezit van de stichting te zijn.

b. In de opgave vermeldt de contractant alle uitleveringen die in het desbetreffende kwartaal hebben plaatsgevonden; ook indien geen uitleveringen plaatsvonden doet de contractant opgave.

c. Onder uitlevering wordt verstaan:

-1. het verzenden aan een in Nederland gevestigde of werkzame afnemer of her-export naar een buiten Nederland gevestigde of werkzame afnemer vanuit de aan de contractant ter beschikking staande voorraadruimte waarheen de blanco dragers na import of fabricage rechtstreeks voor opslag zijn vervoerd;

-2. indien blanco dragers vanuit het buitenland rechtstreeks aan afnemers worden geleverd, het moment van invoer.

(...)

artikel 4: wijze van facturering en betaling

a. De contractant is de thuishkopie-vergoeding steeds aan de stichting verschuldigd bij import/fabricage; de betalingsverplichting ontstaat bij uitlevering, waarbij betaling achteraf kan geschieden, aanstonds na afloop van ieder kalenderkwartaal.

b. Binnen tien dagen na ontvangst van opgave door de contractant zendt de stichting aan de contractant een factuur met berekening van de thuishkopie-vergoeding die de contractant over de opgaveperiode is verschuldigd en met toepassing van de vanwege export of professioneel gebruik overeengekomen verrekeningen.

(...)

artikel 6: export

a. De verschuldigdheid van de thuis-kopievergoeding vervalt indien de contractant de desbetreffende blanco dragers, voordat zij zijn uitgeleverd in de zin van artikel 1, uitvoert.

b. Voor na een uitlevering geëxporteerde blanco dragers zal de contractant geen vergoeding in rekening worden gebracht indien hij ten genoegen van de stichting aantoont dat de desbetreffende blanco dragers inderdaad zijn uitgevoerd. Daartoe verstrekt de contractant bij de opgave van het kwartaal, waarin de levering heeft plaatsgevonden, in ieder geval de hierna in e., f., en g. gevraagde bescheiden.

(...)

artikel 7: uitlevering aan professionele gebruiker

a. Indien blanco dragers aan professionele gebruikers zijn uitgeleverd voorziet de contractant de stichting van bescheiden waarmee ten genoegen van de stichting wordt aangetoond dat deze blanco dragers ook inderdaad professioneel worden gebruikt. Op grond hiervan beslist de stichting voor welke blanco dragers de contractant geen thuishkopie-vergoeding verschuldigd is. De stichting zal de thuishkopie-vergoeding alsdan niet in rekening brengen of, indien de gevraagde gegevens hiertoe te laat beschikbaar zijn gesteld, de voor deze dragers reeds betaalde vergoeding verrekenen of restitueren bij de eerstvolgende afrekening van een kalenderkwartaal.

3 december 2014

- b. Het recht op verrekening of restitutie vervalt indien de gevraagde gegevens ten tijde van de opgave over het kwartaal, dat volgt op het kwartaal waarin de blanco dragers aan de professionele gebruiker(s) zijn uitgeleverd, nog niet in het bezit zijn gesteld van de stichting.
- c. In verband met a. verstrekt de contractant aan de stichting in ieder geval:
- 1. opgave van de uitlevering van deze blanco dragers aan de professionele gebruiker, of aan diens leverancier, op de wijze als voorzien in artikel 3;
 - 2. kopie van de factuur of facturen, die zodanig zijn gespecificeerd dat de stichting zich in combinatie met 1. ervan kan overtuigen dat de in 1. bedoelde blanco dragers aan de desbetreffende professionele gebruiker zijn uitgeleverd;
 - 3. opgave van het gedeelte bestemd voor professioneel gebruik, en het gedeelte bestemd voor het privé-kopiëren;
 - 4. informatie waarmee wordt aangetoond dat de eind-afnemer als professionele gebruiker te beschouwen is, alsmede diens naam, adres en woonplaats.
- d. Artikel 6, h., is van overeenkomstige toepassing.

artikel 8: uitlevering aan professionele gebruiker met een Vrijstellingsverklaring

- a. De stichting kan op schriftelijk verzoek van de contractant een Vrijstellingsverklaring afgeven voor een professionele gebruiker. De Vrijstellingsverklaring geldt voor het kalenderjaar waarin zij is afgegeven, tenzij door de stichting een langere periode is vastgesteld.
- b. Alvorens tot de afgifte van een Vrijstellingsverklaring over te gaan legt de professionele gebruiker tegenover de stichting op een door de stichting te bepalen wijze een Verklaring van professioneel gebruik af. Na acceptatie hiervan verleent de stichting de contractant een vrijstellingsverklaring. Deze verklaring houdt in dat de stichting bereid is de contractant terzake van alle uitleveringen aan deze professionele gebruiker geen thuiskopie-vergoeding in rekening te brengen indien en voor zover ten genoegen van de stichting voldaan is aan het in artikel 7, c., onder 1. en 2. gestelde en mits de gevraagde gegevens uiterlijk bij de opgave over het kwartaal, dat volgt op het kwartaal waarin de blanco dragers aan de professionele gebruiker(s) zijn uitgeleverd, aan de stichting worden verstrekt.
- c. Onderdeel van de Verklaring van professioneel gebruik is een opgave door de professionele gebruiker van het geraamde aantal uren, bestemd voor het privé kopiëren door hemzelf of door anderen. De stichting deelt deze raming aan de contractant mede. De contractant stelt de stichting onmiddellijk in kennis van omstandigheden waardoor hij redenen heeft om aan te nemen dat aanzienlijk van deze raming wordt afgeweken.
- d. De stichting behoudt zich het recht voor een aanvraag voor een Vrijstellingsverklaring te weigeren of deze verklaring met onmiddellijke ingang in te trekken.
- (...)

artikel 11: controle

- a. De contractant houdt een behoorlijke administratie bij van alle gegevens die in verband met de thuiskopie-vergoeding van belang zijn; de administratie is zodanig ingericht dat controle door de stichting snel en doelmatig kan geschieden. (...)"

2.10. Op 31 maart 2010 is door een controlespecialist van de afdeling Externe Controle van Buma/Stemra in opdracht van de Thuiskopie een controle uitgevoerd bij Verbatim. Uit deze controle is gebleken dat Verbatim in de jaren 2007 en 2008 ruim 34 miljoen blanco dragers heeft geleverd aan Nierle Media GmbH & Co. KG te Baesweiler, Duitsland, (hierna: Nierle). Levering van deze dragers vond plaats op de conditie "FCA Geleen", zoals ook op de facturen van Verbatim aan Nierle is te lezen. Verbatim heeft met betrekking tot deze dragers geen opgave in het kader van de thuiskopieregeling gedaan noch een thuiskopievergoeding afgedragen aan de Thuiskopie.

2.11. Bij brief van 22 februari 2012 heeft de Thuiskopie Verbatim verzocht haar te berichten waarom zij heeft verzuimd opgave te doen van de desbetreffende leveringen. Verbatim heeft bij brief van 29 februari 2012 het volgende bericht:

"(...) we only reported the sold units of blank media to our retail customers in de the Netherlands. All our distribution customers which bought the products from us and brought them into the dutch market paid the levy by themselves.
At any time we did not report any of this numbers because we didn't bring the products into the Netherlands."

3 december 2014

2.12. Verbatim is sinds 2005 lid van de Stichting Overlegorgaan Blanco Informatiedragers (hierna: STOBI), een organisatie van fabrikanten en importeurs van blanco beeld- of geluiddragere. STOBI en de Thuis kopie maken deel uit van het bestuur van SONT. Bij de in de Staatscourant van 15 december 2006 gepubliceerde tarieven voor de vergoeding thuis kopiëren op blanco voorwerpen per 1 januari 2007, is het volgende opgenomen:

"Terzake van de vergoedingen zal voor STOBI-leden een korting gelden van 20%"

2.13. In de jaren 2007 en 2008 heeft Verbatim blanco informatiedragere verkocht en geleverd aan Paradigit Computers B.V. te Eindhoven (hierna: Paradigit) en aan Business Office Supply B.V. te Almere (hierna: BOS). Over de desbetreffende geleverde dragere heeft Verbatim aan de Thuis kopie opgave gedaan en thuis kopievergoedingen afgedragen.

3. Het geschil

in conventie

3.1. De Thuis kopie vordert – samengevat – om Verbatim, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling aan de Thuis kopie van een bedrag van € 14.664.631,04, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met wettelijke rente, met veroordeling van Verbatim in de proceskosten.

3.2. Daartoe voert de Thuis kopie aan dat Verbatim in 2007 en 2008 ruim 34 miljoen blanco informatiedragere heeft verkocht en geleverd aan Nierle in Geleen. Volgens de Thuis kopie heeft Verbatim die blanco informatiedragere daartoe in Nederland geïmporteerd in de zin van de thuis kopieregeling, zodat zij gehouden is de thuis kopievergoeding over de desbetreffende dragere te betalen. Verbatim heeft echter nagelaten de daarvoor verplichte opgave te doen en de daarover verschuldigde thuis kopievergoeding te betalen.

3.3. Verbatim voert verweer dat erin uitmondt dat zij bestrijdt verplicht te zijn tot opgave en betaling van thuis kopievergoedingen over deze dragere, omdat van uitlevering van blanco informatiedragere aan een Nederlandse afnemer geen sprake is geweest en, zelfs als dat wel het geval zou zijn, zij niet de importeur is in de zin van artikel 16c lid 2 Aw. Indien zij toch gehouden zou zijn tot betaling van thuis kopievergoedingen is bij het gevorderde bedrag ten onrechte geen rekening gehouden met korting waarop Verbatim recht heeft. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft Verbatim voorts verzocht de vordering af te wijzen in verband met de conclusie van de Advocaat-Generaal in de ACI/de Thuis kopie-zaak, ofwel om aanhouding van de zaak totdat het Europese Hof van Justitie in de ACI/de Thuis kopie-zaak uitspraak heeft gedaan, dan wel om de verschuldigde vergoeding op 25% van het gevorderde bedrag stellen.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.5. Verbatim vordert – samengevat – om de Thuis kopie, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling aan Verbatim van een bedrag van € 653.369,50, althans

een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met wettelijke rente, met veroordeling van de Thuiskopie in de proceskosten ex artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv).

3.6. Daartoe voert Verbatim aan dat zij zonder rechtsgrond de thuiskopievergoeding heeft betaald aan de Thuiskopie over de aan Paradigit en BOS geleverde dragers. Op dezelfde gronden als aangevoerd in conventie, stelt Verbatim dat geen sprake is van het importeren van blanco informatiedragers in Nederland waarvoor thuiskopievergoeding verschuldigd is en dat zij niet de importeur was van de desbetreffende dragers, zodat zij niet gehouden is daarover de thuiskopievergoeding te betalen. Dientengevolge is zij gerechtigd tot terugbetaling daarvan uit hoofde van onverschuldigde betaling.

3.7. De Thuiskopie voert verweer dat er op neer komt dat er geen sprake is van onverschuldigde betaling. Subsidiar stelt de Thuiskopie zich op het standpunt dat Verbatims restitutievordering is vervallen, althans (deels) is verjaard.

3.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie

Bevoegdheid en toepasselijk recht

4.1. De forumkeuze door partijen in artikel 5 van het A-contract jo. artikel 23 van Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheden, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Vo) geeft de Nederlandse rechter rechtsmacht. Artikel 16g Aw bepaalt dat geschillen over de thuiskopievergoeding in eerste aanleg bij uitsluiting worden beslecht door deze rechtbank. De bevoegdheid van de rechtbank is overigens niet bestreden.

4.2. Niet in geschil is dat Nederlands recht van toepassing is op zowel de overeenkomst die partijen hebben gesloten als hun rechtsbetrekking die voortvloeit uit de wet.

Importeur

4.3. Partijen twisten erover of Verbatim bij haar leveringen aan Nierle als importeur van de desbetreffende informatie dragers dient te worden aangemerkt en daarmee als diegene op wie als zodanig de in artikel 16c lid 2 Aw bedoelde verplichting tot betaling van de thuiskopievergoeding rust. Dat er van de desbetreffende informatiedragers geen opgave is gedaan en dat daarover geen thuiskopievergoeding is afgedragen, noch door Verbatim, noch door een ander (zoals Nierle), staat overigens niet ter discussie.

4.4. Volgens artikel 16c lid 2 en 3 Aw is degene die blanco informatiedragers importeert vergoedingsplichtig en ontstaat die verplichting op het tijdstip van invoer. Voor de vraag wie als importeur in de zin van dat artikel moet worden aangemerkt, is in de eerste plaats van belang wie de eigenaar van de informatiedragers is ten tijde van de invoer. Wanneer het onmogelijk is de thuiskopievergoeding bij die persoon te incasseren, dient de

rechter het begrip importeur zo uit te leggen dat de thuiskopievergoeding bij de leverancier als handelaar wordt geïncasseerd, om de billijke compensatie voor de auteurs ten gevolge van privé-kopieën te garanderen. Bij die uitleg is relevant of (a) de thuiskopievergoeding feitelijk oninbaar is als de afnemer zou gelden als importeur, (b) in Nederland het nadeel ten gevolge van privé-kopieën zal ontstaan en (c) de handelaar over de mogelijkheid beschikt de thuiskopievergoeding aan kopers door te berekenen.¹

4.5. Verbatim en Nierle zijn beide bedrijfsmatige handelaren. Voor beide geldt dat het feitelijk mogelijk is bij hen de thuiskopievergoeding te incasseren. Gelet daarop is de hiervoor genoemde uitzonderingssituatie, die aan de orde was in het Opus-arrest, niet van toepassing. De rechtbank zal daarom nagaan wie ten tijde van de invoer van de blanco informatiedragers de eigendom daarvan had.

4.6. Verbatim heeft blanco informatiedragers vanuit Duitsland naar Nederland vervoerd en ze in Geleen op een door Nierle opgegeven adres afgeleverd. Tussen partijen is niet in geschil dat dat op de conditie "FCA" (*Free Carrier*) is geschied. De Thuiskopie heeft onweersproken gesteld dat die conditie inhoudt: *'The seller hands over the goods, cleared for export, into the disposal of the first carrier (named by the buyer) at the named place. The buyer pays for carriage to the named point of delivery, and risk passes when the goods are handed over to the first carrier'*. Levering van de informatiedragers vindt plaats door bezitsoverdracht.² Die bezitsoverdracht vond, gelet op deze condities, pas plaats in Nederland waar de dragers bij Verbatims transporteur in Geleen zijn afgeleverd. Uit de stellingen van partijen blijkt niet anders. Tijdens het vervoer van Duitsland naar Geleen was Verbatim derhalve eigenaar van de dragers. Verbatim, en niet Nierle, is daarmee de importeur. Daaraan doet niet af dat de levering in Nederland geschiedde op verzoek van Nierle, zoals Verbatim aanvoert. De taalkundige uitleg van het begrip importeur sluit ook aan bij deze gang van zaken.

4.7. Voor zover Verbatim voorts heeft willen bestrijden dat er van invoer in Nederland sprake is, omdat Nierle een rechtspersoon is die statutair gevestigd is in Duitsland, wordt ook dat verweer gepasseerd. Dat feit betekent niet dat er geen sprake kan zijn van invoer in Nederland. Voor de vraag of sprake is van invoer in Nederland is relevant of de blanco informatiedragers in Nederland in het handelsverkeer zijn gebracht. Dat een leverancier of zijn afnemer statutair niet in Nederland is gevestigd, is daarbij niet van belang. Ook buitenlandse rechtspersonen kunnen immers in Nederland handel drijven.

4.8. Het verweer van Verbatim dat zij als importeur en verkoper niet over de mogelijkheid beschikte om het bedrag van de door haar af te dragen thuiskopievergoeding door te berekenen aan Nierle, wordt ook gepasseerd. Die omstandigheid zou een rol spelen in de situatie dat de vergoeding feitelijk oninbaar is bij de importeur. Bovendien beschikte Verbatim wel over de mogelijkheid de thuiskopievergoeding aan haar afnemer door te berekenen. Dat Verbatim dat niet (ten tijde van de levering aan Nierle) heeft gedaan, berust op een door haar gemaakte keuze waarvan de gevolgen voor haar rekening dienen te blijven³.

¹ Vergelijk: HvJ EU 16 juni 2011, zaak C-462/09, ECLI:NL:XX:2011:BQ9325 (de Thuiskopie/Opus Supplies Deutschland c.s.); HR 20 november 2009, LJN BI6320 en HR 12 oktober 2012, LJN BW8301 en Rb Den Haag 16 januari 2013, IEPT20130116.

² HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6320 (de Thuiskopie/Opus Supplies Deutschland c.s.)

³ Vergelijk in dezelfde zin: HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8301, r.o. 2.5.

4.9. De door Verbatim gezochte vergelijking met de levering aan commerciële handelaars die in het Pixmania-vonnis mede aan de orde was, gaat ook mank. Anders dan in die zaak, dient Verbatim te worden aangemerkt als de eerste commerciële handelaar in de distributieketen in Nederland, nu zij eigenaar was van de goederen bij invoer en die goederen in Nederland heeft geleverd aan een afnemer.

4.10. Vaststaat dat Verbatim na de import van de informatiedragers geen opgave daarvan heeft gedaan, noch een beroep heeft gedaan op de artikelen 6 (export) of 7 en 8 (levering aan een professionele gebruiker) van de voorwaarden contractanten "A" behorend bij het A-contract. Ook in de onderhavige procedure is niet alsnog door Verbatim opgave gedaan noch heeft zij bescheiden overgelegd waaruit volgt dat de door haar in 2007 en 2008 aan Nierle geleverde blanco informatiedragers zijn geëxporteerd dan wel bij professionele gebruikers op de Nederlandse markt terecht zijn gekomen, zodat daarover in voorkomend geval geen thuiskopievergoeding verschuldigd zou zijn. Hetgeen Verbatim naar voren heeft gebracht met betrekking tot een Zwitserse rechtspersoon Nierle GmbH is zo weinig concreet dat hierin nog geen begin van een onderbouwing kan worden gevonden. Terecht heeft de Thuiskopie er op gewezen dat hiermee en met de prints van de websites – die uit 2013 dateren – nog niets wordt gezegd over de situatie in 2007 en 2008 en evenmin over de afnemers van Nierle. Bij deze stand van zaken is er geen aanleiding Verbatim toe te laten tot een bewijsopdracht.

4.11. Met het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat Verbatim als importeur in de zin van artikel 16c lid 2 Aw moet worden aangemerkt en de thuiskopievergoeding over de leveringen aan Nierle in 2007 en 2008 dient te betalen. Om die reden kan in het midden blijven of het A-contract op andere gronden een betalingsverplichting voor Verbatim schept. Hierna komt aan de orde of op die wettelijke betalingsverplichting kortingen dienen te worden toegepast.

De STOBI-korting

4.12. In het bericht opgenomen in de Staatscourant van 15 december 2006 (aangehaald in 2.12) is vermeld dat voor van de door STOBI-leden te betalen thuiskopievergoeding een korting van 20% zal gelden. Niet ter discussie staat dat Verbatim lid van STOBI is. Verbatim heeft terecht opgemerkt dat dat bericht geen nadere voorwaarden verbonden aan die korting noemt. Dat die korting alleen zou gelden voor STOBI-leden die getrouw uitvoering geven aan de thuiskopieregeling en niet voor STOBI-leden die op grote schaal dragers verkopen zonder de thuiskopievergoeding af te dragen – zoals de Thuiskopie naar voren heeft gebracht – valt niet uit dat bericht af te leiden. Omdat ook overigens door de Thuiskopie niets is aangevoerd dat tot het achterwege laten van deze korting noopt, zal de rechtbank de STOBI-korting toepassen en de gevorderde thuiskopievergoeding met 20% verminderen. Verbatim heeft de berekening van de door de Thuiskopie opgegeven verschuldigde thuiskopievergoeding verder niet bestreden. Dat betekent dat Verbatim verschuldigd is ($80\% \times \text{€ } 14.664.631,04 = \text{€ } 11.731.704,83$).

ACI c.s./de Thuiskopie c.s.

4.13. Verbatim heeft ter gelegenheid van de comparitie verzocht de vordering af te wijzen in verband met de conclusie van de Advocaat-Generaal in de ACI c.s./de Thuiskopie c.s.-zaak, ofwel om aanhouding van de zaak totdat het Europese Hof van Justitie in die zaak

uitspraak heeft gedaan, ofwel om de verschuldigde vergoeding op 25% van het gevorderde bedrag te stellen. De Thuis kopie heeft ter zitting naar voren gebracht dat zij niet wenste te wachten op de uitkomst in ACI c.s./de Thuis kopie c.s. omdat die volgens haar geen invloed heeft op deze zaak en de situatie rond de thuis kopievergoeding nog onvoldoende duidelijk is om daarop vooruit te lopen. Voor een korting is volgens de Thuis kopie geen plaats.

4.14. In de zaak ACI c.s./de Thuis kopie c.s.⁴ zijn door de Hoge Raad vragen over – onder meer – de thuis kopieregeling voorgelegd aan het Europese Hof. Nadat de Advocaat-Generaal op 9 januari 2014 heeft geconcludeerd, heeft het Hof op 10 april 2014 – onder meer – het volgende voor recht verklaard:

“Het Unierecht, en met name artikel 5, lid 2, sub b, van 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 juncto lid 5 van dat artikel, dient aldus te worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is.”

4.15. Met deze uitspraak – die aansluit op de door Verbatim voorgestane interpretatie – is het verzoek van Verbatim tot aanhouding van de procedure achterhaald. Welke gevolgen de beantwoording van de prejudiciële vragen in de voor Verbatim gunstige zin behoren te hebben voor de onderhavige procedure, is voorts door Verbatim niet of nauwelijks uiteengezet. Het oordeel van Europese Hof laat onverlet dat de Thuis kopie de door SONT vastgestelde thuis kopie dient te heffen en dat deze door fabrikanten en importeurs dient te worden afgedragen aan de Thuis kopie. Verbatim heeft in ieder geval niet toegelicht hoe deze door haar gewenste beantwoording van vragen door het Europese Hof haar verplichting raakt en welke concrete gevolgen aan de uitspraak van het Europese Hof ten aanzien van haar betalingsverplichtingen dienen te worden verbonden. Hoewel het in de lijn van de verwachting ligt dat de Nederlandse thuis kopieregeling dient te worden aangepast naar aanleiding van deze uitspraak, is op dit moment onvoldoende duidelijk op welke wijze die regeling zal worden aangepast en welke gevolgen dit zal hebben voor reeds verschuldigd geworden vergoedingen zoals die van Verbatim. Verbatim heeft derhalve onvoldoende aangevoerd dat meebrengt dat zij door de uitspraak van het Europese Hof niet langer tot betaling van de bedoelde vergoeding gehouden is.

4.16. Evenmin is er reden om de verschuldigde thuis kopievergoeding te matigen met 75% zoals door Verbatim is aangevoerd. Verbatim verwijst voor deze korting naar het hiervoor genoemde besluit van de voorzitter van SONT van 30 november 2004. Uit dat besluit blijkt echter dat haar belangenorganisatie STOBI voorafgaand aan dit besluit heeft aangevoerd dat 25% van het gebruik van audio-cd-r/rw en 75% van het gebruik van blanco dvd's zou bestaan uit kopieën uit illegale bron of kopieën die via een DRM-systeem zijn geregeld. Dat het hier om percentages zou gaan die (ook voor de onderhavige verschuldigde vergoeding) zouden vaststaan, is niet nader onderbouwd. Uit de samenvatting van de discussie opgenomen in het besluit blijkt dat het hier om een standpunt ter behartiging van de belangen de fabrikanten en importeurs gaat dat niet SONT-breed wordt gedragen. Uit het besluit blijkt voorts dat dit niet tot aanpassing van het besluit heeft geleid. Gelet op het

⁴ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (ACI c.s./de Thuis kopie c.s.), conclusie van A-G P.Cruz Villalón van 9 januari 2014 ECLI:EU:C:2014:1 en HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (ACI c.s./de Thuis kopie c.s.)

3 december 2014

voorgaande is onvoldoende duidelijk dat op de verschuldigde thuiskopievergoeding een korting van 75%, of enig ander kortingspercentage, dient te worden toegepast.

Uitvoerbaar bij voorraad

4.17. Verbatim heeft verzocht uitvoerbaar bij voorraadverklaring achterwege te laten omdat zij een aanzienlijk en concreet restituterisico zou lopen in het geval op een mogelijk in te stellen rechtsmiddel anders wordt beslist dan door de rechtbank. Partijen zijn voorts ter gelegenheid van de comparitie overeengekomen dat zij in onderling overleg een *escrow*-regeling zullen overeenkomen die erin voorziet dat indien in conventie of in reconventie een bedrag zal worden toegewezen, zij dit bedrag op een *escrow*-rekening zullen betalen waarop het bedrag vast zal blijven staan totdat er sprake is van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak over de verschuldigheid daarvan of indien partijen daarover overeenstemming hebben bereikt. Partijen hebben de rechtbank voorts bericht dat zij een dergelijke overeenkomst hebben gesloten. Wat verder ook zij van het door Verbatim aangevoerde restituterisico en de afweging van de belangen van partijen bij het toe- of afwijzen van een uitvoerbaar bij voorraadverklaring, nu partijen kennelijk zelf hebben voorzien in een regeling die de ontvangst van de betaling van een toe te wijzen bedrag uitstelt totdat er sprake is van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak over de verschuldigheid daarvan of indien partijen daarover overeenstemming hebben bereikt, is het door Verbatim aangevoerde restituterisico ondervangen en bestaat geen reden meer om uitvoerbaar bij voorraadverklaring achterwege te laten, althans Verbatim heeft geen andere redenen daarvoor aangevoerd, zodat de rechtbank de veroordeling tot betaling uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren.

Wettelijke rente

4.18. De Thuis kopie stelt – onbetwist – dat zij Verbatim bij brief van 25 september 2012 heeft gesommeerd het openstaande bedrag van ruim 14 miljoen te betalen en dat Verbatim te kennen heeft gegeven daaraan niet te zullen voldoen. Daarin vindt de rechtbank aanleiding om Verbatim te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente per 25 september 2012 over het toe te wijzen bedrag.

Proceskosten

4.19. Verbatim zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in conventie worden veroordeeld. Zoals de Thuis kopie ook meent, is gelet op de jurisprudentie in zaken over verschuldigheid van thuiskopievergoeding, geen plaats voor een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv.⁵ De kosten van de Thuis kopie zullen daarom op grond van het liquidatietarief als volgt worden begroot.

- dagvaarding	€	76,71
- betaald griffierecht		3.715,00
- salaris advocaat		6.422,00 (2,0 punten × factor 1,0 × tarief € 3.211,00)
Totaal	€	10.213,71

⁵ Hof Den Haag, 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443 (de Thuis kopie/Microtech); HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (ACI c.s./de Thuis kopie c.s.)

3 december 2014

Daarbij wordt opgemerkt dat het toegepaste tarief hetzelfde is voor het gevorderde bedrag en het toegewezen bedrag. De kostenveroordeling zal – onder verwijzing naar hetgeen daarover hiervoor reeds is overwogen – uitvoerbaar bij voorraad worden toegewezen.

in reconventie

4.20. Voor de bevoegdheid van deze rechtbank ten aanzien van de reconventionele vordering wordt verwezen naar 4.1 en voor het toepasselijke recht naar 4.2. Om dezelfde als de daargenoemde redenen is deze rechtbank bevoegd kennis te nemen van de reconventionele vordering en is Nederlands recht van toepassing.

4.21. Hetgeen hiervoor in conventie in 4.4 tot en met 4.11 is overwogen met betrekking tot de verschuldigdheid van de thuiskopievergoeding ten aanzien van de leveringen aan Nierle geldt mutatis mutandis ook voor de leveringen aan Paradigit en BOS. Op grond van hetgeen partijen hebben aangevoerd kan worden vastgesteld dat het hier ook gaat om leveringen door Verbatim (FCA) te Eindhoven (voor Paradigit) en te Duiven (voor BOS) waarbij Verbatim feitelijk en rechtens is aan te merken als importeur. Het enige verschil is dat Verbatim over de leveringen aan Paradigit en BOS conform het A-contract opgave heeft gedaan en de thuiskopievergoeding heeft afgedragen. Van onverschuldigde betaling is derhalve geen sprake, zodat de reconventionele vordering van Verbatim niet toewijsbaar is.

4.22. Verbatim zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in reconventie worden veroordeeld. Zoals ook in conventie is geoordeeld worden de proceskosten van de Thuiskopie volgens het liquidatietarief begroot en uitvoerbaar bij voorraad toegewezen. Deze kosten worden begroot op $(1,0 \text{ punten} \times \text{factor } 1,0 \times \text{tarief } \text{€ } 2.580,00 =) \text{€ } 2.580,00$ voor salaris advocaat.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie:

5.1. veroordeelt Verbatim om aan de Thuiskopie te betalen een bedrag van € 11.731.704,83, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 25 september 2012 tot aan de dag van voldoening;

5.2. veroordeelt Verbatim in de proceskosten in conventie, aan de zijde van de Thuiskopie begroot op € 10.213,71;

5.3. verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst af het anders of meer in conventie gevorderde;

in reconventie:

5.5. wijst de vorderingen in reconventie af;

5.6. veroordeelt Verbatim in de proceskosten in reconventie, aan de zijde van de Thuis kopie begroot op € 2.580,00;

5.7. verklaart dit vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A.W. Schippers, mr. F.M. Bus en mr. M.P.M. Loos en in het openbaar uitgesproken op 3 december 2014.

