

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

Vonnis in hoofdzaak en vrijwaring van 14 januari 2015

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/09/438914 / HA ZA 13-264 van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ACER COMPUTER B.V.**,
gevestigd te Den Bosch,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **HEWLETT-PACKARD NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Amstelveen,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **DELL B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **IMITATION EUROPE B.V.**,
gevestigd te Hoofddorp,
5. de vereniging **FIAR CONSUMER ELECTRONICS FIAR C.E.**,
gevestigd te Amsterdam,
eiseressen,
advocaat mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon **STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE)**,
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. S.M. Kingma te Den Haag,
2. de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer C/09/450335 / HA ZA 13-1010 van

de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. S.M. Kingma te Den Haag,

alsmede in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/09/438930 / HA ZA 13-267 van

de besloten vennootschap naar buitenlands recht
NOKIA SALES INTERNATIONAL OY,
gevestigd te Espoo, Finland,
eiseres,
advocaat mr. M. Rieger-Jansen te Den Haag,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. S.M. Kingma te Den Haag,
2. de stichting
STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer C/09/450339 / HA ZA 13-1012 van

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

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. S.M. Kingma te Den Haag.

De zaak met zaaknummer / rolnummer: C/09/438914 / HA ZA 13-264 en de zaak met
zaaknummer / rolnummer C/09/450335 / HA ZA 13-1010 zullen hierna hoofdzaak 1
respectievelijk vrijwaringszaak 1 genoemd worden. De zaak met zaaknummer / rolnummer:
C/09/438930 / HA ZA 13-267 en de zaak met zaaknummer / rolnummer C/09/450339 / HA

ZA 13-1012 zullen hierna als hoofdzaak 2 respectievelijk vrijwaringszaak 2 worden aangeduid.

De eiseressen in hoofdzaak 1 zullen hierna gezamenlijk Acer c.s. (in de derde persoon enkelvoud) genoemd worden, eiseres in hoofdzaak 2 zal Nokia genoemd worden en de gedaagden in de hoofdzaken zullen verder gezamenlijk als de Staat c.s. worden aangeduid. Waar nodig zal over de gedaagden in de hoofdzaken, tevens eiseres respectievelijk gedaagde in de beide vrijwaringszaken, afzonderlijk worden gesproken over SDT en de Staat.

Voor Acer c.s. is opgetreden mr. A.P. Groen, advocaat te Amsterdam. Nokia is bijgestaan door mr. Rieger-Jansen voornoemd en mr. M. Senfleben, advocaat te Den Haag. Voor de Staat zijn opgetreden mr. Kingma voornoemd, mr. E.J. Daalder en mr. M. Dijkstra, beiden advocaat te Den Haag. SDT is bijgestaan door mr. Roos voornoemd, alsmede door mr. J.W.A. Meddens en mr. J.M. van den Berg, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het eerste deel van het verloop van de procedure in de hoofdzaken volgt uit de tussenvonnissen in de in die zaken opgeworpen vrijwaringsincidenten van 7 augustus 2013.

1.2. Het verdere schriftelijke verloop van de procedure in hoofdzaak 1 blijkt uit:

- de conclusie van repliek, tevens akte vermeerdering van eis, met productie 19,
- de akte vermeerdering van eis van 4 december 2013, met productie 20,
- de conclusie van dupliek van SDT, met producties 14 tot en met 21,
- de conclusie van dupliek van de Staat, met producties 1 en 2,
- de akte overlegging producties van de zijde van Acer c.s., met producties 21 tot en met 36,
- de akte overlegging aanvullende producties van de zijde van Acer c.s., met producties 37 en 38,
- de beschikking van 24 april 2014 waarbij een pleidooi is bepaald op 25 september 2014.

1.3. Het verdere schriftelijke verloop van de procedure in hoofdzaak 2 blijkt uit:

- de conclusie van repliek, tevens houdende wijziging van eis, met producties 14 tot en met 27,
- de akte houdende overlegging aanvullende producties, tevens houdende een verdere concretisering van de vorderingen, met (opnieuw) productie 27,
- de conclusie van dupliek van SDT, met producties 19 tot en met 27,
- de conclusie van dupliek van de Staat,
- de akte houdende overlegging producties, tevens aanvulling van grondslag van eis, van de zijde van Nokia, met producties 28 tot en met 52,
- de beschikking van 24 april 2014 waarbij een pleidooi is bepaald op 25 september 2014.

1.4. Het schriftelijke verloop van de procedure in de vrijwaringszaken blijkt uit:

- de beide dagvaardingen tot vrijwaring, met producties 1 tot en met 4,
- de conclusies van antwoord, met producties 1 en 2,
- de tussenvonnissen van 30 april 2014.

1.5. Op 25 september 2014 heeft een gecombineerde zitting plaatsgevonden, welke zitting diende voor pleidooi in de beide hoofdzaken en voor comparitie van partijen in de beide vrijwaringszaken. De advocaten van Acer c.s. en Nokia enerzijds en van SDT en de Staat anderzijds hebben in de hoofdzaken gezamenlijk in onderling overleg te verdelen pleittijd gekregen. Het verdere verloop van de hoofdzaken blijkt dan ook uit:

- de door de advocaat van Acer c.s. gehanteerde pleitnotities, met in die pleitnotities doorgehaald de paragrafen 55 en 59 tot en met 63 welke niet zijn gepleit, en de door de advocaten van Nokia gehanteerde pleitnotities, aan de hand van welke pleitnotities voor zover van belang in de zaak van de ander door alle advocaten zowel in de zaak van Acer c.s. als in de zaak van Nokia is gepleit, en
- de door de Staat gehanteerde pleitnotities en de door SDT gehanteerde pleitnotities, waarbij heeft te gelden dat hetgeen door de Staat is aangevoerd ook is aangevoerd namens SDT en andersom voor zover het aangevoerde niet de verhouding tussen en de verschillende verantwoordelijkheden van de Staat en SDT betreft.

1.6. Het verdere verloop van de vrijwaringszaken volgt uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen.

1.7. Ten slotte is in alle zaken vonnis bepaald en nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Artikel 2 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2011 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten (hierna: de richtlijn) bepaalt voor zover relevant voor deze procedure:

De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

(...)

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

2.2. Artikel 5 van de richtlijn bepaalt voor zover van belang als volgt:

(...)

2. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:

(...)

b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal;

(...)

5. De in de leden 1,2,3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de

normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk worden geschaad.

2.3. In de considerans bij de richtlijn is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

(...)

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. (...)

(...)

(35) Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal. Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat.

(...)

2.4. Deze bepalingen in de richtlijn zijn geïmplementeerd in de Auteurswet (hierna: Aw). Artikel 16c Aw luidt – voor zover van belang – als volgt:

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.

(...)

6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regelen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, verschuldigd is. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorts nadere regelen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in dit artikel met betrekking tot de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding.

2.5. Artikel 16d lid 1 Aw luidt – voor zover van belang – als volgt:

De betaling van de in artikel 16c bedoelde vergoeding dient te geschieden aan een door Onze Minister van Justitie aan te wijzen, naar zijn oordeel representatieve rechtspersoon, die belast is met de inning en de verdeling van deze vergoeding (...) In aangelegenheden betreffende de inning en vergoeding vertegenwoordigt deze rechtspersoon de makers of hun rechtverkrijgenden in en buiten rechte.

SDT is de collectieve beheersorganisatie die op grond van deze bepaling is aangewezen door de daarin genoemde minister (hierna: de minister).

2.6. Artikel 16e Aw luidt als volgt:

De hoogte van de in artikel 16c bedoelde vergoeding wordt vastgesteld door een door Onze Minister van Justitie aan te wijzen stichting waarvan het bestuur zodanig is samengesteld dat de belangen van de makers of hun rechtverkrijgenden en de ingevolge artikel 16c, tweede lid, betalingsplichtigen op evenwichtige wijze worden behartigd. De voorzitter van het bestuur van deze stichting wordt benoemd door Onze Minister van Justitie.

De Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (hierna: de SONT) is door de minister op grond van deze bepaling aangewezen.

2.7. Acer Computer B.V., Hewlett-Packard Nederland B.V., Dell B.V., Imitation Europe B.V. en Nokia zijn importeurs en/of fabrikanten als bedoeld in artikel 16c lid 2 Aw.

2.8. Fiar Consumer Electronics FIAR C.E. (hierna: FIAR) is een vereniging die ingevolge haar statuten de belangen behartigt van importeurs en/of fabrikanten van harddisks, zoals Samsung Electronics Benelux, Sharp Electronics Benelux B.V., SONY Benelux B.V., Pioneer Benelux B.V., Philips Consumer Lifestyle, Panasonic Benelux Branch, LG Electronics Benelux, Kenwood Electronics Europe B.V., JVC Nederland, Bose B.V., Canon Nederland B.V. en Casio Benelux B.V., eveneens importeurs en/of fabrikanten als bedoeld in artikel 16c lid 2 Aw.

2.9. In de SONT behartigt SDT de belangen van de rechthebbenden en behartigt een drietal brancheverenigingen (waaronder FIAR) de belangen van de betalingsplichtigen.

2.10. In de statuten van de SONT is bepaald dat de voorzitter van de SONT de hoogte van de in artikel 16c lid 2 Aw bedoelde vergoeding (hierna: de thuiskopievergoeding) vaststelt indien de in de SONT vertegenwoordigde partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

2.11. Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 17 februari 2007 en op grond van opvolgende Algemene Maatregelen van Bestuur tot 1 januari 2013 heeft de Kroon het voordien bestaande thuiskopiestelsel bestendig door geen nieuwe voorwerpen aan te wijzen waarvoor de thuiskopievergoeding verschuldigd zou zijn en de bestaande tarieven voor reeds aangewezen voorwerpen, te weten cd's en dvd's, ongewijzigd te laten.

2.12. Voor de periode vanaf 1 januari 2013 hebben de in de SONT vertegenwoordigde partijen onderhandelingen gevoerd. In een Besluit op hoofdlijnen van 12 oktober 2012

(hierna: het SONT-advies) heeft de voorzitter van de SONT de minister geadviseerd. In het SONT-advies overweegt de voorzitter van de SONT:

“(…)

Uitgangspunten

(…)

2. Er is tussen partijen blijvende onenigheid over het schadebegrip dat het uitgangspunt zou moeten zijn voor de thuiskopievergoeding:

a. Dit geldt in de eerste plaats voor de breedte van het schadebegrip: Gaat het alleen over misgelopen inkomsten uit verkoop binnen de huidige modellen, of ook over misgelopen licentie-inkomsten binnen niet bestaande modellen, of om een vergoeding voor het gehele of gedeeltelijke ‘voordeel’ dat consumenten ervaren (het consumentensurplus) als gevolg van het thuiskopiëren? Mag, wanneer er ooit een downloadverbod komt, nog altijd geïnd worden over het illegale downloaden dat dan zal blijven plaatsvinden?

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

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

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

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

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

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

b. Als voor wat betreft de totale lastendruk, waarbij gekeken is naar thuiskopieheffingen elders in Europa als ook naar de opbrengst van de thuiskopievergoeding voorafgaand aan de bevrozing.

4. De regeling dient zo min mogelijk marktverstoring te zijn, zo min mogelijk aanleiding te geven voor ontduiking (hetgeen leidt tot een ongelijk speelveld) en zo min mogelijk administratieve lasten te creëren.

Uitwerking hoogte totaalbedrag en verdeling over dragers

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

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

7. Dit geeft Thuiskopie de prikkel een hogere netto incasso te bereiken, wat haalbaar wordt geacht omdat de voorgestelde tarieven veel minder marktverstoring zijn dan de oude tarieven waardoor ontduiking veel minder lonend wordt.

8. Voor de verdeling over dragers wordt uitgegaan van dragers die in belangrijke mate worden gebruikt voor thuis kopiëren. De mate waarin dit gebeurt (het heffingsplichtig gebruik van capaciteit als percentage van de gemiddelde capaciteit) in combinatie met een globale prijsindicatie voor apparaten binnen een categorie, is bepalend voor het feitelijke tarief.

9. Onder heffingsplichtig gebruik wordt daarbij verstaan het gebruik van opslagcapaciteit voor audio, film en video, foto's en e-boeken of luisterboeken, wanneer gekopieerd vanaf gekochte, gekregen, gehuurde of geleende dragers, gekopieerd van radio of tv, of gratis gedownload uit legale of illegale bron. Cijfers over dit gebruik zijn ontleend aan de laatste meting van Bureau Veldkamp (Bijlage C).

10. Apparaten en dragers met een laag heffingsplichtig gebruik ten opzichte van de capaciteit (<10%) en een lage potentiële opbrengst van de thuis kopievergoeding worden buiten de regeling gehouden, ten einde de regeling eenvoudig en sober te houden en administratieve lasten te beperken. Meer apparaten betekent immers meer betrokken bedrijven die de regeling moeten uitvoeren en meer professionele gebruikers die teruggave of ontheffing moeten aanvragen. Concreet gaat het hier om geheugenkaarten, USB-sticks en spelcomputers met harde schijf die op deze gronden buiten de regeling vallen.

11. Voor apparaten die een grote spreiding in capaciteit en kostprijs hebben, wordt gewerkt met een laag tarief voor de eenvoudigste apparaten en een basistarief voor de apparaten boven een vastgestelde capaciteitsdrempel.

12. De voorgestelde dragers en tarieven zijn dan als volgt:

Drager/apparaat	Afzet 2011	Afzet prive	% Laag	Capaciteitsgrens laag	Thuiskopie-vergoeding laag	Thuiskopie-vergoeding basis	Bruto Opbrengst uit privegebruik
Cd-R	23,457,143	11,728,572	0%		€ -	€ 0.03	€ 351,857
DVD	21,219,000	10,609,500	0%		€ -	€ 0.03	€ 318,285
Externe HDD Drive	1,944,692	972,346	0%		€ -	€ 1.00	€ 972,346
Audio-/videospeler	1,067,686	1,067,686	25%	<= 2 GB	€ 1.00	€ 2.00	€ 1,863,564
HDD recorder/settopbox	429,875	429,875	6%	<= 160 GB	€ 2.50	€ 5.00	€ 2,085,919
Telefoon met MP3-speler/smartphone	5,655,222	5,655,222	16%	< 16 GB*	€ 2.50	€ 5.00	€ 25,949,548
Tablet	791,467	395,734	18%	<= 8 GB	€ 2.50	€ 5.00	€ 1,803,725
PC/laptop	3,000,000	1,500,000	0%		€ -	€ 5.00	€ 7,500,000
Totaal	61,008,704	32,358,934					€ 40,845,244
					Bij 25% ontduiking		€ 30,633,933
					Bij 35% ontduiking		€ 26,549,408

Toelichting tabel

13. Afzetcijfers en bruto opbrengsten zijn schattingen gebaseerd op de realisaties over 2011, afkomstig van Gfk. Volumes voor settopboxen zijn geschat, aangezien veel settopboxen door kabelbedrijven direct aan consumenten worden geleverd.

14. Verschillen tussen de afzet en de afzet privé zijn gebaseerd op een schatting voor het aandeel professioneel gebruik.

15. Voor audio-/videospelers, HDD-recorders/settopboxen en telefoons met mp3-speler/smartphones wordt aangenomen dat het professioneel gebruik verwaarloosbaar is, dan wel dat het gebruik van zakelijk gebruikte smartphones in het kader van de thuiskopieregeling een privé-karakter heeft. Voor deze apparaten is vrijstelling/terugbetaling van de thuiskopievergoeding daarom niet mogelijk.

16. Voor een viertal groepen apparaten is een laag-tarief ingevoerd om te voorkomen dat de heffing onevenredig drukt op de onderkant van de markt. Dit geldt voor audio-/videospelers, HDD-recorders/settopboxen, telefoons met mp3-speler/smartphones en tablets. Voor telefoons wordt daarbij uitgegaan van de uitbreidbare capaciteit, dus inclusief een geplaatste sd-kaart indien mogelijk. Telefoons zonder mogelijkheden voor de plaatsing van een sd-kaart en zonder intern geheugen geschikt voor muziekbestanden vallen buiten de regeling. Voor de sd-kaarten zelf wordt geen heffing ingevoerd.”

Uitvoering

17. Een lump-sum-regeling geldt in de ogen van de SONT als een aantrekkelijke manier om deze bedragen te innen: zo 'n regeling, waarbij op brancheniveau en op basis van geschatte of feitelijke totaalafzet een totaalbedrag wordt overeengekomen, leidt tot zeer lage administratieve lasten en maximale ondernemersvrijheid in het vaststellen van prijzen voor consumenten en zakelijke afnemers.

18. Brancheorganisaties van producenten en importeurs geven echter aan dat een dergelijke regeling niet haalbaar is, omdat het incassorisico dat nu bij Stichting Thuiskopie ligt, te hoog wordt geacht door de brancheorganisaties.

19. Het alternatief is dan heffing op basis van afgezette hoeveelheden. Professionele gebruikers kunnen aanspraak maken op ontheffing of teruggave van de vergoedingen. In het eerste geval hoeven ze de vergoedingen niet te betalen over hun afname en wordt deze nergens in de keten afgedragen. In het laatste geval is wel afgedragen en kan de professionele gebruiker het bedrag terugclaimen bij Stichting Thuiskopie.

20. Uitwerking van de uitvoering kan geschieden in overleg tussen Stichting Thuiskopie en de producenten/importeurs, zoals dat in het verleden ook is gebeurd. Uitgangspunten zijn minimale administratieve lasten voor alle betrokkenen en minimale mogelijkheden en prikkels voor ontduiking. Partijen kunnen daarbij in onderling overleg tot een vergoeding komen voor meewerkende collectiviteiten van bedrijven, en/of een opslag bij ontduiking. Door de bestuursleden van de SONT wordt gevraagd om in de AMvB aandacht te schenken aan de verbetering van hun handhavingsmogelijkheden.

21. Voorts dienen de administratiekosten voor professionele gebruikers om ontheffing te krijgen dan wel betaalde bedragen terug te vragen zo laag mogelijk en op daadwerkelijke kosten gebaseerd te zijn.

22. De mogelijkheid wordt daarbij onderzocht om de heffing als externe kostenregel op de laatste factuur op te voeren, zoals dat gebeurt met de verwijderingsbijdrage. Dit lijkt administratief het meest eenvoudig te implementeren, kent het grootste draagvalk bij de industrie, heeft instemming van de Stichting Thuiskopie en biedt voordelen voor teruggave voor professioneel gebruik: alleen wanneer de heffing blijkt de factuur is betaald, kan aanspraak worden gemaakt op teruggave.

23. *Om het draagvlak voor heffing te vergroten, wordt door Stichting Thuiskopie gezorgd voor transparantie van kosten en, eventueel in samenwerking met andere organisaties, repartitie aan rechthebbenden, uitgekeerde bedragen en ontvangers.*

Tijdelijkheid

24. *We stellen voor de dragers waar het om gaat alsook de tarieven voor de duur van drie jaar ongewijzigd te laten.*

25. *Verschillende factoren kunnen de incasso op langere termijn sterk veranderen:*

- a. toename betaald gebruik en legale businessmodellen,*
- b. minder ontduiking (gunstig voor het level playing field en gunstig voor de rechthebbenden),*
- c. meer/minder teruggave/ontheffing in verband met professioneel gebruik, als gevolg van over- of onderschatting van de percentages professioneel gebruik, of als gevolg van niet-claimen,*
- d. sterke toe- of afname van de verkoopvolumes door verschuiving van de markt naar andere producten,*
- e. toename van het aandeel apparaten per categorie dat onder het basistarief valt als gevolg van groei in capaciteit,*
- f. ontwikkelingen in rechtspraak en regelgeving in Nederland en de EU.*

26. *Dergelijke ontwikkelingen maken een periodieke herijking van het stelsel noodzakelijk.*

27. *In zo 'n herijking zal een integrale afweging moeten worden gemaakt over tarieven, capaciteitsgrenzen tussen laag en basistarief en de relevante dragers, om te voorkomen dat de incasso louter als gevolg van de toenemende geheugencapaciteiten van apparaten en dragers explosief stijgt."*

De bijlagen bij het SONT-advies zien er – voor zover relevant – als volgt uit:

Bijlage A Tijdbesteding aan media door de jaren volgens SCP en SPOT

Het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) doet sinds 1975 vijfjaarlijks onderzoek naar de tijdbesteding van Nederlanders. De laatst beschikbare meting dateert van 2005. De beschikbare gegevens bieden goed zicht op het mediagebruik tussen 1975 en 2005, zie onderstaande figuur en tabel.

(...)

SPOT

Voor recentere jaren kan gekeken worden naar een andere bron. SPOT voert sinds 2006 ook om de 2 jaar tijdbestedingsonderzoek uit, met veel aandacht voor media. De cijfers hebben betrekking op de leeftijdsgroep 20-64 en zijn niet direct vergelijkbaar met de cijfers van het SCP (ze liggen wat hoger), maar de ontwikkeling tussen de metingen van SPOT is wel goed te interpreteren. Tabel 2 hieronder vat de relevante gegevens samen.

Tabel 2 Tijdbesteding aan audiovisueel en muziek, 2006-2012 (SPOT)

Minuten per dag in leeftijdsgroep 20-64		2006	2008	2010	2012
Televisie kijken	Totaal	150	138	149	145
	tv	143	135	148	141
	computer	3	2	1	2
	mobiel	1	0	0	0
	anders	2	1	0	1
TV-kijken via Uitzending gemist e.d.				7	5
Video-filmpjes kijken op internet				4	4
TOTAAL Televisie incl UG + Internet		150	138	160	154
Muziek luisteren	Totaal	12	9	10	14
	televisie	1	0	0	1
	cd/mp3/lp/mc-speler	8	6	5	5
	computer	3	3	2	4
	Mobiel	0	0	0	1
	Anders	1	0	1	3

Deze cijfers wijzen tussen 2006 en 2012 niet op een trendmatige toe- of afname van de tijd besteed aan televisie kijken en muziek luisteren (inclusief tv en muziek op de computer of mobiel).

Concluderend:

- De tijd besteed aan het bekijken van audiovisueel materiaal is ondanks de opkomst van nieuwe media sinds 1975 nauwelijks veranderd (na een tijdelijke toename tussen 1985 en 2000).

- De tijd besteed aan het beluisteren van radio en muziek is sinds 1975 gestaag gedaald; het beluisteren van muziek (excl. radio) is sinds 2006 ongeveer gelijk gebleven.

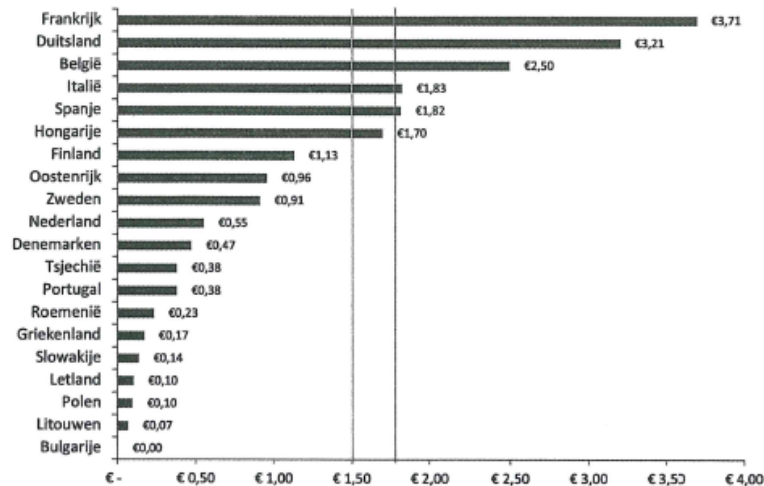
- Niet bekend is welk deel van deze luistertijd wordt ingenomen door thuiskopieën.

Bijlage B Internationale vergelijking netto incasso thuiskopiestelsels in Europa en historie netto incasso Nederland

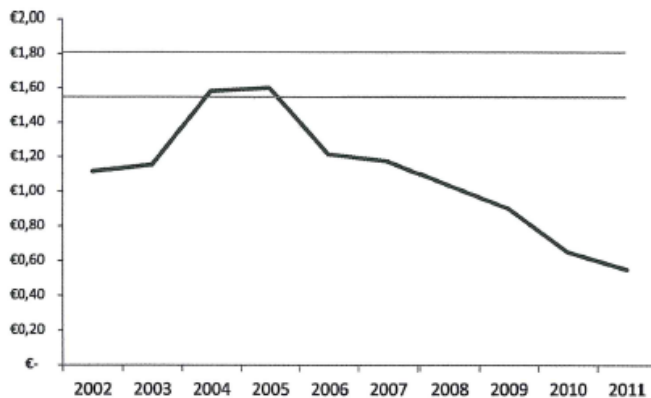
In 20 van de 27 EU lidstaten bestaat een thuiskopie-uitzondering in combinatie met een thuiskopievergoeding, al verschillen de stelsels en de hoogte van de vergoedingen sterk tussen de landen. Figuur 2 geeft de netto incassobedragen voor 2011 van deze 20 landen (inclusief Nederland) weer. Omwille van de vergelijkbaarheid zijn de bedragen omgerekend per hoofd van de bevolking en gecorrigeerd voor koopkrachtverschillen.

De verticale blauwe lijnen in de figuur geven de incasso per hoofd voor Nederland aan op basis van een bruto incasso van € 40 mln bij 35% en 25% ontduiking (resp. € 1,56 en € 1,80 per hoofd van de bevolking).

Figuur 2 Incasso thuishopie vergoedingen 2011 per hoofd, omgerekend naar NL koopkracht



Figuur 3 Incasso thuishopie vergoedingen in Nederland 2002-2011 (Stichting de Thuisopie)



Bijlage C Gemiddeld heffingsplichtig gebruik

Tabel 3 geeft het gemiddeld percentage heffingsplichtig gebruik op basis van de laatste meting door Veldkamp. Onder heffingsplichtig gebruik wordt daarbij verstaan het gebruik van opslagcapaciteit voor audio, film en video, foto's en e-boeken of luisterboeken, wanner gekopieerd vanaf gekochte, gekregen, gehuurde of geleende dragers, gekopieerd van radio of tv, of gratis gedownload uit legale of illegale bron. Gebruik voor software en games blijft dus buiten beschouwing. Geheugenkaarten, USB-drives en game consoles vallen onder meer vanwege het geringe percentage thuishopieplichtig gebruik buiten de regeling.

Tabel 3 Heffingsplichting gebruik als % van capaciteit op basis van Veldkamp (2012)

Drager/apparaat	Heffingsplichtig gebruik/capaciteit excl. games etc
Cd-R	80.0%
DVD	36.9%
Externe HDD Drive	12.0%
Audio-/videospeler	46.1%
HDD recorder/settopbox	43.5%
Telefoon met MP3-speler/smartphone	15.5%
Tablet	17.9%
PC/laptop	13.3%
Geheugenkaarten/USB Drives*	5.90%
Harde schijven consoles	7.10%

* Voor USB-drives bestaat geen aparte meting, het gebruik is gelijk verondersteld aan dat van geheugenkaarten.

2.13. Bij Algemene Maatregel van Bestuur van 23 oktober 2012 (hierna: de AMvB) heeft de Kroon in lijn met het SONT-advies nieuwe voorwerpen aangewezen als bedoeld in artikel 16c Aw en is de hoogte van de thuishopievergoeding opnieuw vastgesteld. De AMvB is per 1 januari 2013 in werking getreden. In artikel 1 van de AMvB is bepaald:

Artikel 1

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

In de betreffende bijlage is niet alleen een thuishopievergoeding voor Cd-R en DVD dragers (van € 0,03) vastgesteld, maar ook voor de hieronder opgesomde voorwerpen:

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

2.14. Bij algemene maatregel van bestuur van 15 oktober 2013 (hierna: de verlengings-AMvB) is de looptijd van de AMvB verlengd tot 1 januari 2016.

3. Het geschil

in de hoofdzaken

3.1. Acer c.s. vordert in hoofdzaak 1 na wijziging van haar eis dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

- a) voor recht verklaart dat de AMvB en verlengings-AMvB (hierna tezamen te noemen: de AMvB's) onverbindend zijn jegens Acer c.s.,
- b) voor recht verklaart dat de Staat door het vaststellen en (doen) effectueren van de AMvB's in strijd heeft gehandeld met artikel 16c lid 1 en 2 Aw en/of artikel 5 lid 2 van de richtlijn en/of met het zorgvuldigheidsbeginsel en/of met het verbod van willekeur,
- c) voor recht verklaart dat de Staat door het vaststellen en (doen) effectueren van de AMvB's onrechtmatig heeft gehandeld jegens Acer c.s.,
- d) voor recht verklaart dat de Staat deswege vanaf 1 januari 2013 schadeplichtig is jegens Acer c.s., welke schade zal worden vastgesteld in een schadestaatprocedure,
- e) voor recht verklaart dat de heffingen die SDT per 1 januari 2013 op grond van de AMvB's zal innen en zal hebben geïnd onverschuldigd aan haar zijn betaald en/of dat SDT door het innen van deze heffingen ongerechtvaardigd is verrijkt, en
- f) SDT veroordeelt tot restitutie van door Acer c.s. op grond van de AMvB's afgedragen heffingen, te vermeerderen met de wettelijke rente, met veroordeling van de Staat c.s. in de proceskosten.

3.2. Nokia vordert in hoofdzaak 2 na wijziging van haar eis – samengevat – dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

- a) jegens de Staat voor recht verklaart dat i) primair: het uitvaardigen en toepassen van de AMvB's (inclusief eventueel toekomstig te nemen besluiten of maatregelen van gelijke strekking) onrechtmatig is jegens Nokia (en alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare aan heffingen onderworpen derden), ii) subsidiair: dit uitvaardigen en toepassen onrechtmatig is omdat in de AMvB's een "Telefoon met Mp3-speler/Smartphone" is aangewezen als heffingsplichtig voorwerp als bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, dan wel iii) meer subsidiair: dit uitvaardigen onrechtmatig is nu in de AMvB's niet is voorzien in een vergoeding van de schade die Nokia (en alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare aan heffingen onderworpen derden) ten gevolge van de AMvB's lijdt/lijden,
- b) de Staat veroordeelt tot i) primair: buiten werking stelling van de AMvB's jegens Nokia (en alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare aan heffingen onderworpen derden), zo nodig mede door het gelasten van SDT de uitvoering en toepassing van de AMvB's te staken en gestaakt te houden, althans ii) subsidiair: buiten werking stelling als primair gevorderd, voor zover daarin een "Telefoon met Mp3-speler/Smartphone" is aangewezen als heffingsplichtig voorwerp als bedoeld in artikel 16c Aw,
- c) jegens SDT voor recht verklaart dat zij onrechtmatig en/of in strijd met het toepasselijke Unierechtelijke kader handelt jegens Nokia (en alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare aan heffingen onderworpen derden) door vanaf 1 januari 2013 heffingen te innen op grond van de AMvB's en/of door i) primair: Nokia (en alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare aan heffingen onderworpen derden) aan te merken als importeur(s), althans degene(n) die de billijke compensatie moet(en) afdragen, ii) subsidiair: in de door SDT opgestelde "Voorwaarden Professionele Gebruiker" te bepalen dat voor telefoons met mp3-speler/smartphones geen vrijstelling of restitutie van de thuishopievergoeding mogelijk is,

d) SDT (en de Staat hoofdelijk) veroordeelt tot i) restitutie aan Nokia van door haar op grond van de AMvB's betaalde heffingen, te vermeerderen met de wettelijke rente, en tot ii) vergoeding van door Nokia als gevolg van de AMvB's geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat, met (hoofdelijke) veroordeling van i) primair: de Staat en SDT in de proceskosten en ii) subsidiair: SDT in de proceskosten, alles op grond van 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv).

3.3. De stellingen waarop Acer c.s. en Nokia deze vorderingen gezamenlijk baseren, zijn samengevat de volgende.

- De hoogte van de thuiskopievergoeding is, in strijd met de uitleg die het Hof van Justitie EU in zijn arrest van 21 oktober 2010¹ (hierna: het Padawan-arrest) aan het begrip billijke vergoeding als bedoeld in artikel 16c lid 2 Aw heeft gegeven, niet berekend op basis van het criterium van de schade die de rechthebbenden hebben geleden als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik, maar willekeurig tot stand gekomen.
- De AMvB's hebben ten doel om schade door downloaden uit illegale bron aan de rechthebbenden te compenseren, hetgeen in strijd is met de richtlijn.
- In de AMvB's wordt geen onderscheid gemaakt tussen professioneel en privé gebruik van de aangewezen voorwerpen. In het Padawan-arrest heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat een systeem waarin ongedifferentieerd wordt geheven in strijd is met de richtlijn. Dit is volgens Nokia met name het geval bij de heffing voor de categorie Telefoon met Mp3-speler/Smartphone (hierna: smartphone(s)), nu ten aanzien van die voorwerpen niet is voorzien in een restitutiemogelijkheid van de voor een uiteindelijk professioneel gebruikte smartphone betaalde vergoeding.
- De thuiskopievergoeding in de AMvB's omvat ten onrechte ook een vergoeding voor het kopiëren van audiovisueel materiaal van uitvoerend kunstenaars uit landen die niet aangesloten zijn bij het Verdrag van Rome (zoals Amerikaanse acteurs) en die om die reden geen recht hebben op compensatie van schade die zij lijden door kopiëren voor privégebruik².
- De Staat heeft bij de totstandkoming van de AMvB's onzorgvuldig gehandeld.
- Ten onrechte is voor smartphones, computers, externe HDD drives en tablets een thuiskopieheffing vastgesteld, nu die voorwerpen niet of nauwelijks worden gebruikt voor reproductiehandelingen als bedoeld in artikel 16c Aw. Zo al schade wordt veroorzaakt door het met die voorwerpen kopiëren voor privégebruik, is dit zo minimaal dat die schade geen thuiskopieheffing rechtvaardigt.

¹ Hof van Justitie EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *Padawan/SGAE*.

² Hoge Raad 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7324, *Thuiskopie/Norma en Irda*.

3.4. De stellingen waarop Nokia haar vorderingen verder baseert, zijn samengevat de volgende:

- Als voor smartphones niettemin een thuiskopieheffing gerechtvaardigd is, staat de hoogte van de heffing in de AMvB's niet in verhouding tot de schade die wordt veroorzaakt door het met die dragers kopiëren voor privégebruik. De hoogte van de thuiskopieheffing wordt ten onrechte gerelateerd aan de prijzen van de verschillende dragers in plaats van aan de omvang van de met het gebruik van die voorwerpen veroorzaakte schade.
- Het is Unierechtelijk ontoelaatbaar dat de maximaal uitbreidbare capaciteit van smartphones als basis dient voor de hoogte van de thuiskopievergoeding. Het vermoedelijke gebruik van de smartphones is het enige juiste criterium.
- Er is geen sprake van een rechtvaardig evenwicht zoals bedoeld in het Padawan-arrest. Het is niet alleen zo dat ten aanzien van smartphones niet is voorzien in een restitutiemogelijkheid van de voor een uiteindelijk professioneel gebruikte smartphone betaalde vergoeding, maar Nokia en andere importeurs en/of fabrikanten als bedoeld in artikel 16c lid 2 Aw hebben vanwege hun plaats in de distributieketen evenmin de mogelijkheid om de thuiskopieheffing door te berekenen in de door de privégebruiker betaalde prijs voor de aangewezen voorwerpen. Het heffen bij Nokia is dan ook in strijd met het Unierecht.

3.5. De Staat c.s. voert verweer.

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

in de vrijwaringszaken

3.7. SDT vordert - samengevat - dat de Staat wordt veroordeeld om aan SDT te betalen al hetgeen waartoe SDT in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling van de Staat in de kosten van de vrijwaring.

3.8. SDT voert daartoe aan dat, zo de vorderingen van Acer c.s. en/of Nokia jegens haar toewijsbaar zouden zijn, de Staat haar zou moeten vrijwaren omdat SDT op grond van een in de wet vastgelegde taakopdracht gehouden is (geweest) tot inning van de in de door Acer c.s. en Nokia bestreden AMvB's bedoelde heffingen.

3.9. De Staat voert verweer.

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

4. De beoordeling

in de hoofdzaken

AMvB's onverbindend en/of onrechtmatig?

Kopiëren uit illegale bron

4.1. Op een belangrijk punt dat partijen in deze zaken verdeeld houdt - te weten of het Unierecht, en met name artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling 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 - is door het Hof van Justitie EU op 10 april 2014 arrest gewezen³. Het Hof heeft in dat arrest antwoord gegeven op vragen van de Hoge Raad, waaronder de vraag of artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat de daar bedoelde beperking van het auteursrecht geldt voor alle aan de in dat artikel vermelde eisen beantwoordende reproducties, ongeacht of het exemplaar van het werk waaraan die reproducties zijn ontleend, rechtmatig ter beschikking is gekomen van de betrokkene, of dat die beperking slechts geldt voor reproducties die zijn ontleend aan een exemplaar van het werk die zonder auteursrechtinbreuk aan de betrokkene ter beschikking is gekomen. Het Hof van Justitie EU beantwoordt die vraag – voor zover nu relevant – als volgt:

“(…)

21 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat ingevolge artikel 2 van richtlijn 2001/29 de lidstaten aan auteurs het uitsluitende recht verlenen om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie, met welke middelen en in welke vorm ook, van hun werk, toe te staan of te verbieden, al staat het de lidstaten krachtens artikel 5, lid 2, van deze richtlijn vrij om uitzonderingen op en beperkingen van dit recht vast te stellen.

22 Wat de reikwijdte van deze uitzonderingen en beperkingen betreft, moet in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak van het Hof bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, strikt moeten worden uitgelegd (arrest Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Hieruit volgt dat de verschillende uitzonderingen en beperkingen waarin artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 voorziet, strikt moeten worden uitgelegd.

24 Voorts zij erop gewezen dat artikel 5, lid 5, van voornoemde richtlijn bepaalt dat uitzonderingen op en beperkingen van het reproductierecht slechts van toepassing zijn in bepaalde bijzondere gevallen en mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal, en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

25 Deze bepaling van richtlijn 2001/29 geeft derhalve, zoals volgt uit de bewoordingen ervan, enkel een nadere precisering van de voorwaarden voor toepassing van de door artikel 5, lid 2, van deze richtlijn toegestane uitzonderingen op en beperkingen van het reproductierecht, welke voorwaarden inhouden dat deze uitzonderingen en beperkingen

³ Hof van Justitie EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *ACI/Thuiskopie*.

slechts van toepassing zijn in bepaalde bijzondere gevallen en mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal, en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Artikel 5, lid 5, van deze richtlijn definieert dus niet de materiële inhoud van de verschillende in het tweede lid van dat artikel genoemde uitzonderingen en beperkingen, maar speelt pas een rol op het moment waarop deze door de lidstaten worden toegepast.

26 Bijgevolg is artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 niet bedoeld om effect te hebben op de materiële inhoud van de onder artikel 5, lid 2, van deze richtlijn vallende bepalingen, en met name niet om de reikwijdte van de daarin voorziene uitzonderingen en beperkingen uit te breiden.

27 Voorts blijkt uit punt 44 van de considerans van richtlijn 2001/29 dat de wetgever van de Unie voor ogen had dat de lidstaten, wanneer zij voorzien in de in deze richtlijn bedoelde uitzonderingen en beperkingen, het toepassingsgebied daarvan nog meer zouden beperken wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal. Noch dit punt van de considerans, noch enige andere bepaling van deze richtlijn voorziet daarentegen in de mogelijkheid voor de lidstaten om het toepassingsgebied van dergelijke uitzonderingen of beperkingen uit te breiden.

28 Meer in het bijzonder kunnen de lidstaten krachtens artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 voorzien in een uitzondering op het exclusieve reproductierecht van de auteur met betrekking tot zijn werk ten aanzien van de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privégebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk (hierna: „uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik”).

29 Deze bepaling spreekt zich er evenwel niet uitdrukkelijk over uit of de bron waaruit een reproductie van het werk kan zijn vervaardigd, al dan niet geoorloofd is.

30 Derhalve moeten de bewoordingen van voornoemde bepaling worden uitgelegd volgens het beginsel van strikte uitlegging, zoals in herinnering is gebracht in punt 23 van het onderhavige arrest.

31 Een dergelijke uitlegging vereist dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus wordt verstaan dat de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik de houders van het auteursrecht weliswaar verbiedt hun uitsluitende recht om reproducties toe te staan of te verbieden uit te oefenen tegenover personen die privékopieën van hun werken vervaardigen, doch zich er niettemin tegen verzet dat deze bepaling in die zin wordt opgevat dat zij, boven op deze uitdrukkelijk vastgelegde beperking, aan de houders van het auteursrecht de verplichting oplegt om de rechtsschendingen te gedogen waarmee de vervaardiging van privékopieën gepaard kan gaan.

32 Deze conclusie vindt bovendien steun in de context waarin artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 past, alsmede in de doelstellingen ervan.

33 In dit verband volgt enerzijds uit punt 32 van de considerans van richtlijn 2001/29 dat de in artikel 5 daarvan vastgelegde lijst van uitzonderingen een evenwicht moet verzekeren tussen de rechtstradities in de lidstaten en een goed functionerende interne markt.

34 Dit betekent dat het de lidstaten vrijstaat om – overeenkomstig hun rechtstradities – de verschillende uitzonderingen waarin artikel 5 van richtlijn 2001/29 voorziet al dan niet in te voeren, maar dat zij, wanneer zij eenmaal hebben besloten een bepaalde uitzondering in te stellen, deze coherent dienen toe te passen, zodat die uitzondering geen afbreuk doet aan de met richtlijn 2001/29 nagestreefde doelstellingen, bestaande in het verzekeren van de goede werking van de interne markt.

35 Indien het de lidstaten vrij zou staan al dan niet een wettelijke regeling vast te stellen op grond waarvan reproducties voor privégebruik ook mogen zijn vervaardigd uit een

ongeoorloofde bron, dan zou dit duidelijk afbreuk doen aan de goede werking van de interne markt.

36 Anderzijds blijkt uit punt 22 van de considerans van deze richtlijn dat de doelstelling van een werkelijke steun aan de verspreiding van cultuur niet mag worden gerealiseerd met middelen die ten koste gaan van een strikte bescherming van de rechten of door het gedogen van illegale vormen van distributie van nagemaakte of vervalste werken.

37 Derhalve kan een nationale wettelijke regeling die geen enkel onderscheid maakt tussen kopieën voor privégebruik die zijn vervaardigd uit geoorloofde bronnen, en kopieën voor privégebruik die zijn vervaardigd uit nagemaakte of vervalste bronnen, niet worden gedoogd.

38 Toepassing van een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die geen onderscheid maakt al naargelang de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie al dan niet geoorloofd is, kan bovendien inbreuk maken op bepaalde, in artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 gestelde voorwaarden.

39 Ten eerste zou immers het aanvaarden dat dergelijke reproducties kunnen zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron de verspreiding van nagemaakte of vervalste werken aanmoedigen en daardoor noodzakelijkerwijze de omvang van de verkopen van, of andere legale transacties met betrekking tot, beschermde werken verminderen, zodat afbreuk zou worden gedaan aan de normale exploitatie daarvan.

40 Ten tweede kan de toepassing van een dergelijke nationale wettelijke regeling, gelet op de vaststelling in punt 31 van het onderhavige arrest, een ongerechtvaardigd nadeel opleveren voor de houders van het auteursrecht.

41 Uit het voorgaande volgt dat artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op kopieën voor privégebruik die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron.

(...)

45 Uit de punten 39 en 40 van het onderhavige arrest volgt dat 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, geen correcte toepassing van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik kan verzekeren. De omstandigheid dat er geen enkele technische voorziening bestaat om de vervaardiging van ongeoorloofde privékopieën te bestrijden, kan aan deze vaststelling geen afbreuk doen.

46 Hieruit volgt dat voor de beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, geen rekening hoeft te worden gehouden met het feit dat de technische voorzieningen in de zin van artikel 6 van richtlijn 2001/29, waarnaar artikel 5, lid 2, sub b, van voornoemde richtlijn verwijst, niet, of nog niet, bestaan.

47 Ten slotte wordt aan de conclusie van het Hof in punt 41 van dit arrest geen afbreuk gedaan door de voorwaarde van de „billijke compensatie”, als bedoeld in artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29.

48 In dit verband dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat ingevolge deze bepaling de lidstaten die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik in hun nationale recht invoeren, dienen te voorzien in de betaling van een „billijke compensatie” aan de rechthebbenden.

49 Voorts zij eraan herinnerd dat een uitlegging van deze bepaling in die zin dat het de lidstaten die een dergelijke in het Unierecht vastgestelde uitzondering voor het kopiëren

voor privégebruik hebben ingevoerd – in het kader waarvan volgens de punten 35 en 38 van de considerans van die richtlijn het begrip „billijke compensatie” een essentieel element is – vrij zou staan om de parameters daarvan op incoherente, niet-geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, zou indruisen tegen het doel van die richtlijn, dat erin bestaat bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij te harmoniseren en te voorkomen dat de mededinging op de interne markt door de verschillen tussen de wetgevingen van de lidstaten wordt vervalst (zie in die zin arrest Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punten 35 en 36).

50 Een dergelijke compensatie heeft volgens de rechtspraak van het Hof tot doel de auteurs schadeloos te stellen voor het kopiëren, zonder hun toestemming, van hun beschermde werken voor privégebruik, zodat zij moet worden beschouwd als de tegenprestatie voor de schade die auteurs lijden als gevolg van de vervaardiging van dergelijke door hen niet toegestane kopieën (zie in die zin arrest Padawan, EU:C:2010:620, punten 30, 39 en 40).

51 Derhalve is de persoon die deze schade heeft veroorzaakt, dat wil zeggen de persoon die de kopie van het beschermde werk zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende heeft vervaardigd, in beginsel verplicht de geleden schade te vergoeden, door het bekostigen van de compensatie die aan die rechthebbende zal worden betaald (zie in die zin arresten Padawan, EU:C:2010:620, punt 45, en Stichting de Thuis kopie, C-462/09, EU:C:2011:397, punt 26).

52 Het Hof heeft evenwel aanvaard dat, gelet op de praktische moeilijkheden waarmee een dergelijk stelsel van billijke compensatie gepaard gaat, het de lidstaten vrijstaat om met het oog op de financiering van die billijke compensatie een vergoeding in te voeren die niet rechtstreeks door de betrokken particulieren dient te worden betaald, maar door de personen die het bedrag van deze vergoeding kunnen doorberekenen in de prijs van de terbeschikkingstelling van installaties, apparaten en dragers, of in de prijs van de verleende reproductiedienst, zodat de last van de vergoeding uiteindelijk zal worden gedragen door de privégebruiker die deze prijs betaalt (zie in die zin arresten Padawan, EU:C:2010:620, punt 46 en 48, en Stichting de Thuis kopie, EU:C:2011:397, punten 27 en 28).

53 In de tweede plaats blijkt uit punt 31 van de considerans van richtlijn 2001/29 dat het door de betrokken lidstaat ingevoerde vergoedingsstelsel een rechtvaardig evenwicht moet waarborgen tussen de rechten en belangen van de auteurs – de ontvangers van de billijke compensatie – enerzijds, en de rechten en belangen van de gebruikers van beschermd materiaal anderzijds.

54 Een stelsel van vergoedingen voor het kopiëren voor privégebruik als aan de orde in het hoofdeding, waarin voor de berekening van de billijke compensatie die aan de ontvangers ervan is verschuldigd geen onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is, eerbiedigt niet het in het vorige punt genoemde rechtvaardige evenwicht.

55 In een dergelijk stelsel wordt de veroorzaakte schade, en dus het bedrag van de billijke compensatie die aan de ontvangers is verschuldigd, immers berekend op grondslag van de aan auteurs toegebrachte schade, zowel veroorzaakt door reproducties voor privégebruik die zijn vervaardigd uit een geoorloofde bron, als veroorzaakt door reproducties die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron. Het aldus berekende bedrag wordt vervolgens uiteindelijk doorberekend in de prijs die de gebruikers van beschermd materiaal betalen op het moment waarop aan hen installaties, apparaten en dragers ter beschikking worden gesteld waarmee privékopieën kunnen worden vervaardigd.

56 Alle gebruikers die dergelijke installaties, apparaten en dragers verwerven, worden dus indirect bestraft aangezien zij – doordat zij de lasten dragen van een vergoeding die wordt

vastgesteld zonder dat er rekening mee is gehouden of de bron waaruit dergelijke reproducties zijn vervaardigd, al dan niet geoorloofd is – noodzakelijkerwijze meebetalen aan de compensatie van de schade die wordt veroorzaakt door uit een ongeoorloofde bron vervaardigde reproducties voor privégebruik die niet zijn toegestaan door richtlijn 2001/29, en aldus worden gedwongen om aanzienlijke extra kosten voor hun rekening te nemen teneinde privékopieën te kunnen vervaardigen die vallen onder de in artikel 5, lid 2, sub b, van deze richtlijn voorziene uitzondering.

57 Een dergelijke situatie kan niet worden geacht te voldoen aan de voorwaarde inzake het rechtvaardige evenwicht dat moet worden gevonden tussen de rechten en belangen van de ontvangers van de billijke compensatie enerzijds, en de rechten en belangen van deze gebruikers anderzijds.

58 Gelet op het voorgaande moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat het Unierecht, en met name artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 juncto lid 5 van dat artikel, aldus moet 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.

(...)”

4.2. Uit de voorgaande citaten volgt dat het Unierecht, en met name artikel 5 lid 2 sub b juncto lid 5 van de richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een vergoedingsstelsel waarin voor de berekening van de billijke compensatie geen onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is.

4.3. De Staat heeft terecht aangevoerd dat (artikel 16c Aw en) de AMvB's in dit opzicht richtlijnconform kunnen en moeten worden uitgelegd, in die zin dat de bij de AMvB's vastgestelde bedragen moeten worden geacht uitsluitend een vergoeding in te houden voor kopieën uit geoorloofde bron. De tekst van de AMvB's laat een dergelijke uitleg toe en buiten kijf staat dat de Kroon bij het vaststellen van de AMvB's de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Onder die omstandigheden kan, anders dan Nokia en Acer c.s. suggereren, de rechtbank niet afzien van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van de AMvB's op de grond dat de Kroon getuige de totstandkomingsgeschiedenis van de AMvB's geen onderscheid heeft gemaakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is (vgl. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, *ACI/Thuis kopie*, r.o. 5.1.3). De rechtbank zal dan ook niet oordelen tot onverbindendheid en onrechtmatigheid van (het vaststellen en effectueren van) de AMvB's op grond van onjuiste omzetting van de richtlijn.

4.4. Mede vanwege de terecht door de Staat benadrukte grote vrijheid die de nationale wetgever toekomt bij het vaststellen van het niveau van de heffing, neemt het voorgaande niet weg dat de rechtbank de AMvB's kan toetsen aan algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank kan oordelen tot onverbindendheid van de AMvB's en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig oordelen op de grond dat de Kroon, in aanmerking genomen de belangen die ten tijde van de totstandbrenging daarvan bekend waren of behoorden te zijn, met het oog op die beginselen in redelijkheid niet tot de desbetreffende

AMvB's heeft kunnen komen. De rechtbank dient bij deze toetsing terughoudendheid te betrachten. De motivering bij de AMvB's zal slechts in aanmerking genomen worden bij de vraag of de AMvB's bedoelde toetsing kunnen doorstaan.

4.5. De rechtbank is van oordeel dat de Staat door de AMvB's vast te stellen in strijd heeft gehandeld met het verbod op willekeur, in die zin dat de Staat in redelijkheid niet tot de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen heeft kunnen komen. De Staat heeft bij de totstandkoming van de AMvB's en ook in deze procedure, onder verwijzing naar het SONT-advies, betoogd dat de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen een billijke vergoeding zijn voor zowel kopieën uit geoorloofde bron, als kopieën uit ongeoorloofde bron. De Staat kan gelet daarop nu in redelijkheid niet het standpunt meer innemen dat diezelfde bedragen ook een billijke vergoeding inhouden voor uitsluitend kopieën uit geoorloofde bron. Nokia en Acer c.s. hebben namelijk onbestreden aangevoerd dat het merendeel van de kopieën uit ongeoorloofde bron komt. Bij pleidooi hebben zij, onder verwijzing naar een onderzoek van GfK (productie 30 van Acer c.s.), naar voren gebracht dat ongeveer drie kwart van het aantal thuiskopieën uit ongeoorloofde bron komt. Dat het aantal kopieën uit ongeoorloofde bron een substantieel deel uitmaakt van het totale aantal thuiskopieën, is ook niet in geschil. Bij de conclusie van dupliek heeft de Staat zelf aangevoerd dat die kopieën een 'significant deel van het door de rechthebbenden geleden nadeel' veroorzaken (conclusie van dupliek in hoofdzaak 1, paragraaf 2.3.5). Gelet daarop kan redelijkerwijs niet worden volgehouden dat het wegvallen van de kopieën uit ongeoorloofde bron geen enkel gevolg dient te hebben voor de hoogte van de vergoeding. Weliswaar heeft de Staat een bepaalde mate van vrijheid om de hoogte van de vergoeding vast te stellen en dient de rechtbank terughoudend te zijn bij het beoordelen van die vaststelling, maar dat betekent niet dat, zoals de Staat bij pleidooi heeft aangevoerd, alle bedragen zonder meer 'juist' zijn. De grenzen worden in dit opzicht bepaald door het verbod op willekeur en die grenzen worden naar het oordeel van de rechtbank overschreden als het standpunt van de Staat c.s. zou worden gevolgd.

4.6. Welke consequenties hieraan moeten worden verbonden, is mede afhankelijk van de vraag of en zo ja, in hoeverre, nog andere gebreken aan de AMvB's kleven. In het navolgende zullen dan ook alle andere door Acer c.s. en/of Nokia aangevoerde gronden voor onverbindendheid en onrechtmatigheid van de AMvB's de revue passeren.

De wijze van berekenen van de thuiskopievergoeding: schade algemeen

4.7. Vast staat – zie punt 5. van en Bijlage B bij het SONT-advies – dat de Staat bij het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding voor de verschillende aangewezen voorwerpen is uitgegaan van een totale (bruto) incasso van 40 miljoen euro. Dat bedrag is het vertrekpunt geweest voor – zoals het onder punt 8. van het SONT-advies is verwoord – een 'verdeling over dragers', oftewel voor het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding per aangewezen voorwerp.

4.8. De Staat heeft aan de hand van het SONT-advies en de bijlagen toegelicht hoe zij tot het bedrag van 40 miljoen euro is gekomen. Dat bedrag is volgens de Staat een uitvloeisel van drie aanknopingspunten. Het eerste is het (netto) incassoniveau van de periode voor de Algemene Maatregel van Bestuur van 17 februari 2007 (zie rov. 2.11), voordat de tarieven werden bevroren, zoals staat in punt 6. van het SONT-advies. Daarnaast is, zo volgt uit punt 5. van het SONT-advies en bijlage B, een vergelijking met de hoogte van de (netto) incasso in andere EU lidstaten als aanknopingspunt gehanteerd. De rechtbank

begrijpt uit het SONT-advies dat die netto incassoniveaus aan de hand van bekende ontduikingspercentages (zie eveneens punt 6. en punt 7. van het SONT-advies, alsmede de toelichting bij bijlage B) zijn vertaald naar een bruto incassobedrag van 40 miljoen euro, waarbij doelstelling van de regeling is (zie punt 3.a. en 7. van het SONT-advies) om ontduiking te voorkomen of ten minste te beperken, zodat (een zo groot mogelijk deel van) 40 miljoen euro als billijke vergoeding bij de auteursrechthebbenden terecht zal komen.

4.9. Ten slotte houdt het aan die twee vergelijkingen ontleende bedrag het midden tussen de hoogte van het door de betalingsplichtigen enerzijds en de rechthebbenden anderzijds in de onderhandelingen binnen het SONT verdedigde totale schadebedrag als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik. Volgens de betalingsplichtigen zou de schade namelijk ongeveer 12 miljoen euro bedragen. Zij baseren zich daarbij op een onderzoek verricht naar de hoeveelheid thuiskopieën op dragers uitgevoerd door accountantskantoor PWC. Daar tegenover heeft SDT in de SONT een totaal schadebedrag van 62 miljoen euro voorgesteld, welk bedrag is gebaseerd op onderzoek van Bureau Veldkamp naar thuiskopie-gebruik uit 2012. Dit onderzoek, waarvan de resultaten in bijlage C bij het SONT-advies zijn opgenomen, betreft de hoeveelheid en soort opslagcapaciteit die Nederlanders gemiddeld gebruiken voor het maken van thuiskopieën. Op beide berekeningen valt volgens de Staat één en ander af te dingen, zodat zij het vinden van het midden tussen die rapporten gerechtvaardigd acht.

4.10. De vraag die voorligt, is of deze wijze van bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding verenigbaar is met hetgeen het Hof van Justitie EU in het Padawan-arrest over het begrip billijke vergoeding als bedoeld in artikel 16c lid 2 Aw heeft overwogen. Acer c.s. en Nokia hebben betoogd dat de Staat in strijd met het Padawan-arrest bij het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding aanknopingspunten heeft gehanteerd die geen verband houden met de daadwerkelijk door de rechthebbenden door toepassing van artikel 16c Aw geleden schade. Waar de Staat zich beroept op de in het Padawan-arrest aan de lidstaten gegeven beleidsvrijheid om de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van de billijke compensatie te bepalen, stellen Acer c.s. en Nokia zich op het standpunt dat het Padawan-arrest die vrijheid ernstig heeft ingeperkt ten aanzien van de wijze waarop de billijke compensatie moet worden berekend. De rechtbank oordeelt daarover als volgt.

4.11. In het Padawan-arrest heeft het Hof van Justitie EU overwogen dat het begrip “billijke compensatie” in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn een autonoom unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik hebben ingevoerd, ongeacht hun bevoegdheid om binnen de door het Unierecht en in het bijzonder door die richtlijn gestelde grenzen de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van deze billijke compensatie te bepalen. Vervolgens heeft het Hof van Justitie EU overwegingen gewijd aan de vraag of het rechtvaardig evenwicht dat volgens punt 31 van de considerans (rov. 2.3) bij de richtlijn tussen de betrokken personen moet worden gevonden, inhoudt dat de billijke compensatie wordt berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik. Het Hof van Justitie EU overweegt daarover voor zover van belang:

“(…)

39 Wat in de eerste plaats de rol betreft die het criterium van de door de auteur geleden schade speelt bij de berekening van de billijke compensatie, blijkt uit de punten 35 en 38 van de considerans van richtlijn 2001/29 dat die billijke compensatie tot doel heeft de auteurs “naar behoren” te vergoeden voor het gebruik dat zonder hun toestemming van hun beschermde werken wordt gemaakt. Als nuttig criterium voor de vaststelling van het niveau van deze compensatie dient rekening te worden gehouden met het “mogelijke nadeel” dat de auteur als gevolg van de betrokken reproductiehandelingen ondervindt, waarbij een “[minimale] [...] schade” echter geen betalingsverplichting in het leven kan roepen. De uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik moet aldus een regeling kunnen omvatten “om het nadeel voor de rechthebbenden te compenseren”.

40 Uit die bepalingen volgt dat de conceptie en het niveau van de billijke compensatie verband houden met de schade die voor de auteur resulteert uit de reproductie van zijn beschermd werk die zonder zijn toestemming voor privé-gebruik wordt gemaakt. Vanuit die invalshoek bezien, moet de billijke compensatie worden beschouwd als de vergoeding van de door de auteur geleden schade.

41 Bovendien vertolkt het woord “compenseren” in de punten 35 en 38 van de considerans van richtlijn 2001/29 de wil van de Uniewetgever om te voorzien in een specifieke vergoedingsregeling die wordt toegepast wanneer er sprake is van schade door de rechthebbenden, welke schade in beginsel de verplichting doet ontstaan om de rechthebbenden te “compenseren”.

42 Hieruit volgt dat de billijke compensatie noodzakelijkerwijs moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privé-gebruik.

“(…)”

4.12. Uit deze overwegingen volgt weliswaar dat de lidstaten ervoor zorg moeten dragen dat de billijke compensatie dient ter vergoeding van de door de auteur als gevolg van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik geleden schade, maar binnen dat kader blijft het aan de lidstaten om – onder meer – het niveau van die billijke vergoeding te bepalen. De hiervoor in rechtsoverweging 4.8 en 4.9 genoemde drie parameters die de Staat heeft gebruikt om tot de hoogte van de thuiskopieergoeding te komen, kunnen alle – en zeker in samenhang bezien – in de sleutel van door kopiëren voor privégebruik geleden schade worden gezet. Ook de hoogte van de thuiskopieergoeding in de periode voordat in 2007 de tarieven werden bevroren en de hoogte van de thuiskopieergoeding in andere EU lidstaten dien(d)en (hoe dan ook bepaald) immers ter vergoeding van door kopiëren voor privégebruik geleden schade. In dat licht kunnen die twee parameters een handvat zijn om de billijke vergoeding te bepalen. Dat geldt zeker nu het daaruit voortvloeiende bedrag het midden houdt tussen de bedragen die volgen uit twee verschillende rapporten waarin wel degelijk een schadeberekening is gemaakt.

4.13. Dat het voor wat betreft de hoogte van de uiteindelijk bepaalde totale thuiskopieergoeding grove parameters zijn, maakt niet dat de wijze waarop het niveau van de billijke compensatie is bepaald in strijd is met de richtlijn of hetgeen het Hof van Justitie EU in het Padawan-arrest heeft overwogen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk beleidsvrijheid toestaat bij het bepalen van dat niveau. Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU dat rekening mag worden gehouden met het feit dat vergoedingsstelsels voor thuiskopieën ‘noodzakelijkerwijs onnauwkeurig [zijn], omdat het in de praktijk onmogelijk is vast te stellen welk werk door

welke gebruiker is gereproduceerd en op welke drager' (HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515, *Amazon*, hierna: het Amazon-arrest, r.o. 51). De rechtbank passeert aldus het standpunt van Acer c.s. en Nokia dat de AMvB's vanwege de wijze van berekening van de hoogte van de thuiskopievergoeding onrechtmatig zijn.

4.14. Op zich hebben Acer c.s. en Nokia wel terecht aangevoerd dat de door thuis kopiëren veroorzaakte schade voortdurend verandert ten gevolge van ontwikkelingen zoals de opkomst van legaal online aanbod en streaming. Deze ontwikkelingen kunnen ertoe leiden dat het incassoniveau uit 2005 op een gegeven moment geen goede maatstaf meer is voor de berekening van het nadeel dat thuis kopiëren veroorzaakt. Acer c.s. en Nokia hebben echter onvoldoende onderbouwd dat het thuis kopiëren in de jaren 2013 en 2014 ten gevolge van deze ontwikkelingen al zodanig was verminderd dat de Staat redelijkerwijs niet meer kon aansluiten bij het incassoniveau van 2005. Daarbij weegt mee dat tegenover de genoemde ontwikkelingen ook ontwikkelingen staan die het thuis kopiëren in die periode juist hebben doen toenemen, zoals de in het SONT-advies genoemde factoren, te weten de toegenomen opslagcapaciteit van dragers en apparaten en het toegenomen gemak om thuis kopiëren te maken.

Amerikaanse acteurs

4.15. Het standpunt van Acer c.s. en Nokia dat de thuiskopievergoeding in de AMvB's ten onrechte ook een vergoeding voor het kopiëren van audiovisueel materiaal van uitvoerend kunstenaars uit landen die niet aangesloten zijn bij het Verdrag van Rome, zoals Amerikaanse acteurs (hierna: niet-Rome-materiaal), bevat, moet als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. Anders dan Acer c.s. kennelijk meent, volstaat het enkele feit dat in het SONT-advies en de AMvB's niet uitdrukkelijk een uitzondering is gemaakt voor die categorie in ieder geval niet als onderbouwing van dat standpunt. Van de SONT en de Staat kan niet worden verwacht dat zij voor iedere categorie van onbeschermd werken uitdrukkelijk een uitzondering maken. Daarbij verdient opmerking dat de betalingsplichtigen bij de onderhandelingen in de SONT zelf een rapport van accountantskantoor PWC (zoals overgelegd als productie 16 bij de dagvaarding van Acer c.s.) hebben ingebracht, waarbij ook niet uitdrukkelijk een uitzondering is gemaakt voor niet-Rome-materiaal.

4.16. Ook overigens is de stelling niet onderbouwd. Zoals hiervoor al is beschreven, is de hoogte van het totaal te innen bedrag bepaald aan de hand van drie parameters. Niet kan worden aangenomen dat die parameters een vergoeding voor het kopiëren van niet-Rome-materiaal inhouden. Ten aanzien van de internationale vergelijking en de vergelijking met de twee rapporten, hebben Acer c.s. en Nokia dat zelfs niet gesteld. Slechts ten aanzien van de historische incassogegevens heeft Acer c.s. er – pas bij pleidooi – op gewezen dat SDT in 2004 reserveringen heeft gemaakt voor Amerikaanse rechthebbenden. SDT heeft terecht aangevoerd dat daaruit niet volgt dat er destijds voor de Amerikaanse rechthebbenden werd geïncasseerd. Integendeel, het opnemen van een reservering voor die rechthebbenden in verband met de destijds hangende claim, wijst erop dat SDT niet aan die rechthebbenden uitkeerde. Dat suggereert dat ook niet werd geïncasseerd voor die rechthebbenden en ondersteunt in ieder geval niet de stelling van Acer c.s. en Nokia.

Aanwijzen smartphones, computers, externe HDD drives en tablets

4.17. Acer c.s. en Nokia hebben betoogd dat voor smartphones, computers, externe HDD drives en tablets ten onrechte een thuiskopieheffing is vastgesteld, nu deze apparaten niet of nauwelijks worden gebruikt voor het maken van thuiskopieën. Van deze apparaten kan voor het afspelen (beluisteren en/of bekijken) van audio en video heffingsplichtig gebruik worden gemaakt. Onder verwijzing naar onder meer een Deens rapport en bijlage A tabel 2 bij het SONT-rapport hebben Acer c.s. en Nokia zich op het standpunt gesteld dat van die functie enkel door een beperkt deel van de gebruikers gebruik wordt gemaakt. Voor zover daarvan gebruik wordt gemaakt, betreft een groot deel van dat gebruik volgens hen geen reproductiehandeling die onder de thuiskopie exceptie van artikel 16c Aw valt (zoals gestreamde en met toestemming van de auteursrechthebbende verkregen bestanden). Dat in dat geval geen grondslag bestaat voor een thuiskopieheffing voor smartphones, computers, externe HDD drives en tablets, leiden Acer c.s. en Nokia af uit de hiervoor (rov. 4.11) aangehaalde overweging 39 uit het Padawan-arrest, waarin is overwogen dat “[minimale] [...] schade” echter geen betalingsverplichting in het leven kan roepen.

4.18. De rechtbank is met de Staat van oordeel dat aan dit betoog voorbij moet worden gegaan en dat de Staat op dit punt in lijn met het Unierecht heeft gehandeld. Voorop staat dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat, indien apparaten aan natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruikers ter beschikking zijn gesteld, de enkele omstandigheid dat met die apparaten kopieën kunnen worden gemaakt volstaat als rechtvaardiging voor de thuiskopievergoeding. Deze natuurlijke personen worden immers geacht de functies van die apparaten, waaronder het vervaardigen van reproducties, volledig te benutten, aldus de Hoge Raad (HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523, *Staat/Norma*, r.o. 4.2.6, onder verwijzing naar het Padawan-arrest, rechtsoverwegingen 55 en 56 en het Amazon-arrest, rechtsoverwegingen 41 en 42). Daarvan uitgaande is het aanwijzen van de hiervoor genoemde apparaten zonder meer gerechtvaardigd. Het staat immers buiten kijf dat met die apparaten kopieën kunnen worden gemaakt en dat die apparaten onder meer aan natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruikers ter beschikking worden gesteld (zie over de professionele gebruikers hierna r.o. 4.32 e.v.).

4.19. Ook als er van zou moeten worden uitgegaan dat het aanwijzen van een apparaat niet gerechtvaardigd is als dat niet meer dan minimaal wordt gebruikt voor het maken van thuiskopieën (alle partijen lijken daarvan uit te gaan), leidt dat niet tot een andere conclusie. De veronderstelling van de Staat dat de betreffende apparaten meer dan minimaal worden gebruikt voor het maken van thuiskopieën, is namelijk niet ongegrond.

4.20. De Staat heeft die veronderstelling gebaseerd op het advies van het orgaan dat bij wet is ingesteld om de hoogte van de thuiskopievergoeding vast te stellen, te weten de SONT. Het SONT-advies is gebaseerd op een onderzoek dat Bureau Veldkamp in opdracht van de SONT heeft gedaan naar thuiskopie-gebruik uit 2012. De (van belang zijnde) resultaten daarvan kunnen in bijlage C van het SONT-advies worden gelezen. In tabel 3 van die bijlage staat bij de betreffende apparaten dat meer dan 10% van de geheugencapaciteit heffingsplichtig wordt gebruikt. Gelet op de grote geheugencapaciteit van de apparaten gaat het om een zeer groot aantal digitale kopieën en dus meer dan minimale schade.

4.21. Nu uit het advies van Bureau Veldkamp genoeglijk blijkt op basis van welke gegevens het tot stand is gebracht en welke procedure daarbij is gevolgd en voorts niet in

redelijkheid kan worden gezegd dat de motivering van het rapport op het onderhavige punt niet overtuigend is en evenmin dat het rapport onzorgvuldig of inconsistent is, mocht de Kroon zich bij het totstandbrengen van de AMvB's op het advies van Bureau Veldkamp baseren (vgl. CRvB 25 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2743 en CRvB 13 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3503). Dit zou slechts anders kunnen zijn indien concrete aanknopingspunten zijn aangevoerd voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dit advies (vgl. ABRvS 9 maart 2011 ECLI:NL:RVS:2011:BP7479). Dat op basis van andere bronnen, zoals het door Nokia genoemde Deense rapport en bijlage A tabel 2 bij het SONT-rapport, mogelijk uitgekomen zou kunnen worden op een ander percentage, volstaat dan ook op zichzelf niet.

4.22. Op zich hebben Acer c.s. en Nokia wel terecht opgemerkt dat in het bedoelde rapport van het bureau Veldkamp mogelijk teveel gebruik van de geheugencapaciteit is aangemerkt als heffingsplichting. Zo lijkt het rapport ervan uit te gaan dat ook voor kopieën uit ongeoorloofde bron en voor materiaal dat met toestemming van de rechthebbenden wordt gestreamd, een vergoeding is verschuldigd. Niet duidelijk is echter dat als dat gebruik buiten beschouwing wordt gelaten, er slechts kopieën overblijven die hooguit minimale schade berokkenen. Acer c.s. en Nokia hangen hun betoog dat de schade minimaal is slechts op aan het feit dat de Staat, in overeenstemming met het SONT-advies, heeft besloten om dragers waarvan minder dan 10% van de geheugencapaciteit heffingsplichtig wordt gebruikt, niet aan te wijzen in de AMvB's. Die 10%-norm is echter geen Europese regel die definieert wanneer apparaten niet meer mogen worden aangewezen als heffingsplichtig. De Staat hanteert die norm slechts om de regeling eenvoudig en sober te houden en de administratieve lasten te beperken. De AMvB's zijn dus niet strijdig met het Unierecht enkel omdat mogelijk minder dan 10% van de geheugencapaciteit van de apparaten heffingsplichtig wordt gebruikt. Een incoherent stelsel levert het ook niet op, omdat ten aanzien van alle voorwerpen dezelfde (te) ruime definitie van heffingsplichtig gebruik is gehanteerd.

Thuiskopievergoeding voor smartphones: hoogte heffing

4.23. Nokia heeft ook de hoogte van de thuiskopievergoeding voor smartphones bestreden. In de eerste plaats heeft zij aangevoerd dat de hoogte van de thuiskopievergoeding ten onrechte is gerelateerd aan de prijzen van dragers. In de tweede plaats heeft zij betoogd dat ten onrechte wordt geheven over de maximaal uitbreidbare capaciteit (in wezen lucht) van een toestel. Beide argumenten tegen de AMvB's komen er in de kern op neer dat de hoogte van de thuiskopievergoeding per drager volgens Nokia in verhouding zou moeten staan tot het nadeel dat met de specifieke drager kan worden veroorzaakt.

4.24. De rechtbank is echter, in lijn met hetgeen de Staat tegenover deze argumenten van Nokia heeft gesteld, van oordeel dat de wijze waarop in de AMvB's het eerder genoemde (totaal)bedrag van 40 miljoen euro over de verschillende aangewezen dragers is verdeeld, past binnen de richtlijn en de marges die in het Padawan-arrest zijn neergezet. Het is het bedrag van 40 miljoen euro dat dient ter vergoeding van de door de auteur als gevolg van de uitzondering voor kopiëren voor privégebruik geleden schade. Bij de verdeling van dat bedrag over de dragers is dan uitgangspunt de bevoegdheid van de lidstaten om binnen de door het Unierecht gestelde grenzen de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van de billijke compensatie te bepalen.

4.25. De Staat heeft volgens het SONT-advies gekozen voor een regeling die sober is, in elk geval voor wat betreft de tarieven in relatie tot de prijzen van de dragers, om onder meer marktverstoring te voorkomen (zie onder punt 3. van het SONT-advies). Onder de punten 8., 11. en 16. van het SONT-advies wordt uitgelegd op welke wijze dat wordt gedaan. De mate waarin van dragers gebruik wordt gemaakt voor thuis kopiëren in combinatie met een globale prijsindicatie bepalen het feitelijke tarief per drager. Voor apparaten die een grote spreiding hebben in capaciteit en kostprijs, wordt gewerkt met een laag tarief voor de eenvoudigste apparaten en een basistarief voor de apparaten boven een vastgestelde capaciteitsdrempel. Verder is voor vier soorten apparaten een laag-tarief ingevoerd om te voorkomen dat de heffing onevenredig drukt op de onderkant van de markt.

4.26. Het voorkomen van marktverstoring is een binnen de richtlijn en het Padawan-arrest passend argument dat kan worden gebruikt bij de vaststelling van een verdeling over de dragers als in de AMvB's. Het voldoet met name aan het in de considerans bij de richtlijn (zie rov. 2.3) en in het Padawan-arrest beschreven rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal dat moet worden gewaarborgd. Terecht heeft de Staat naar voren gebracht dat dit rechtvaardig evenwicht zoek zou zijn indien een verdeling zou worden gehanteerd die louter gebaseerd zou zijn op het heffingsplichtig gebruik. De Staat heeft voorgerekend dat indien verdeeld zou worden in de richting als door Nokia voorgestaan, tegenover een toename in prijs van smartphones van ruimschoots minder dan 1%, een CD-rom rond de 400% in prijs zal stijgen. Nu de verdeling in de AMvB's in lijn is met de uitgangspunten van de richtlijn die ook in het Padawan-arrest zijn verwoord, zal het standpunt van Nokia dat de AMvB's op dit punt niet stroken met het Unierecht ook terzijde worden geschoven.

4.27. Ook het feit dat SDT bij het vaststellen van de heffing uitgaat van de uitbreidbare geheugencapaciteit van smartphones in plaats van de interne geheugencapaciteit is niet strijdig met het Unierecht. Uit het Padawan-arrest blijkt dat er een verband moet bestaan tussen de toepassing van de heffing en het vermoedelijke gebruik van een apparaat. Dat bij smartphones de uitbreidbare geheugencapaciteit is meegenomen, is gebaseerd op het vermoeden dat gebruikers van smartphones die capaciteit zullen uitbreiden en een evenredig deel van die uitgebreide capaciteit heffingsplichtig zullen gebruiken. Nokia heeft onvoldoende aangevoerd om dat vermoeden te ontkrachten. Uit de door haar zelf overgelegde cijfers blijkt dat het merendeel van de gebruikers van mobiele telefoons daadwerkelijk een geheugenkaart in de telefoon plaatst en auteursrechtelijk beschermd materiaal opslaat op die kaart (productie 8 van Nokia, vragen 38, 42 en 43).

Differentiatie privé en zakelijk gebruik: algemeen

4.28. Voor zover Acer c.s. en Nokia naar voren hebben gebracht dat in de AMvB's geen onderscheid wordt gemaakt tussen professioneel en privégebruik van de aangewezen voorwerpen, nu ten aanzien van alle voorwerpen altijd een heffing verschuldigd is, treft die stelling evenmin het door Acer c.s. en Nokia beoogde doel. En wel om de volgende redenen.

4.29. Conform het SONT-advies is voorzien in een ontheffings- en restitutieregeling voor professionele gebruikers. Professionele gebruikers kunnen aanspraak maken op ontheffing of teruggave van de vergoedingen. In het eerste geval hoeven ze de vergoedingen

niet te betalen over hun afname en wordt deze nergens in de keten afgedragen. In het laatste geval is wel afgedragen en kan de professionele gebruiker het bedrag terug claimen bij SDT.

4.30. Acer c.s. en Nokia hebben aangevoerd dat de AMvB's zelf een ontheffings- en restitutieregeling hadden moeten bevatten en dat het niet ter uitsluitende beoordeling aan SDT had mogen worden overgelaten of en zo ja, in hoeverre en op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan het verbod op ongedifferentieerd heffen. Dat is echter niet wat de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU voorschrijft. Het Hof van Justitie heeft – kort gezegd – bepaald dat de thuiskopieregeling van een lidstaat gedifferentieerd dient te zijn. Een thuiskopieregeling voldoet aan die voorwaarde indien het totale thuiskopiestelsel van een lidstaat een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen waarborgt tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal (punt 31 van de considerans bij de richtlijn). Daaraan kan ook tegemoet worden gekomen door op een andere wijze dan in de AMvB's te voorzien in een ontheffings- of restitutieregeling. Dat in de AMvB's geen ontheffings- en restitutieregeling is opgenomen, maakt die AMvB's dan ook niet onrechtmatig.

4.31. Acer c.s. en Nokia vinden dat de wijze waarop SDT uitvoering geeft aan de vrijstellings- en restitutieregeling indruist tegen de vereisten die in het Amazon-arrest voor het waarborgen van het rechtvaardig evenwicht als bedoeld in de considerans van de richtlijn aan een dergelijke regeling zijn gesteld. Het gaat dan onder meer om bezwarende incasso-overeenkomsten die met SDT dienen te worden gesloten alvorens een vrijstelling kan worden verkregen en om relatief hoge administratiekosten die voor restitutie dienen te worden betaald. Mede gelet op de vrijheid die de richtlijn aan de lidstaten laat om de vorm en modaliteiten van de vergoedingsregeling te bepalen, acht de rechtbank de bedoelde voorwaarden niet dusdanig bezwarend dat de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de thuiskopieregeling onrechtmatig is. Dat geldt ook voor de hoogte van de administratiekosten. In antwoord op de suggestie van Acer c.s. dat die kosten altijd € 8,50 zouden bedragen (wat de kosten prohibitief zou maken voor restitutie van een heffing van maximaal € 5,-), heeft SDT erop gewezen dat in de praktijk nooit hogere kosten in rekening worden gebracht dan 10% van het te restitueren bedrag. Voor zover Acer c.s. daarna hun bezwaar tegen de administratiekosten nog hebben willen handhaven, moet dat als onvoldoende onderbouwd worden verworpen.

Differentiatie privé en zakelijk gebruik: smartphones, computers, externe HDD drives en tablets

4.32. Audio-/videospelers, HDD-recorders, settopboxen, telefoons met mp3-speler en smartphones worden expliciet van de zojuist genoemde restitutieregeling uitgesloten. In punt 15. van het SONT-advies staat daarover geschreven:

Voor audio-/videospelers, HDD-recorders/settopboxen en telefoons met mp3-speler/smartphones wordt aangenomen dat het professioneel gebruik verwaarloosbaar is, dan wel dat het gebruik van zakelijk gebruikte smartphones in het kader van de thuiskopieregeling een privé-karakter heeft. Voor deze apparaten is vrijstelling/terugbetaling van de thuiskopievergoeding daarom niet mogelijk.

4.33. Acer c.s. en Nokia stellen zich op het standpunt dat dit meebrengt dat – in elk geval voor deze apparaten – de AMvB's wel degelijk ongedifferentieerd zijn en geen sprake is van het al meermalen genoemde en vereiste rechtvaardig evenwicht. Nu, zoals de rechtbank hiervoor heeft overwogen, de AMvB's in zijn algemeenheid wel degelijk gedifferentieerd kunnen worden genoemd, zou het de AMvB's dan specifiek ten aanzien van deze apparaten aan differentiatie en evenwicht ontbreken. Daarover valt het volgende te zeggen.

4.34. De Staat en SDT hebben zich onder verwijzing naar punt 15. van het SONT-advies op het standpunt gesteld dat de reden voor die uitzonderingspositie van deze apparaten erin is gelegen dat ervan uit wordt gegaan dat alle kopieën gemaakt met deze apparaten, ongeacht wie de uiteindelijke gebruiker is, privékopieën zijn. De Staat en SDT verdedigen kortom het standpunt dat indien met een zakelijk aan een gebruiker verstrekte audio-/videospeler, HDD-recorder, settopbox of smartphone kopieën worden gemaakt, dit kopieën zijn die bestemd zijn voor privégebruik. Het had dan ook op de weg van Acer c.s. en Nokia gelegen om onderbouwd te stellen dat in meer dan een verwaarloosbaar aantal gevallen zakelijke gebruikers van deze apparaten kopieën maken die bestemd zijn voor zakelijk gebruik in plaats van voor privégebruik. Dat is niet gebeurd. Het enige wat Acer c.s. en Nokia hebben gedaan, is betogen dat – hoewel dat wel kan – in werkelijkheid niet of nauwelijks thuiskopieën worden gemaakt met de betreffende apparaten als die zakelijk zijn verstrekt. De rechtbank gaat er dan ook met de Staat en SDT vanuit dat indien met een van de betreffende apparaten dat zakelijk aan een gebruiker is verstrekt, kopieën worden gemaakt, dit kopieën zijn die bestemd zijn voor privégebruik. Het niet toepassen van de restitutieregeling op deze apparaten is dan ook geoorloofd.

4.35. Om deze reden kan ook voorbij worden gegaan aan het door Nokia aangevoerde argument dat zij niet de mogelijkheid heeft de thuiskopieheffing door te berekenen in de door de privégebruiker betaalde prijs voor smartphones omdat zij vanuit haar plaats in de distributieketen niet bekend kan zijn met de eindgebruiker (professioneel of privé). Nu bij smartphones voor de heffing niet relevant is wie de eindgebruiker is, zou Nokia de thuiskopieheffing steeds kunnen doorberekenen in de door de uiteindelijke gebruiker betaalde prijs voor een smartphone. Voor andere voorwerpen dan smartphones is dit argument niet gemotiveerd gevoerd.

Zorgvuldigheidsbeginsel

4.36. In de onder 4.4 bedoelde maatstaf voor toetsing van materiële wetgeving ligt mede besloten dat de AMvB's getoetst kunnen worden aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel - het vereiste dat de Kroon over voldoende informatie moet beschikken ter zake van feiten, omstandigheden en belangen voordat een AMvB wordt totstandgebracht - en aan het materiële zorgvuldigheidsbeginsel; de verplichting van de Kroon zorg te dragen voor een zorgvuldige en volledige afweging van alle belangen. Ook bij deze toetsing dient de rechtbank terughoudendheid te betrachten.

4.37. Acer c.s. en Nokia hebben tegen de AMvB's ingebracht dat de Staat bij de totstandkoming daarvan onzorgvuldig heeft gehandeld, door – kort gezegd – de standpunten en belangen van eiseressen niet mee te wegen. Concreet wijzen Acer c.s. en Nokia erop dat op 21 september 2012 door de voorzitter van de SONT een voorstel om de schade te schatten aan de in de SONT vertegenwoordigde partijen was toegestuurd, dat die partijen de mogelijkheid kregen om voor 12 oktober 2012 op dat voorstel te reageren en dat de

bezwaren op de laatste vergadering van diezelfde dag zouden worden besproken. Bij brief van 11 oktober 2012 hebben de betalingsplichtigen hun bezwaren tegen het voorstel aan de voorzitter van de SONT geuit. De concepttekst van de AMvB dateert echter van 10 oktober 2012. In die tekst is bovendien opgenomen dat het advies van de voorzitter van de SONT ongewijzigd zou worden vastgesteld. Daarmee is volgens Acer c.s. en Nokia voorbij gegaan aan de inspraak die de betalingsplichtigen zouden moeten hebben in het SONT-advies.

4.38. Daargelaten of het formele zorgvuldigheidsbeginsel bij een AMvB meebrengt dat belanghebbenden recht hebben op het geven van een zienswijze (de Staat bestrijdt dat), staat vast dat de Staat de standpunten en belangen van de betalingsplichtigen zoals ingebracht in de SONT kende voordat hij de AMvB op 23 oktober 2012 uitvaardigde. Volgens de onbetwiste stellingen van de Staat hebben in elk geval vanaf mei 2012 overleggen binnen de SONT plaatsgevonden, waarin de betalingsplichtigen hun visie naar voren hebben kunnen brengen. De betalingsplichtigen hebben er aanvankelijk zelf voor gekozen niet aan die overleggen deel te nemen, maar hebben uiteindelijk wel hun standpunt ingebracht. In het SONT-advies wordt ook melding gemaakt van de standpunten van de betalingsplichtigen. Zelfs indien wordt uitgegaan van de datum van de concepttekst van de AMvB van 10 oktober 2012 beschikte de Staat derhalve al over de nodige informatie om de belangen van de betalingsplichtigen in zijn besluitvorming te kunnen wegen. Enkel de brief van 11 oktober 2012 was toen nog niet in zijn bezit.

4.39. Dat de Staat de inhoud van die brief niet zou hebben meegenomen in zijn besluitvorming, zou dan indruisen tegen het materiële zorgvuldigheidsbeginsel. Voor zover die brief al nieuwe inzichten aan de Staat zou bieden, leidt de enkele stelling dat de Staat meer rekening had moeten houden met de belangen van de betalingsplichtigen, nog niet tot de conclusie dat de Staat het materiële zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden. De rechtbank is van oordeel dat onvoldoende is toegelicht dat kennisname van de brief van 11 oktober 2012 tot een andere, voor Acer c.s. en Nokia gunstiger AMvB zou hebben kunnen leiden (vgl. bijvoorbeeld Hof van Justitie EU 6 september 2012, ECLI:EU:C:2012:537, nr. 80). De Staat heeft bovendien naar voren gebracht dat een herziene regeling per 1 januari 2013 onontkoombaar was omdat de vigerende Algemene Maatregel van Bestuur dan de einddatum zou hebben bereikt en sinds de laatste wijziging in 2005 sprake was van een afnemend gebruik van de al aangewezen dragers terwijl vele nieuwe dragers op de markt waren gekomen. Nu de Staat daarbij ook andere belangen had te dienen, zoals de belangen van de auteursrechthebbenden en consumenten, kwam aan de Staat de vrijheid toe om te handelen zoals hij heeft gedaan. Er kan niet worden gezegd dat de Staat destijds, bij de afweging van de diverse betrokken belangen, onzorgvuldig heeft gehandeld.

4.40. Afgezien van de hiervoor geconstateerde problematiek met betrekking tot de kopieën uit ongeoorloofde bron, slaagt aldus geen andere grond voor onverbindendheid en/of onrechtmatigheid van de AMvB's.

Consequenties

4.41. Uit het voorgaande volgt dat de Staat in redelijkheid niet tot de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen heeft kunnen komen in verband met het verbod op willekeur (vgl. 4.5). Nu uit het SONT-advies en het tot aan het pleidooi door de Staat zelf gehuldigde standpunt moet worden geconcludeerd dat de bedragen in de AMvB's deels een billijke

vergoeding inhouden voor kopieën uit legale bron, is de rechtbank van oordeel dat de AMvB's niet geheel, maar partieel onverbindend zijn jegens Acer c.s. en Nokia.

4.42. Bij het oordeel dat de schending van het verbod op willekeur in dit geval niet leidt tot gehele onverbindendheid van de AMvB's weegt zwaar dat rekening moet worden gehouden met de voorschriften van het Unierecht. De Staat heeft er terecht op gewezen dat het Unierecht de rechtbank verplicht om binnen haar bevoegdheden al het mogelijke te doen om de volle werking van de richtlijn en de daarmee nagestreefde doelstelling te verzekeren. Die richtlijn houdt voor de Staat de resultaatsverplichting in om, binnen het kader van zijn bevoegdheden, te verzekeren dat de billijke compensatie daadwerkelijk wordt geïncasseerd (vgl. HvJEU 16 juni 2011, nr. C-462/09, ECLI:NL:XX:2011:BQ9325, Opus (hierna: het Opus-arrest), punt 24, 25, 33 en 34). Indien de AMvB's jegens Acer c.s. en Nokia geheel onverbindend zouden moeten worden geacht, zou terugkijkend vanaf 1 januari 2013 geen geldige regeling bestaan op grond waarvan de rechthebbenden bij eiseressen een billijke compensatie kunnen incasseren voor het kopiëren voor privégebruik, terwijl in artikel 16c lid 1 Aw wel een restrictie op het in artikel 2 van de richtlijn bedoelde reproductierecht blijft bestaan. Alsdan is het vereiste rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen zoek.

4.43. Dat geldt zeker nu vast staat dat de schade geleden door de auteurs als gevolg van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik niet op nihil kan worden gesteld en evenmin minimaal is. Acer c.s. en Nokia hebben immers zelf naar voren gebracht dat, indien de kopieën uit illegale bron in het rapport van accountantskantoor PWC buiten beschouwing worden gelaten, een schadebedrag resteert van 4 miljoen euro. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat de vastgestelde billijke vergoeding en de tarieven partieel gerechtvaardigd zijn. Volledige onverbindendheid is naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet aan de orde. De vorderingen strekkende tot een verklaring voor recht dat de AMvB's (in volle omvang) onverbindend zijn jegens Acer c.s. en de vordering strekkende tot volledige buitenwerkingstelling jegens Nokia (en vergelijkbare derden) zal de rechtbank dan ook afwijzen.

4.44. De rechtbank zal deze vorderingen echter wel gedeeltelijk toewijzen, namelijk in zoverre dat een verklaring voor recht zal worden gegeven inhoudende dat de AMvB's partieel onverbindend zijn ten opzichte van Acer c.s. en Nokia voor zover de onderbouwing van de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen is gebaseerd op schade ten gevolge van kopieën uit ongeoorloofde bron. Het is echter niet aan de rechtbank (en zoals hieronder nog zal blijken evenmin aan SDT) om vast te stellen op welke vergoedingen de Staat had moeten uitkomen indien hij bij de berekening van de vergoedingen geen rekening zou hebben gehouden met kopieën uit ongeoorloofde bron. Het is vanwege de scheiding van machten primair aan de Staat om, met inachtneming van alle betrokken belangen, de hoogte van die vergoeding te bepalen. De partiële onverbindendheid vormt echter wel voldoende grondslag voor het oordeel dat de Staat door het vaststellen en (laten) effectueren van de AMvB's onrechtmatig heeft gehandeld jegens Acer c.s. en Nokia.

4.45. De gevorderde verklaringen voor recht zijn in zoverre toewijsbaar. Nokia heeft er geen belang bij dat de rechtbank voor recht verklaart dat de Staat ook jegens alle andere qua positie met Nokia vergelijkbare, aan heffingen onderworpen derden onrechtmatig heeft gehandeld, zodat de vorderingen van Nokia in hoofdzaak 2 in die zin niet voor toewijzing in aanmerking komen. Nu eventueel toekomstig te nemen besluiten thans niet aan de orde zijn, zullen de verklaringen voor recht zoals gevorderd door Nokia in hoofdzaak 2 zich niet over

die besluiten (kunnen) uitstrekken. Nokia vindt daarom ook dat deel van de vorderingen niet terug in de verklaring voor recht.

4.46. Gegeven de onrechtmatigheid van het vaststellen en (laten) effectueren van de AMvB's, is de Staat verplicht de schade te vergoeden die Acer c.s. en Nokia daardoor hebben geleden. Acer c.s. en Nokia stellen dat zij schade hebben geleden. Ten eerste stellen zij dat de thuiskopieergoedingen deels voor hun eigen rekening zijn gekomen omdat zij die vergoedingen, mede vanwege de korte invoeringstermijn van de AMvB's, niet volledig hebben kunnen doorberekenen aan hun klanten. De Staat heeft niet bestreden dat in dat geval de eventueel teveel betaalde vergoedingen kunnen worden aangemerkt als schade. De rechtbank kan de omvang van die schade niet nauwkeurig vaststellen in deze procedure, alleen al omdat partijen geen gegevens hebben overgelegd over de mate waarin Acer c.s. en Nokia de thuiskopieergoedingen hebben afgedragen en de mate waarin zij die vergoedingen niet volledig hebben kunnen doorberekenen aan hun klanten. Wel is de kans dat enige schade is geleden door Acer c.s. en Nokia aannemelijk. Dat volgt uit het oordeel dat de Staat redelijkerwijs de AMvB's niet had kunnen vaststellen op de huidige bedragen. Daarnaast is niet in geschil dat eiseressen een deel van de vergoedingen al wel hebben betaald. Dat laatste heeft SDT bij pleidooi bevestigd (punt 55. van de pleitnota van SDT). De mogelijkheid bestaat dus dat Acer c.s. en Nokia teveel hebben betaald en dat zij het teveel betaalde niet (volledig) hebben kunnen doorberekenen aan hun klanten. De rechtbank zal dan ook verwijzen naar de schadestaatprocedure.

4.47. Ten tweede stellen Acer c.s. en Nokia dat, voor zover zij de thuiskopieergoedingen wel hebben kunnen doorberekenen aan hun klanten, dat heeft geleid tot omzetederving vanwege de hogere prijzen van hun producten. Ook de omvang van die schade kan niet worden vastgesteld op basis van de gegevens die in deze procedure beschikbaar zijn, maar de kans dat Acer c.s. en Nokia in dit opzicht enige schade hebben geleden is aannemelijk. Ook de begroting van deze schade zal daarom worden verwezen naar de schadestaatprocedure.

4.48. Ten derde hebben Acer c.s. en Nokia gewezen op de administratiekosten die zij hebben moeten maken in verband met de uitvoering van de AMvB's. De Staat heeft terecht aangevoerd dat Acer c.s. en Nokia deze kosten ook hadden moeten maken als de AMvB's op rechtmatige wijze waren vastgesteld en uitgevoerd. Daarom kunnen deze kosten niet worden aangemerkt als schade.

Aansprakelijkheid SDT

4.49. De rechtbank is van oordeel dat SDT niet naast de Staat aansprakelijk is voor de mogelijk door Acer c.s. en Nokia geleden schade. SDT kan namelijk niet worden verweten dat zij uitvoering heeft gegeven aan de AMvB's, alleen al omdat van volledige onverbindendheid van deze AMvB's geen sprake is en - voor zover al te voorzien was dat aan de AMvB's een gebrek kleefde - het niet aan SDT was om te bepalen tot welk bedrag geheven diende te worden ten behoeve van de thuiskopieën afkomstig van legale bronnen.

4.50. De tegen SDT ingestelde vorderingen uit onverschuldigde betaling zijn niet toewijsbaar omdat Acer c.s. en Nokia niet concreet hebben gesteld tot welk bedrag zij voor de jaren 2013 en 2014 aan thuiskopieergoedingen hebben afgedragen. Vast staat wel dat zij de vergoedingen niet volledig hebben voldaan. SDT heeft bij pleidooi namelijk onbestreden

aangegeven dat Acer c.s. en Nokia niet alles hebben betaald (punt 55. van de pleitnota van SDT). Zelfs als de rechtbank precies zou aangeven in welke mate de AMvB's onverbindend zijn, zou de rechtbank dus niet kunnen vaststellen of Acer c.s. en/of Nokia meer heeft/hebben betaald dan het bedrag dat Acer c.s. en Nokia hoe dan ook verschuldigd zijn op grond van de partieel wel verbindende AMvB's (en als zij meer zouden hebben betaald, hoeveel dat precies zou zijn). Daarom kan ook in het midden blijven of Acer c.s. en Nokia betaalde thuishopievergoedingen als onverschuldigd betaald kunnen terugvorderen bij SDT voor zover die vergoedingen zijn gebaseerd op het onverbindende deel van de AMvB's (SDT bestrijdt dat).

4.51. Op basis van diezelfde redenering kunnen vorderingen uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking evenmin slagen.

4.52. Nu SDT niet naast de Staat aansprakelijk is voor de mogelijk door Acer c.s. en Nokia geleden schade en Acer c.s. en Nokia voor wat betreft hun vorderingen gebaseerd op onverschuldigde betaling en/of ongerechtvaardigde verrijking niet hebben voldaan aan hun stelplicht, zullen de vorderingen ten aanzien van SDT worden afgewezen.

4.53. Voor zover inning op basis van de AMvB's nog moet plaats vinden, is het vanwege de scheiding van machten primair aan de Staat om daarvoor een oplossing te bieden.

Proceskosten

4.54. In hoofdzaak 1 en hoofdzaak 2 zal in het geschil tussen Acer c.s. respectievelijk Nokia enerzijds en de Staat anderzijds de Staat als grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Acer c.s. respectievelijk Nokia. In diezelfde hoofdzaken zullen Acer c.s. respectievelijk Nokia in het geschil met SDT als in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van SDT.

4.55. De proceskosten aan de zijde van Acer c.s. in hoofdzaak 1 en Nokia in hoofdzaak 2 worden conform het toepasselijke liquidatietarief tot op heden begroot op € 1.808,- aan salaris advocaat (4 punten x tarief II) voor elke eisende partij en op € 681,82 (€ 589,- griffierecht en € 92,82 kosten dagvaarding) aan verschotten voor Acer c.s. en € 665,71 (€ 589,- griffierecht en € 76,71 kosten dagvaarding) aan verschotten voor Nokia, derhalve op € 2.489,82 in totaal voor Acer c.s. en € 2.473,71 voor Nokia.

4.56. De proceskosten aan de zijde van SDT worden in beide hoofdzaken conform datzelfde liquidatietarief tot op heden eveneens begroot op € 1.808,- aan salaris advocaat (4 punten x tarief II) en op € 589,- aan griffierecht, derhalve op € 2.397,- totaal per zaak.

in de vrijwaringszaken

4.57. Nu Acer c.s. en Nokia in de beide hoofdzaken jegens SDT in het ongelijk zijn gesteld, kunnen de vorderingen in vrijwaring niet slagen.

4.58. Hoewel SDT de keuze heeft gemaakt om een vordering tot vrijwaring in te stellen in plaats van de uitkomst in de hoofdzaken af te wachten, hetgeen een veroordeling in de proceskosten in de vrijwaringszaken zou kunnen rechtvaardigen, hebben de Staat en SDT – zeker bij pleidooi – min of meer gezamenlijk verweer gevoerd tegen de vorderingen van

Acer c.s. en Nokia in de hoofdzaken. Bovendien hebben zij bij gelegenheid van de comparitie van partijen in de vrijwaringszaken gezamenlijk verzocht om het debat in de vrijwaringzaken eerst (verder) te voeren indien de uitkomst in de hoofdzaken vast staat. Het voorwaardelijke karakter van de vorderingen in vrijwaring rechtvaardigt onder die omstandigheden dat de proceskosten in de vrijwaringszaken worden gecompenseerd.

5. De beslissing

De rechtbank

in hoofdzaak 1: in het geschil tussen Acer c.s. en de Staat

5.1. verklaart voor recht dat de Staat door het vaststellen en (doen) effectueren van de AMvB's in strijd heeft gehandeld met het verbod op willekeur, dat de AMvB's dientengevolge partieel onverbindend zijn ten opzichte van Acer c.s., en wel voor zover de onderbouwing van de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen is gebaseerd op schade ten gevolge van kopieën uit ongeoorloofde bron, alsmede dat de Staat door het (doen) effectueren van de AMvB's in zoverre onrechtmatig heeft gehandeld jegens Acer c.s.,

5.2. verklaart voor recht dat de Staat deswege vanaf 1 januari 2013 schadeplichtig is jegens Acer c.s., welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat en te worden vereffend volgens de wet,

5.3. veroordeelt de Staat in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Acer c.s. begroot op € 2.489,82 (€ 1.808,- salaris advocaat en € 681,82 verschotten),

5.4. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af,

in hoofdzaak 1: in het geschil tussen Acer c.s. en SDT

5.6. wijst de vorderingen af,

5.7. veroordeelt Acer c.s. in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van SDT begroot op € 2.397,- (€ 1.808,- salaris advocaat en € 589,- griffierecht),

5.8. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in hoofdzaak 2: in het geschil tussen Nokia en de Staat

5.9. verklaart voor recht dat het uitvaardigen en (doen) toepassen van de AMvB's door de Staat in strijd met het verbod op willekeur is, en dat de AMvB's dientengevolge partieel onverbindend zijn ten opzichte van Nokia, en wel voor zover de onderbouwing van de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen is gebaseerd op schade ten gevolge van kopieën uit ongeoorloofde bron, alsmede dat de Staat door het (trachten te doen) innen van heffingen op grond van die AMvB's in zoverre onrechtmatig heeft gehandeld jegens Nokia,

- 5.10. veroordeelt de Staat tot vergoeding van door Nokia als gevolg daarvan geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,
- 5.11. veroordeelt de Staat in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Nokia begroot op € 2.473,71 (€ 1.808,- salaris advocaat en € 665,71 verschotten),
- 5.12. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.13. wijst het meer of anders gevorderde af,

in hoofdzaak 2: in het geschil tussen Nokia en SDT

- 5.14. wijst de vorderingen af,
- 5.15. veroordeelt Nokia in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van SDT begroot op € 2.397,- (€ 1.808,- salaris advocaat en € 589,- griffierecht),
- 5.16. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. D.R. Glass en mr. M. Knijff en in het openbaar uitgesproken op 14 januari 2015.