

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer : 200.128.174/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : C09/397020 / HA ZA 11-1877

Arrest van 26 mei 2015

In de zaak van:

de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
appellante, geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: STK,
advocaat: mr. D. Griffiths te Amsterdam,

tegen:

IMATION EUROPE B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde, appellante in het incidenteel appel,
hierna te noemen: Imation,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 13 mei 2013 is STK in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 20 februari 2013 (hierna: het Tussenvonnis), dat was gebaseerd op de volgende stukken:

- de inleidende dagvaarding van STK (hierna: ID);
- de conclusie van antwoord van Imation (hierna: CvA);
- de conclusie van repliek, tevens akte houdende vermeerdering van eis, van STK (hierna: CvR);
- de conclusie van repliek van Imation (hierna: CvD);
- de pleitnota's van beide partijen (hierna: PE = Pleitnota in Eerste aanleg)

Bij memorie van grieven, tevens akte vermeerdering van eis (hierna: MvG) heeft STK negen grieven tegen het Tussenvonnis aangevoerd. Imation heeft hierna een memorie van antwoord tevens memorie van grieven in het incidenteel appel (hierna: MvA/MvG-inc) genomen. De twee grieven in het incidenteel appel zijn door STK bestreden bij memorie van antwoord in het incidenteel appel (hierna: MvA-inc).

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 4 december 2014, STK door haar advocaat en diens kantoorgenote mr. J.D. Holthuis, Imation door mrs. A.P. Groen en D.J.G. Visser, advocaten te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PA = Pleitnota in Appel) die tot de processtukken behoren.

Met het oog op het pleidooi zijn door Imation nog de aanvullende producties 31 t/m 35 aan de wederpartij en het hof gestuurd. Nu tegen overlegging van deze producties (terecht) geen bezwaar is gemaakt, maken zij deel uit van de gedingstukken.

Na afloop van de pleitzitting is arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

- 1.1 Het gaat in dit geding om het volgende.
 - a. STK is op grond van artikel 16d Auteurswet (Aw) belast met de inning van de zogenoemde thuiskopievergoeding die door de fabrikanten en importeurs van blanco gegevensdragers verschuldigd is in verband met de thuiskopieregeling van artikel 16c Aw. Dit artikel bepaalt dat de thuiskopievergoeding verschuldigd is voor, kort gezegd, kopiëren voor privégebruik.
 - b. De Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (SONT) is de op voet van artikel 16e Aw door de minister aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt. In SONT worden de belangen van de rechthebbenden behartigd door STK en die van de betalingsplichtigen door (aanvankelijk alleen) FIAR en (later ook) Stobi.
 - c. In 1999 is binnen SONT een discussie ontstaan over de vast te stellen vergoeding voor blanco digitale gegevensdragers als blanco data-CD's (CD-R-data en CD-RW-data) in verband met het professioneel gebruik dat daarvan, naast het privégebruik, wordt gemaakt. Door STK werd bepleit om voor professioneel gebruik een vrijstellingsregeling te hanteren, FIAR stelde een systeem van 'mutualisation' voor, waarin geen vrijstelling mogelijk is en de mate van professioneel gebruik wordt verdisconteerd in de hoogte van de thuiskopievergoeding die daardoor op een lager bedrag per drager uitkomt.
 - d. In een besluit van (de voorzitter van) SONT van 2 juni 1999 (hierna ook: het 1999-besluit) staat het volgende vermeld:

Overwegende
(...)
FIAR en Thuiskopie hebben binnen de SONT onderhandeld over het vaststellen van de vergoeding op blanco digitale dragers van het type CD-R-data en CD-RW-data;
Zoals door FIAR en Thuiskopie is aangevoerd, heeft de SONT, op basis van praktische gronden, daarbij geen onderscheid te maken tussen huishoudelijk en professioneel gebruik;
(...)
FIAR zal haar leden, de importeurs en fabrikanten van het belang van deze regeling overtuigen en de uitvoering van deze regeling bij hen implementeren, gelijk zij zich daartoe tot FIAR zullen wenden;
In de hoogte van de vergoeding en de korting is daarmee rekening gehouden.
(...)

Ben ik, voorzitter, tot het volgende besluit gekomen:

a. (...)

b. De heffing inzake beeld en geluid op blanco digitale dragers genoemd in punt a (blanco data-CD's, het hof) wordt vastgesteld op 20 cent per drager waarbij voor FIAR-leden een korting zal gelden van 20%.

(...)'.

De hier genoemde kortingsregeling berust op een convenant dat in 1992 tussen STK en FIAR is gesloten.

- e. Op 8 mei 2003 (MvG punt 2) heeft SONT een met het 1999-besluit vergelijkbaar besluit genomen voor blanco DVD's (hierna ook: het 2003-besluit). De in het 1999-besluit en het 2003-besluit (hierna samen: de SONT-besluiten) vastgestelde tarieven zijn in opvolgende SONT-besluiten niet gewijzigd en tot 1 januari 2013 gehandhaafd.
- f. Imation houdt zich sinds 1999 bezig met het importeren en verkopen in Nederland van blanco data-CD's en blanco DVD's. In september 1999 hebben STK en Imation een zogeheten A-contract gesloten. Dat is een standaard contract met bijbehorende 'voorwaarden contractanten A' (hierna: de A-voorwaarden) dat in 1991 door STK en FIAR is opgesteld en waarin bepalingen staan over de incasso van de thuiskopievergoeding en de opgaveverplichting door de fabrikant of importeur. Hierbij is de 'contractant': de importeur of fabrikant van blanco gegevensdragers – in het contract staat in jaren 80/90-geitenwollensokkenspelling 'blanko' – en de 'stichting': STK. In de A-voorwaarden is onder meer het volgende bepaald:
- 'artikel 4: wijze van facturering en betaling:*
- a. (...)*
- b. Binnen tien dagen na ontvangst van opgave door de contractant zendt de stichting aan de contractant een factuur met berekening van de thuiskopie-vergoeding die de contractant over de opgaveperiode is verschuldigd en met toepassing van de vanwege export of professioneel gebruik overeengekomen verrekeningen.*
- c. De contractant betaalt de stichting het saldo van de factuur. Hij is niet gerechtigd de betaling op te schorten (...) noch ook tot verrekening.*
- (...).*
- Artikel 7: uitlevering aan de professionele gebruiker**
- a. Indien blanco dragers aan professionele gebruikers zijn uitgeleverd voorziet de contractant de stichting van bescheiden waarmee ten genoegen van de stichting wordt aangetoond dat deze blanco dragers ook inderdaad professioneel worden gebruikt. Op grond hiervan beslist de stichting voor welke blanco dragers de contractant geen thuiskopie-vergoeding verschuldigd is. De stichting zal de thuiskopie-vergoeding alsdan niet in rekening brengen of, indien de gevraagde gegevens hiertoe te laat beschikbaar zijn gesteld, de voor deze dragers reeds betaalde vergoeding verrekenen of restitueren bij de eerstvolgende afrekening van een kalenderkwartaal.*
- b. Het recht op verrekening of restitutie vervalt indien de gevraagde gegevens ten tijde van de opgave over het kwartaal, dat volgt op het kwartaal waarin de blanco dragers aan de professionele gebruiker(s) zijn uitgeleverd, nog niet in het bezit zijn gesteld van de*

stichting.

(...)'.

Artikel 7 van de A-voorwaarden bevat kortom een vrijstellingsregeling voor professioneel gebruik, waarbij de bewijslast op de fabrikant/importeur ligt.

- g. Sinds de SONT-besluiten is door STK voor blanco data-CD's en DVD's het mutualisation-stelsel gehanteerd en is door Imation steeds opgave gedaan en betaald overeenkomstig dit stelsel (o.m. ID onder 37 en 50), dat wil zeggen dat Imation ook opgave deed van en betalingen verrichte voor blanco data-CD's en DVD's die door de uiteindelijke afnemer professioneel gebruikt werden. Sinds de SONT-besluiten is aan de vrijstellingsregeling van artikel 7 van de A-voorwaarden voor deze dragers geen uitvoering gegeven.
- h. Op 21 oktober 2010 is door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) – na een conclusie van de AG van 11 mei 2010 – arrest gewezen in de zaak '*Padawan/SGAE*', zaak C-467/08 (LJN: BO 3185) over de uitleg van artikel 5 van Richtlijn 2001/29 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de Auteursrechtlijn, kortweg: ARI). In punt 53 van dat arrest (hierna: het *Padawan*-arrest, of kortweg: *Padawan*) is het volgende overwogen.
- 'Bijgevolg is de ongedifferentieerde toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik op alle types installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie, en dit ook in het uitdrukkelijk door de verwijzende rechter aangehaalde geval waarin andere dan natuurlijke personen deze installaties, apparaten en dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen, in strijd met artikel 5, lid 2 (ARI).'*
- i. Met een beroep op eerst de conclusie van de AG in *Padawan* en daarna het HvJEU-arrest in die zaak is Imation vanaf juni 2010 gestopt met betaling van de thuiskopieergoeding die ziet op (directe en indirecte) leveringen door haar aan professionele eindgebruikers, de door Imation zogenoemde 'Commercial Channel', dat zich onderscheidt van de door haar zogenoemde 'Consumer Channel', waarin zij levert aan bedrijven die op hun beurt doorverkopen aan privé-(eind)gebruikers.
- j. Bij brief van 1 juli 2011 heeft Imation STK medegedeeld dat zij met ingang van 1 maart 2011:
- in het geheel geen thuiskopieergoeding meer afdraagt omdat zij de door haar vanaf die datum te betalen thuiskopieergoeding voor leveringen aan de Consumer Channel verrekenst met de door haar – gezien het *Padawan*-arrest: ten onrechte – betaalde thuiskopieergoeding voor leveringen aan het Commercial Channel in de periode van september 2004 tot juni 2010 ten bedrage van € 5.585.800,-;
 - geen opgave meer zal doen van haar leveringen aan haar Commercial Channel.

De vorderingen van STK

- 2.1 STK heeft in de eerste aanleg gevorderd, verkort weergegeven:

-
- I. primair: veroordeling van Imation om thuishkopievergoeding over alle door haar in Nederland uitgeleverde blanco gegevensdragers te betalen en te blijven betalen;
subsidiar: veroordeling van Imation tot betaling van een bedrag aan thuishkopievergoeding van € 1.106.756,-;
(hierna: vordering I-Primair en vordering I-Subsidiar);
 - II. veroordeling van Imation om een gespecificeerde opgave van alle door haar uitgeleverde blanco gegevensdragers te doen en te blijven doen, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 - III. een verklaring voor recht dat Imation geen vordering op STK heeft tot terugbetaling van vóór juni 2010 afgedragen thuishkopievergoeding althans dat het Imation niet vrijstaat om die vordering te incasseren door middel van verrekening.
- 2.2 Met vordering I-Primair wil STK in rechte vastgesteld zien dat voor blanco data-CD's en DVD's, waarin Imation handelt, het mutualisation-systeem nog steeds geldt en dat Imation dus ook na juni 2010/1 maart 2011 – toen zij daarmee is gestopt, zie rovv. 1.1.i en j – thuishkopievergoeding dient te betalen over via zowel haar Commercial Channel als haar Consumer Channel uitgeleverde dragers (CvR punt 87).
- 2.3 Vordering I-Subsidiar strekt tot betaling van thuishkopievergoeding voor uitlevering aan de Commercial Channel voor de periode vanaf juni 2010 tot en met september 2011 (€ 426.800,86 en € 556.013,-) en voor uitlevering aan de Consumer Channel in de periode van maart 2011 tot en met september 2011 (€ 123.942,20). Deze vordering is door STK als volgt toegelicht (punt 88 CvR). Tot betaling voor de Commercial Channel is Imation gehouden hetzij op grond van het nog steeds geldende mutualisation-stelsel hetzij op de grond dat zij krachtens artikel 7a van de A-voorwaarden het bewijs van professioneel gebruik diende te leveren, hetgeen zij niet heeft gedaan, terwijl de mogelijkheid daartoe gelet op artikel 7b van de A-voorwaarden inmiddels is vervallen (zie ook punt 52 MvG). Bij de vordering voor de Consumer Channel heeft STK belang nu Imation haar daarvoor vanaf maart 2011 verschuldigde thuishkopievergoeding ten onrechte in verrekening brengt met een vordering tot terugbetaling van voor haar Commercial Channel in de periode vóór juni 2010 afgedragen thuishkopievergoeding (zie ook rov. 2.5 hierna).
- 2.4 Vordering II berust op de stelling dat Imation op grond van hetzij het mutualisation-stelsel hetzij het A-contract/de A-voorwaarden verplicht is om van al haar uitleveringen, ook die via de Commercial Channel, opgave te (blijven) doen.
- 2.5 Vordering III vormt een reactie op de standpunten van Imation dat zij een vordering tot terugbetaling van voor haar Commercial Channel tot juni 2010 afgedragen thuishkopievergoeding heeft en dat zij de door haar vanaf maart 2011 voor de Consumer Channel verschuldigde thuishkopievergoeding daarmee kan verrekenen (zie rov. 1.1.i en j). Volgens STK zijn beide standpunten onjuist, niet alleen omdat Imation door de toepasselijkheid van het mutualisation-stelsel terecht heeft betaald voor haar Commercial Channel, maar ook omdat, onder meer, Imation geen belang heeft bij terugbetaling en een eventueel recht op restitutie op grond van artikel 7b van de A-voorwaarden is vervallen (vgl. de punten 66 en 69 CvR).

2.6 In de eerste aanleg heeft Imation geen vordering in reconventie ingesteld.

Het bestreden vonnis

3.1 In het Tussenvonnis heeft de rechtbank eerst het volgende overwogen

- (a) Uit het *Padawan*-arrest volgt dat het niet is toegestaan om thuiskopievergoeding ongedifferentieerd te heffen op alle dragers die juridisch of feitelijk ter beschikking worden gesteld aan privégebruikers dan wel aan professionele gebruikers.
- (b) Mutualisation is in strijd met het *Padawan*-arrest, omdat daarbij ongedifferentieerd wordt geheven en dus ook over dragers die bestemd zijn voor professioneel gebruik. Het beginsel van mutualisation is in noch de SONT-besluiten noch het A-contact/de A-voorwaarden opgenomen en bindt Imation dus niet.
- (c) Het heffen van thuiskopievergoeding op alle door Imation geïmporteerde en geleverde data-CD's en DVD's is dus in strijd met artikel 5 lid 2 sub b ARI. De drie-stappen-toets kan niet tot een ander oordeel leiden.
- (d) Imation heeft, voor zowel de leveringen in het verleden als de toekomstige leveringen, belang bij niet-afdracht van thuiskopievergoeding voor professioneel gebruik.
- (e) Nu Imation derhalve slechts verplicht is om thuiskopievergoeding af te dragen voor dragers die zij direct of indirect heeft uitgeleverd aan privégebruikers, maar niet aan professionele gebruikers, is vordering I-Primair van STK te algemeen en daarom niet toewijsbaar.
- (f) Het A-contract is van toepassing.
- (g) Dit contract behelst een contractuele opgaveplicht behelst die verder gaat dan de wettelijke opgaveplicht van artikel 16c lid 1 Aw (rov. 4.32). Op grond hiervan is Imation gehouden opgave te doen van alle door haar geleverde dragers. Vordering II is derhalve toewijsbaar: Imation is gehouden om opgave te doen van alle door haar geleverde gegevensdragers (rov. 4.30).

In verband met vordering I-Subsidiair en vordering III is in het Tussenvonnis (verder) het volgende overwogen:

- (h) Het beroep van STK op het vervalbeding van artikel 7b van de A-voorwaarden is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar nu niet betwist is dat STK sinds 1999 aan de markt heeft gecommuniceerd dat voor data-CD's en data-DVD's geen vrijstelling bestond voor professioneel gebruik en dat partijen als Imation voor die dragers dus geen aanspraak konden maken op restitutie op de voet van artikel 7a van die voorwaarden (rov. 4.37). Dit betekent dat voor zover Imation in het verleden ten onrechte thuiskopievergoeding heeft betaald, verrekening met thans door haar verschuldigde thuiskopievergoeding in beginsel is toegestaan (rov. 4.39).
- (i) Omdat zij STK's beroep op verjaring niet heeft bestreden, heeft Imation in ieder geval geen recht op teruggave van afgedragen bedragen over de periode voor 1 juli 2006.
- (j) Aan de uitdrukkelijk in de wet bepaalde verrekeningsbevoegdheid kan niet afdoen dat verrekening tot gevolg zal hebben dat de huidige

- auteursrechthebbenden geen vergoeding voor gemaakte privé-kopieën ontvangen, daargelaten of dat gevolg wel noodzakelijkerwijs intreedt.
- (k) Het staat echter nog niet vast dat en tot welk bedrag Imation een vordering op STK heeft. De beslissing over vordering III wordt daarom aangehouden.
- (l) Artikel 7a van de A-voorwaarden legt op Imation de bewijslast ten aanzien van het daadwerkelijk professioneel gebruik van de door haar geleverde dragers, terwijl de door haar in dat kader over te leggen bescheiden staan vermeld in artikel 7c (rovv. 4.44 en 4.45). Nu deze artikelen Imation binden – zie overweging (f) – kan in het midden blijven wat de bewijslastverdeling volgens het *Padawan*-arrest of artikel 150 Rv is (rov. 4.43).
- (m) Op basis van de thans voorliggende stukken kan de rechtbank niet vaststellen wat:
- de hoogte is van het door Imation sinds juni 2010 mogelijk nog verschuldigde bedrag;
 - de hoogte is van een mogelijk door Imation te verrekenen bedrag voor betalingen die zij na 1 juli 2006 onverschuldigd aan STK zou hebben gedaan.
- (n) Het is wenselijk om hierover met partijen te kunnen overleggen. Daarom zal, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, een comparitie van partijen worden gelast.

De hiervoor weergegeven overwegingen van de rechtbank zullen hierna worden aangehaald als: R-Overweging (a), (b) etc.

3.2 De rechtbank heeft tussentijds hoger beroep van het Tussenvonniss opengesteld.

De hoger beroepen; inleidende opmerkingen

- 4.1 STK is van het Tussenvonniss in hoger beroep gekomen. Bij MvG heeft zij de eis uit hoofde van haar vordering I-Subsidiar vermeerderd in die zin dat zij daarbij thans vordert veroordeling van Imation tot betaling van een bedrag van € 1.593.346,- (uitleveringen voor de Commercial Channel van juni 2010 t/m december 2012 en voor het Consumer Channel van maart 2011 t/m december 2012) althans € 967.449,- (uitleveringen voor de Commercial Channel van 18 juni 2011 t/m december 2012 en voor de Consumer Channel van maart 2011 t/m december 2012). Bij MvG heeft zij geconcludeerd tot vernietiging van het Tussenvonniss, met terugwijzing van de zaak naar de rechtbank. Bij pleidooi in hoger beroep heeft STK opgemerkt dat zij het hoger beroep wil beperken tot waar de rechtbank was gekomen en dat zij niet wil dat het hof de zaak aan zich houdt.
- 4.2 Tegen de R-Overwegingen (a) t/m (e) heeft STK zich gekeerd met de principale grieven 1 t/m 7, waarbij grief 7 bestaat uit twee delen, hierna aan te duiden als: 7-I (punten 40-42 MvG) en 7-II (punt 43 MvG, vgl. punt 5 PA). STK's principale grief 8 is gericht tegen R-Overweging (h) en haar principale grief 9 tegen R-Overweging (j).
- 4.3 In incidenteel appel heeft Imation gevorderd vernietiging van het Tussenvonniss en primair afwijzing van de vorderingen van Imation, en subsidiar, onder voorwaarde van slaging van Imations beroep op het verrekenverbod van artikel 4c van de A-voorwaarden (punt 55 MvG/MvA-inc), veroordeling van STK tot betaling van een bedrag van € 1.539.346,- als voorschot op onder meer terugbetaling van haars

inziens onverschuldigd betaalde thuiskopieheffing voor haar Commercial Channel over de periode 2003 – 2010 (zie rov. 1.1.h, en ook de rov. 2.3 *in fine* en 2.5). In het principaal appel heeft Imation primair geconcludeerd tot bekrachtiging van het Tussenvonnis respectievelijk verwerping van de grieven. Imations subsidiaire petitum in het principaal appel is gelijklopend aan haar subsidiaire petitum in het incidenteel appel. Bij pleidooi heeft Imation opgemerkt dat zij wenst dat het hof de zaak aan zich houdt.

- 4.4 Met grief 1 in het incidenteel appel komt Imation op tegen de R-Overwegingen (f) en (i). Haar incidentele grief 2 richt zich tegen R-Overweging (i).
- 4.5 Aan Imations (voorwaardelijke) vordering tot (terug-)betaling van het bedrag van € 1.539.346,- gaat het hof voorbij. Het is immers niet mogelijk om – zoals hier het geval is (zie rov. 3.2) – in hoger beroep voor het eerst een vordering in reconventie in te stellen (artikel 353 lid 1 Rv).

Mutualisation; Thuiskopies grieven 1 t/m 3 en 7-II

- 5.1 De eerste vraag die in dit geding moet worden beantwoord, is of Imation was en is gebonden aan het mutualisation-stelsel. Bij de door STK voorgestane bevestigende beantwoording van deze vraag zijn al haar vorderingen toewijsbaar. De rechtbank heeft in navolging van Imation die vraag ontkennend beantwoord, zie R-Overweging (b).
- 5.2 Dit oordeel van de rechtbank wordt in algemene zin bestreden door STK's grief 3, die nader is nader toegelicht in de grieven 1, 2 en 7-II.
- 5.3 STK's grief 1 houdt in dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, mutualisation onderdeel is van de SONT-besluiten. Grief 2 voegt hieraan toe dat deze besluiten formele rechtskracht hebben. STK verbindt hieraan de gevolgtrekking dat zelfs wanneer zij in strijd zouden zijn met *Padawan*/de ARI, Imation daaraan gebonden is (punt 37 CvR; punt 13 PA).
- 5.4 Het hof zal er – met STK maar in afwijking van de rechtbank, zie R-Overweging (b) – veronderstellenderwijs van uitgaan dat de SONT-besluiten zijn aan te merken als besluiten in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin het mutualisation-stelsel is neergelegd. Volgens Imation zijn het dan algemeen verbindende voorschriften. STK betwist dit; zij meent dat sprake is van concretiserende besluiten van algemene strekking of (zaaks-) beschikkingen.
- 5.5 Het belang van dit twistpunt is dat alleen van een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld (artikel 8:2 sub a Awb), met als gevolg dat aan zo een besluit – ook in de visie van STK (punt 20 PA) – geen formele rechtskracht kan toekomen.
- 5.6 Bij een algemeen verbindend voorschrift gaat het om een besluit dat de vaststelling van zelfstandige normen inhoudt en dat zich leent voor herhaalde toepassing. Een besluit waarin slechts naar tijd, plaats en/of object de toepasselijkheid van een reeds bestaand algemeen verbindend besluit wordt bepaald is geen algemeen verbindend voorschrift, maar een (concretiserend) besluit van algemene strekking of een (zaaks-)

beschikking, omdat in dat geval geen sprake is van zelfstandige normstelling.

- 5.7 In het onder 5.4 vermelde uitgangspunt bevatten de SONT-besluiten de regel dat fabrikanten/importeurs van blanco data-CD's en DVD's, ongeacht of deze voor privé kopiëren of professioneel kopiëren worden gebruikt, bij uitlevering een thuiskopievergoeding van, voor data-CD's, 20 cent per drager moeten betalen. De desbetreffende hogere regelgeving (de artikelen 5 lid 2 sub b ARI en 16c-e Aw) bevat zelf geen indicatie over de hoogte van de vergoeding voor deze dragers en laat te dien aanzien dus in vergaande mate een vrije invulling toe, zie ook o.m. punt 40 van het arrest van het HvJEU van 11 juli 2013 in zaak C-521/11 *'Amazon/Austr-Mechana'* (hierna: het *Amazon*-arrest, of kortweg: *Amazon*). De hierbij te maken keuzen kunnen tot grote verschillen in uitwerking leiden; een vergoeding van bijvoorbeeld 100 cent per drager maakt deze voor het publiek aanzienlijk minder aantrekkelijk dan wanneer een tarief van bijvoorbeeld 5 cent wordt gehanteerd. Het betreft hier dus sterk verschillende normen. In het licht van dit een en ander moeten de SONT-besluiten waarin – onder de in rov. 5.4 vermelde veronderstelling – keuzen voor bepaalde hoogten zijn gemaakt worden beschouwd als bevattend zelfstandige normstellingen. Deze zelfstandige normstellingen lenen zich voor herhaalde toepassing, namelijk op eenieder die de desbetreffende dragers fabriceert of importeert of dat gaat doen, en voor iedere uitlevering. Er is bijgevolg voldaan aan de in rov. 5.6 genoemde vereisten voor kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift. Dat betekent, gezien het onder 5.5 overwogene, dat aan de SONT-besluiten geen formele rechtskracht kan toekomen. Grief 2 van STK loopt hierop stuk.
- 5.8 Vast staat dat het mutualisation-stelsel, of dat nu wel of niet in de SONT-besluiten was neergelegd, in de praktijk door STK is toegepast jegens Imation als importeur van blanco data-CD's en DVD's. In dit civielrechtelijke geding dient derhalve worden onderzocht of dat stelsel in strijd is met de ARI/*Padawan*, zoals Imation heeft gesteld en de rechtbank heeft geoordeeld. Dit is – anders dan STK lijkt te willen betogen in punt 24 PA – ook zo indien de handelwijze van STK zou berusten op de SONT-besluiten, die bij het ontbreken van formele rechtskracht immers door de civiele rechter kunnen worden getoetst. Tegen het oordeel van de rechtbank, dat mutualisation in strijd is met het *Padawan*-arrest, is STK opgekomen met grief 7-II.
- 5.9 Het *Padawan*-arrest is inmiddels uitgewerkt in twee latere HvJEU-arresten, namelijk in het hiervoor al aangehaalde *Amazon*-arrest en in het arrest van 5 maart 2015 in zaak C-463/12 *'Copydan/Nokia'* (hierna: het *Copydan*-arrest, of kortweg: *Copydan*). Uit deze rechtspraak is het volgende op te maken over de uitleg van artikel 5 lid 2 sub b ARI.
- a. In beginsel dient degene die voor privégebruik een reproductie van een beschermd werk maakt, de vergoeding aan de rechthebbende te betalen (punt 45 van *Padawan*) opdat het in punt 31 van de considerans op de ARI genoemde 'rechtvaardig evenwicht' tussen de rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal wordt gewaarborgd.
 - b. Er moet een verband bestaan tussen toepassing van de heffing voor de financiering van de billijke compensatie op dragers voor digitale reproductie en het 'vermoedelijke gebruik' van deze dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik (punt 59 van *Padawan*)
 - c. De vergoeding mag (dus) 'in ieder geval' niet worden toegepast op de

levering van dragers voor reproductie aan andere dan natuurlijke personen die deze dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik (dus voor, kort gezegd, bedrijfsmatig gebruik) aanschaffen (punten 53 en 59 van *Padawan*; punt 47 van *Copydan*).

- d. Wanneer de dragers ter beschikking zijn gesteld van natuurlijke personen is het 'daarentegen' niet noodzakelijk aan te tonen dat die personen daarmee daadwerkelijk kopieën voor privégebruik hebben gemaakt – zij worden immers geacht de functies van die dragers volledig te benutten – zodat een weerlegbaar vermoeden van die strekking gerechtvaardigd is en voldoet aan het 'rechtvaardig evenwicht' (punten 54-56 van *Padawan*; punt 43 van *Amazon*).
- e. Een stelsel waarbij een vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik zonder onderscheid wordt opgelegd ter zake van alle dragers die geschikt zijn voor reproductie, waaronder dragers voor bedrijfsmatig gebruik, kan niettemin beantwoorden aan het 'rechtvaardig evenwicht', mits:
- i) een dergelijk stelsel gerechtvaardigd wordt door praktische moeilijkheden;
 - ii) betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van betaling als zij aantonen dat zij de dragers hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen;
 - iii) het stelsel voorziet in een recht op terugbetaling dat doeltreffend is en de teruggave niet uiterst moeilijk maakt.
- (punten 30-34 van *Amazon*; punten 44 e.v van *Copydan*)

5.10 Het mutualisation-stelsel maakt geen onderscheid tussen dragers die worden gebruikt om privé-kopieën te maken en dragers die worden gebruikt om bedrijfsmatig te kopiëren. Het is dus een stelsel als zojuist onder e. vermeld, dat aan alle daarbij genoemde voorwaarden i) t/m iii) moet voldoen om in overeenstemming te zijn met artikel 5 lid 2 sub b ARI. Bij mutualisation is een vrijstelling als bij voorwaarde ii) bedoeld niet aan de orde, zo blijkt uit het onder 1.1.c overwogene, terwijl niet is gesteld dat bij dat stelsel is voorzien in een terugbetalingsregeling overeenkomstig voorwaarde iii). Nu daarbij – in ieder geval – twee van de zojuist genoemde voorwaarden niet zijn vervuld, is het mutualisation-stelsel strijdig met artikel 5 lid 2 sub b ARI, en dus ook strijdig met de in overeenstemming daarmee uit te leggen artikelen 16c-e Aw. Voor zover dit stelsel deel zou uitmaken van de SONT-besluiten, moeten deze derhalve onverbindend worden geacht. Gelet op dit een en ander moet grief 7-II worden verworpen als berustend op een onjuiste uitleg van de rechtspraak van de HvJEU.

5.11 STK heeft verder aangevoerd (punt 26 MvG; punt 14 PA), dat Imation in 2004 deelnemer van Stobi is geworden, zulks met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 om te kunnen profiteren van de in rov. 1.1.d vermelde kortingsregeling, en dat deze omstandigheid, gecombineerd met het feit dat Imation altijd uitvoering heeft gegeven aan het mutualisation-stelsel, minst genomen met zich brengt dat STK er op mocht vertrouwen dat Imation zich aan stelsel had gecommitteerd. Deze stellingen kunnen STK evenwel niet baten nu daarmee niet (voldoende) concreet is aangegeven, althans daaruit niet (voldoende duidelijk) is af te leiden, dat tussen partijen een overeenkomst tot toepassing van het mutualisation-stelsel tot stand is gekomen.

- 5.12 Het voorgaande voert tot de conclusie dat Imation niet gebonden is aan het systeem van mutualisation, ook niet wanneer, zoals met grief 1 van STK wordt betoogd en hiervoor veronderstellenderwijs is aangenomen, de SONT-besluiten dit systeem zouden voorschrijven. Deze grief kan daarom in het midden blijven, evenals het verweer van Imation (punt 11 MvA/MvG-inc) dat de SONT-besluiten nimmer in werking zijn getreden. STK's algemene grief 3 deelt het lot van de grieven 2 en 7-II waarop zij voortbouwt: zij faalt.

Vordering I-Primair

- 6.1 Vordering I-Primair heeft, zoals onder 2.2 is uiteengezet, betrekking op de periode vanaf juni 2010/1 maart 2011. Uit het hiervoor overwogene volgt dat Imation – die niet gebonden is aan mutualisation – (ook) voor die periode niet gehouden is om thuiskopievergoeding te betalen voor haar Commercial Channel. De grieven 4 t/m 7-I van STK, die mede strekken ten betoge dat die gehoudenheid wel bestaat, gaan dus niet op, temeer daar:
- grief 4, gezien de rov. 5.9 bij e. en 5.10, op het onjuiste uitgangspunt berust dat het staken door Imation van de afdracht van de thuiskopievergoeding over voor professioneel gebruik aangewende dragers, strijd oplevert met inhoud, doel en strekking van de ARI;
 - de grieven 5 en 6, gericht tegen R-overweging (d), miskennen dat Imation er uit de aard der zaak, ook wanneer zij deze kan doorberekenen aan haar klanten, belang bij heeft om geen betalingen aan STK te verrichten, onder meer omdat daardoor haar product goedkoper wordt met de marktvoordelen van dien (vgl. punt 40 MvA/MvG-inc);
 - het in grief 7-I opgevoerde feit, dat op het moment waarop volgens artikel 16c lid 3 Aw de betalingsverplichting ontstaat, nog niet bekend is of de drager al dan niet voor het maken van privé-kopieën zal worden gebruikt, niet noopt tot de daarin in die grief verbonden, maar met de uitgangspunten van de ARI strijdige, gevolgtrekking dat ook voor de Commercial Channel thuiskopievergoeding moet worden betaald, maar juist tot een met die uitgangspunten strokende uitleg van artikel 16c lid 3 Aw.
- 6.2 Imation is, zo volgt uit het voorgaande, niet verplicht om over alle door haar in Nederland uitgeleverde blanco dragers thuiskopievergoeding af te dragen; dat hoeft zij alleen voor leveringen van dragers die voor het vervaardigen van privé-kopieën worden gebruikt. De rechtbank heeft vanwege de algemene formulering daarvan terecht geoordeeld dat vordering I-Primair van STK niet voor toewijzing vatbaar is. De daartegen gerichte grieven van STK – dat zijn haar hiervoor besproken grieven 1 t/m 7-II – treffen geen doel.

Vordering II

- 7.1 Vordering II van STK is door de rechtbank toewijsbaar geoordeeld op de grond dat het toepasselijke A-contract een contractuele opgaveplicht behelst die verder gaat dan de wettelijke opgaveplicht van artikel 16c lid 1 Aw., zie R-Overweging (g). Tegen dit in de rov. 4.30 en 4.32 van het Tussenvonnis neergelegde oordeel is Imation niet opgekomen in incidenteel appel, dat immers uitdrukkelijk niet tegen deze rov. is gericht (zie punt 58 MvG/MvA-inc.). Voor zover Imation in de eerste aanleg stellingen heeft betrokken ter betwisting van STK's vordering II moeten deze

als prijsgegeven worden beschouwd.

- 7.2 Dit betekent dat in dit geding verder tot uitgangspunt moet worden genomen dat Imation verplicht is om opgave te doen van alle door haar geleverde dragers.

De vorderingen I-Subsidiair en III; inleidende opmerkingen

- 8.1 Allereerst moet worden vastgesteld dat nu STK's beroep op mutualisation faalt (zie rov. 5.12), deze grondslag aan haar vorderingen I-subsidiair en III is ontvallen, zodat zij moeten worden beoordeeld op basis van hetgeen STK daartoe verder heeft aangevoerd (zie de rov. 2.3 en 2.5).
- 8.2 Tegen de beslissingen van de rechtbank over vordering I-Subsidiair is gegriefd door zowel Imation als STK, waarbij STK's grieven een uitvloeisel zijn van haar grieven in verband met vordering III. Het hof zal daarom eerst vordering I-Subsidiair behandelen in het licht van de daarop betrekking hebbende grief van Imation, vervolgens ingaan op vordering III en daarna vordering I-Subsidiair verder beoordelen in het licht van de grieven van STK.

Vordering I-Subsidiair in het licht van incidentele grief I van Imation

- 9.1 In het kader van Vordering I-Subsidiair heeft de rechtbank geoordeeld dat uit de artikelen 7a en c van de A-voorwaarden voortvloeit dat op Imation de bewijslast rust ten aanzien van het daadwerkelijk professioneel gebruik van de door haar geleverde dragers, zie R-Overweging (I). Hiertegen richt zich incidentele grief I van Imation, die de strekking heeft dat het A-contract en de A-voorwaarden, althans artikel 7 daarvan, niet (meer) van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen partijen. Deze opvatting is door Imation vanuit drie invalshoeken nader belicht:
- a) STK heeft Imation voor/bij het aangaan van het A-contract medegedeeld dat voor de dragers in kwestie geen vrijstellingsregeling bestond, zodat artikel 7 van de A-voorwaarden nimmer van toepassing is geweest (zie ook de punten 17, 20 en 26 PA);
 - b) STK heeft steeds gecommuniceerd dat artikel 7 van de A-voorwaarden niet van toepassing is op blanco data-CD's en DVD's en heeft aan dat artikel nooit uitvoering gegeven. Imation heeft daarop vertrouwd en redelijkerwijs mogen vertrouwen, zodat STK geen beroep meer kan doen op de bewijsregel van dat artikel en evenmin op het daarin opgenomen vervalbeding;
 - c) het A-contract is niet van toepassing omdat dit buitengerechtelijk is ontbonden en in strijd is met de wet (punten 51 en 61 MvA/MvG-inc).
- 9.2 Aan invalshoek a) – die er op neerkomt dat het A-contract, al vanaf het moment van totstandkoming daarvan, inhield dat de vrijstelling van artikel 7 van de A-voorwaarden niet gold voor desbetreffende dragers (dat zijn blanco data-CD's en DVD's) – kleeft het probleem dat het mutualisation-stelsel pas in mei 2003, na de totstandkoming van het A-contract in 1999, toepasselijk is geworden op DVD's (zie rov. 1.1.e en g, vgl. ook punt 2, 1^e volzin, van STK's PA) en dat de vrijstellingsregeling van artikel 7 van de A-voorwaarden dus pas vanaf mei 2003 geacht kan worden zijn gelding voor die dragers te hebben verloren. Verder heeft Imation tegenover de betwisting daarvan door STK (zie o.m. punt 17 MvA-inc) niet specifiek te bewijzen aangeboden dat de door haar gestelde mededelingen door STK

zijn gedaan – het algemene bewijsaanbod in punt 76, 1^e volzin, MvA/MvG-inc is onvoldoende – met als gevolg dat dit onbewezen is gebleven. Aan invalshoek a) gaat het hof voorbij, zoals ook de rechtbank heeft gedaan in rov. 4.36 van het Tussenvonnis.

- 9.3 Invalshoek b) behelst het scenario dat pas tijdens de looptijd van het A-contract de toepasselijkheid van artikel 7 van de A-voorwaarden is weggevallen. In dit kader heeft Imation weliswaar alleen maar gesproken over ‘rechtsverwerking’ doch het hof begrijpt dat zij hierbij tevens het oog heeft op de daaraan sterk verwante figuur van afstand van recht (artikel 6:160 BW). In ieder geval dient, nu bij afstand van recht op basis van artikel 3:35 BW de feitelijke vereisten voor beide rechtsfiguren nagenoeg overeenstemmen, het hof op de voet van artikel 25 Rv de rechtsgrond van invalshoek b) daarmee aan te vullen.
- 9.4 Het in rov. 9.2 gesignaleerde probleem met het ingangsmoment van het mutualisation-stelsel voor blanco DVD's speelt niet bij invalshoek b) die immers ook op de periode vanaf mei 2003 ziet. Door STK is (ook in hoger beroep) niet betwist dat – naar de rechtbank had vastgesteld en aan invalshoek b) ten grondslag ligt – zij sinds de SONT-besluiten aan de markt heeft gecommuniceerd dat voor blanco data-CD's en DVD's geen vrijstelling voor professioneel gebruik bestond (zie o.m. punt 45 MvG) en dat zij sinds die besluiten geen uitvoering aan artikel 7 van de A-voorwaarden heeft gegeven (vgl. punt 26 ID). Door deze langdurige, eenduidige en bewuste handelswijze van STK mocht, naar het oordeel van het hof, Imation redelijkerwijs aannemen dat STK, wat blanco data CD's en DVD's betreft, tegenover haar als importeur van die dragers, in de periode tussen 1999/2003 en juni 2010 afstand heeft gedaan van haar rechten uit artikel 7 van de A-voorwaarden. Aldus is tussen partijen een afstand van recht tot stand gekomen (vgl. HR 18-10-2002 ‘Avago/Axel’, LJN: AE7008). Door deze afstand zijn de uit artikel 7 van de A-voorwaarden voor STK voortspruitende rechten tenietgegaan (artikel 6:160 lid 1 BW). Reeds hierop strandt STK's argument onder 28 MvA-inc/62 ID, dat zij zich hooguit tot de dag van de ID (17 juni 2011) niet op dat artikel zou kunnen beroepen – maar daarna dus weer wel – om reden dat, kort gezegd, het Imation toen duidelijk moet zijn geworden dat STK, voor het geval het mutualisation-stelsel niet overeind zou blijven, een beroep op artikel 7 van de A-voorwaarden zou gaan doen. Overigens valt in het licht van het feit dat STK in hoger beroep nog steeds met klem toepassing van het mutualisation-stelsel heeft bepleit, niet in te zien dat dit Imation toen duidelijk moet zijn geworden. Voormeld argument van STK kan ook hierom niet worden aanvaard.
- 9.5 Imations incidentele grief I is vanuit invalshoek b) bezien terecht voorgesteld: STK kan zich niet met vrucht beroepen op artikel 7 van de A-voorwaarden en de daarin opgenomen regel, dat Imation het bewijs van professioneel eindgebruik moet leveren. Op invalshoek c) hoeft nu niet meer te worden ingegaan.
- 9.6 In de visie van STK heeft Imation echter geen profijt van het slagen van haar voormelde grief omdat ook zonder de contractuele bewijsregel van artikel 7 van de A-voorwaarden de bewijslast met betrekking tot professioneel (eind-)gebruik op Imation ligt (punten 4 t/m 8 MvA-inc), gelet op artikel 150 Rv en punt 59 van *Padawan*. Hierover wordt het volgende overwogen.

- 9.7 Artikel 16 Aw roept – evenals artikel 5 lid 2 sub b ARL, zie ook punt 42 van *Padawan* – alleen een verplichting tot betaling van een billijke vergoeding in het leven voor het geval de desbetreffende blanco drager wordt gebruikt om privé-kopieën te vervaardigen. De stelling, dat de drager wordt gebruikt om professionele kopieën te vervaardigen vormt een betwisting van het bestaan van die verplichting, en is dus niet, zoals STK lijkt te willen betogen in punt 4 MvA-inc, een bevrijdend verweer ('uitzondering') waarvoor degene die deze aanvoert volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast heeft. Mitsdien is het volgens deze hoofdregel aan STK om het privégebruik van de blanco dragers te bewijzen.
- 9.8 Voor zover uit het *Padawan*-arrest al iets zou kunnen worden afgeleid over de bewijslastverdeling maakt de in rov. 5.9 bij c) al aangehaalde passage uit punt 59 daarvan, dat
- 'de ongedifferentieerde toepassing van de heffing (...) op (...) dragers (...) die (1) niet ter beschikking van privégebruikers worden gesteld en (2) duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privégebruik, niet in overeenstemming (is) met de (ARI)'* (de cijfers zijn door het hof aangebracht, in navolging van STK, zie punt 7 MvA-inc),
- naar het oordeel van het hof door middel van onderdeel (1) duidelijk dat het in rov. 9.7 neergelegde uitgangspunt in overeenstemming, althans niet in strijd is met de ARI. Anders dan STK meent, wijst onderdeel (2) er niet op dat de bewijslast behoort te liggen bij degene die zich op professioneel eindgebruik beroept. De door STK kennelijk aangehangen gedachte (zie o.m. punt 42 PA), dat onderdeel (2) een concretisering van onderdeel (1) vormt, in dier voege dat alleen voor dragers die duidelijk voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privégebruik zijn bestemd, geen heffing verschuldigd is, kan niet worden onderschreven. Uit de woorden '*in elk geval*' van punt 47 van het *Copydan*-arrest (zie ook rov. 5.9 bij c), luidende:
- '(...) dat deze vergoeding in elk geval niet mag worden toegepast op de levering van (...) dragers (...) aan andere dan natuurlijke personen die deze (...) dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen'*,
- blijkt immers dat niet alleen bij dragers die duidelijk bestemd zijn voor professioneel gebruik, een heffing niet mag worden toegepast. Daarnaast vormt de in rov. 5.9 bij d. weergegeven passage uit *Padawan* en *Amazon*, dat 'daarentegen' privégebruik niet hoeft te worden aangetoond wanneer de dragers ter beschikking worden gesteld van natuurlijke personen, een aanwijzing dat in andere gevallen het privégebruik wel moet worden aangetoond. Om misverstanden te voorkomen: de hiervoor in rov. 5.9 bij e.ii) genoemde regel die wat bewoordingen betreft enige gelijkenis vertoont met de in punt 59 van *Padawan* en punt 47 van *Copydan* neergelegde regel, heeft alleen betrekking op een systeem zonder onderscheid dat hier niet aan de orde is (zie rov. 8.1).
- 9.9 Wanneer de incassering van de billijke vergoeding moeilijkheden oplevert, is de betrokken lidstaat (waaronder de nationale rechter) gehouden deze met inachtneming van de omstandigheden van het geval te verhelpen, vgl. punt 32 van *Amazon*. Hierbij zou onder meer kunnen worden gedacht aan maatregelen in de bewijssfeer, bijvoorbeeld door een van de uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 150 Rv toe te passen, meer in het bijzonder door de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid om te keren, of door het aannemen van een vermoeden. Het thans te berechten geval kenmerkt zich er blijkens het onder 7.2 overwogene door dat

Imation (alsnog) opgave zal moeten doen van alle door haar uitgeleverde dragers, dus ook van uitleveringen in haar Commercial Channel. Aan de hand van deze opgave zal STK, eventueel door navraag bij de afnemers, kunnen vaststellen welke dragers zijn terechtgekomen in het Consumer Channel waarvoor – gezien ook het in rov. 5.9 bij d overwogene – thuishkopievergoeding is verschuldigd. De stelling van STK in punt 33 MvA-inc, dat zij niet de positie heeft om te achterhalen welk eindgebruik van de dragers wordt gemaakt, had in het licht de genoemde, ook al door de rechtbank aangenomen, ruime opgaveverplichting van Imation een nadere onderbouwing behoeven, die evenwel ontbreekt. Die stelling zal daarom worden gepasseerd. Bij deze stand van zaken moet het ervoor worden gehouden dat STK op basis van de door Imation te verrichten opgave zonder al te grote (praktische) moeilijkheden zal kunnen vaststellen welke dragers ter beschikking zijn gesteld van natuurlijke personen. Ook de in het begin van deze rov. genoemde gehoudenheid vergt dus niet dat de bewijslast of bewijsleveringslast op Imation wordt gelegd.

- 9.10 Uit het onder 9.7 t/m 9.9 overwogene vloeit voort dat het in rov. 9.6 weergegeven standpunt van STK niet opgaat. Dit, en het slagen van Imations incidentele grief 1, brengt met zich dat het aan STK is om, bij voldoende gemotiveerde betwisting, te bewijzen dat de dragers aan particuliere eindgebruikers zijn geleverd. Het Tussenvonniss kan wat de beslissing over de bewijslastverdeling betreft niet in stand blijven. In zoverre zal het worden vernietigd.

Vordering III

- 10.1 Met deze vordering wil STK in rechte vastgesteld zien dat Imation ten onrechte beweert een vordering op STK te hebben wegens onverschuldigde betaling voor haar Commercial Channel over de periode tot juni 2010. De rechtbank heeft STK hierin in zoverre niet gevolgd dat naar haar oordeel in beginsel sprake kan zijn van zo'n vordering van Imation, zie de R-Overwegingen (d) en (h) t/m (k). De beslissing over vordering III van STK is door de rechtbank evenwel aangehouden omdat zij, gelet op de hoogte van de vorderingen over en weer, nog niet vaststaand achtte dat Imation daadwerkelijk een vordering op STK had.
- 10.2 De al eerder, in het kader van vordering I-Primair besproken grieven 4, 5 en 6 van STK richten zich niet alleen tegen R-Overweging (d) betreffende de voor die vordering relevante periode vanaf juni 2010 (zie rov. 6.1), maar ook tegen die R-Overweging voor zover die betrekking heeft op de periode daarvóór. In zoverre zijn die grieven tevens van belang voor de beoordeling van vordering III. Zij komen, in samenhang gezien met punt 28 PA, er in deze context op neer dat Imation geen legitiem belang heeft bij teruggave van door haar over die periode in het verleden afgedragen thuishkopievergoeding aangezien zij die heeft doorberekend aan haar afnemers, dat Imation bij terug-ontvangst daarvan (dus) ongerechtvaardigd zou worden verrijkt en dat terugvordering van reeds doorberekende thuishkopievergoeding door een tussenpersoon als niet beantwoordend aan het 'rechtvaardig evenwicht' tussen de belangen van de rechthebbenden en die van de eindgebruikers, in strijd is met de ARI. Hiermee heeft STK tot uitdrukking gebracht dat Imation geen vordering op grond van onverschuldigde betaling toekomt, met name, maar niet uitsluitend, omdat de betaling ten laste van haar afnemers is gekomen.

-
- 10.3 Gelet op de onder 9.1 weergegeven stellingen van Imation –die inhouden dat het A-contract en de A-voorwaarden, althans artikel 7 daarvan, niet toepasselijk zijn – kan niet worden aangenomen dat de grondslag van haar terugbetalingsvordering is gelegen in de restitutieregeling van artikel 7 van de A-voorwaarden. Aan STK's verweer, dat het vervalbeding van dat artikel zich tegen restitutie op basis van dat artikel verzet – zie punt 33 PA en R-Overweging (f) – wordt derhalve niet toegekomen. Overigens: wanneer de restitutieregeling van artikel 7 van de A-voorwaarden toepasselijk zou zijn, dan geldt dat ook voor het vervalbeding van dat artikel. De stellingen van Imation bieden immers geen enkel aanknopingspunt voor de gedachte, dat dat artikel deels wel en deels niet van toepassing zou kunnen zijn.
- 10.4 Er zijn nu twee mogelijkheden:
- A. de door Imation in de periode september 2004 t/m mei 2010 verrichte betalingen zijn gebaseerd op (een) andere bepaling(en) van het A-contract/de A-voorwaarden dan artikel 7 van de A-voorwaarden (bijvoorbeeld artikel 4b of c daarvan); met haar stelling dat Imation is gebonden aan het A-contract (o.m. punt 61 *in fine* CvR, punt 17 MvA-inc, punten 31 t/m 37 PA) lijkt STK van deze mogelijkheid uit te gaan;
 - B. de door Imation in de periode september 2004 tot juni 2010 verrichte betalingen zijn niet gebaseerd op het A-contract/de A-voorwaarden; met haar in rov. 9.1 weergegeven stellingen lijkt Imation van deze mogelijkheid uit te gaan.
- 10.5 Bij mogelijkheid A kan er geen sprake zijn van onverschuldigde betaling aangezien er in dat geval een rechtsgrond voor de betaling bestaat in de vorm van het A-contract/de A-voorwaarden. Omdat Imation dan geen vordering tot terugbetaling heeft, kan zij die ook niet in verrekening brengen. Het beroep op verrekening zou bij mogelijkheid A bovendien stuk lopen op het verrekenverbod van artikel 4c van de A-voorwaarden waarop STK zich in punt 55 MvG heeft beroepen.
- 10.6 Uitgaande van mogelijkheid B wordt vooropgesteld dat Imation heeft bevestigd dat zij de thuiskopieheffing heeft doorberekend aan de bedrijfsmatig handelende eindgebruikers (punt 41 MvA/MvG-inc). De opmerking van Imation dat het 'niet zeker is dat zij op haar beurt niet aangesproken wordt tot restitutie aan bedrijfsmatig opererende klanten aan wie zij de heffing heeft doorberekend' duidt er op dat zij ten tijde van de MvG/MvA-inc (29 oktober 2013) nog niet door die klanten tot terugbetaling was aangesproken. Gezien ook de korte verjaringstermijn voor een vordering op basis van dwaling (artikel 3:52 BW) ligt het, zoals STK oppert onder 36 MvG, niet in de rede dat dat (in relevante mate) alsnog zal gebeuren.
- 10.7 In het *Copydan*-arrest is overwogen dat, in het geval dat de betalingsplichtigen de mogelijkheid hebben om het bedrag van de vergoeding via de prijs af te wentelen op de eindgebruiker 'die aldus de lasten draagt', vanwege het 'rechtvaardig evenwicht' tussen de belangen van auteursrechthebbenden en de gebruikers van beschermd materiaal, 'enkel de eindverwerver' (waarmee bedoeld is: de professionele eindgebruiker) terugbetaling van de vergoeding kan krijgen (punt 53). Hieruit is af te leiden dat het in de – zich hier voordoende, zie rov. 10.6 – situatie dat de eindgebruiker de lasten draagt, in strijd is met artikel 5 lid 2 sub b ARI/artikel 16c-e Aw dat een incasso-organisatie als STK een ten onrechte betaalde thuiskopievergoeding terugbetaalt aan de importeur van de drager, ook al heeft deze,

zoals hier, de betaling aan de incasso-organisatie *de facto* verricht. In aanmerking nemend dat STK in het kader van haar grieven 4, 5 en 6 feitelijke stellingen van deze strekking heeft betrokken (zie rov. 10.2), is het hof – zeker gezien de communautaire herkomst daarvan – verplicht om die rechtsregel, dat in een geval als zojuist omschreven niet mag worden terugbetaald aan de importeur/leverancier, ambtshalve toe te passen (artikel 25 Rv). Deze regel is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de regel van artikel 6:203 BW dat degene die zonder rechtsgrond de betaling heeft verricht, gerechtigd is deze van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Uitgaande van mogelijkheid B kan om deze reden geen sprake zijn van een terugbetalingsvordering van Imation, en dus evenmin van verrekening met zo'n vordering.

- 10.8 Geconcludeerd moet worden dat Imation niet met succes aanspraak kan maken op terugbetaling van de in de periode september 2004 tot juni 2010 voor haar Commercial Channel afgedragen thuiskopievergoeding, ook niet door middel van verrekening. Derhalve slagen STK's grieven 4 t/m 6 voor zover zij betrekking hebben op de periode vóór juni 2010 en is haar vordering III toewijsbaar. In plaats van de behandeling van deze vordering aan te houden had de rechtbank aanstonds dienovereenkomstig moeten beslissen. Ook in zoverre zal het Tussenvonniss worden vernietigd.
- 10.9 Gezien het voorgaande kunnen STK's grieven 8 en 9 alsook Imations incidentele grief 2 onbesproken blijven.

Vordering I-Subsidiar in het licht van de grieven van STK

- 11.1 Nu, zoals zojuist is geoordeeld, Imation door het slagen van de grieven 4 t/m 6 van STK geen vordering uit onverschuldigde betaling toekomt, is de grond weggefallen onder het beroep op verrekening dat Imation als verweer tegen een deel van vordering I-Subsidiar heeft gedaan.

Slotsom en proceskosten

- 12.1 Het Tussenvonniss zal worden vernietigd voor zover het betrekking heeft op de vorderingen I-Subsidiar en III, en zal worden bekrachtigd voor zover het betrekking heeft op de vorderingen I-Primair en II. Mede in aanmerking nemend dat partijen niet eenstemmig het verlangen hebben uitgesproken dat het hof de zaak zelf afdoet (zie de rov. 4.1 en 4.3) acht het hof het geïndiceerd om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank ter verdere afdoening en beslissing.
- 12.2 Vordering III zal door de rechtbank alsnog moeten worden toegewezen (rov. 10.8). Wat vordering I-Subsidiar betreft heeft de rechtbank terecht tot uitgangspunt genomen dat het mutualisation-stelsel niet toepasselijk is, en dat Imation derhalve alleen thuiskopievergoeding hoeft te betalen voor uitleveringen voor privégebruik (zie de rov. 5.12 en 6.2). De rechtbank zal deze vordering verder moeten beoordelen met inachtneming van:
- enerzijds, ten gunste van Imation, het oordeel van het hof dat op STK de bewijslast en de bewijsleveringslast rusten ten aanzien van het privégebruik van de uitgeleverde dragers (rov. 9.10);
 - anderzijds, ten gunste van STK, het oordeel van het hof dat Imation zich niet

op verrekening kan beroepen, zodat Imation het gehele bedrag aan STK zal moeten voldoen dat zij verschuldigd is wegens uitleveringen voor privégebruik (rov. 11.1).

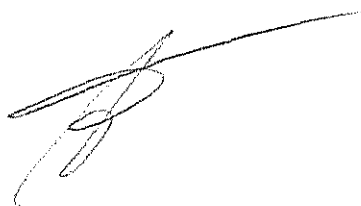
- 12.3 Concreet betekent dit dat bij de door de rechtbank gelaste comparitie rekening zal moeten worden gehouden met het volgende.
- Vanaf juni 2010 heeft Imation niet meer betaald voor haar Commercial Channel. Voor die periode moet alsnog worden vastgesteld, aan de hand van de zojuist genoemde bewijs(leverings-)lastverdeling, of de dragers die Imation stelt in haar Commercial Channel te hebben uitgeleverd, niet toch bij privé-eindgebruikers zijn terechtgekomen.
 - Niet betwist is dat Imation over de periode vanaf juni 2010 tot 1 maart 2011 voor de uitleveringen in haar Consumer Channel thuiskopievergoeding heeft betaald. Hiernaar hoeft dus geen nader onderzoek plaats te vinden.
 - Over de periode vanaf 1 maart 2011 heeft Imation niet meer betaald voor leveringen in haar Consumer Channel, op grond van de door het hof onjuist bevonden veronderstelling dat zij een verrekeningsrecht had. Vastgesteld moet worden welk bedrag aan thuiskopievergoeding Imation nog voor deze leveringen verschuldigd is.
- 12.4 Aangezien partijen in dit hoger beroep ieder deels in het ongelijk zijn gesteld, zowel in het principale als het incidentele appel, zullen de kosten daarvan worden gecompenseerd, in voege als in het dictum te vermelden.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 20 februari 2013 voor zover het betrekking heeft op de vorderingen I-Subsidiar en III van STK;
- bekrachtigt voormeld vonnis voor het overige;
- wijst de zaak terug naar de rechtbank Den Haag ter verdere behandeling en beslissing, wat de vorderingen I-Subsidiar en III van STK betreft met inachtneming van het onder 9.10, 10.8, 11.1 en 12.2 van dit arrest overwogene;
- compenseert de proceskosten in hoger beroep, aldus dat ieder de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, M.Y. Bonneur en A.J. van der Meer; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 26 mei 2015 in aanwezigheid van de griffier.




VOOR GROSSE SAM: D.
 Ingevoerd door: D.
 App./geint.
 De griffier van het Gerechtshof
 te Den Haag
 G. P. P. K. S.