

11/01131

4 november 2016

mr. G.R.B. van Peurseem

Conclusie inzake:

1. **ACI Adam B.V.,**
2. **Alpha International B.V.,**
3. **AVC Nederland B.V.,**
4. **B.A.S. Computers & Componenten B.V.,**
5. **Despec B.V.,**
6. **Dexxon Data Media and Storage B.V.,**
7. **Fujifilm Recording Media GmbH,<sup>1</sup>**
8. **Imation Europe B.V.,**
9. **Maxell Benelux B.V.,**
10. **Philips Consumer Lifestyle B.V.,<sup>2</sup>**
11. **Verbatim GmbH,**

(hierna: ACI c.s.<sup>3</sup>),

eiseressen tot cassatie, verweersters in het  
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaten: mrs. R.S. Meijer en  
A.M. van Aerde,

tegen

1. **Stichting De Thuis kopie,**  
(hierna: Thuis kopie),  
verweerster in cassatie, eiseres tot cassatie  
in het voorwaardelijk incidenteel  
cassatieberoep,  
advocaten: mrs. T. Cohen Jehoram en  
V. Rorsch,
2. **Stichting Onderhandelingen  
Thuis kopie Vergoeding,**

---

<sup>1</sup> Deze partij werd in het verwijzingsarrest aangeduid met Fuji Magnetics Nederland, maar handelt inmiddels onder haar nieuwe statutaire naam Fujifilm Recording Media GmbH, vgl. cva in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep tevens verweer tegen het ontvankelijkheidsverweer, 2.7.1.

<sup>2</sup> Deze partij werd in het verwijzingsarrest aangeduid met Philips Consumer Electronics B.V., maar handelt na een fusie onder de naam Philips Consumer Lifestyle B.V. Het beroep van Thuis kopie op haar niet-ontvankelijkheid is verworpen, vgl. rov. 3.4 van het verwijzingsarrest van 21 september 2012.

<sup>3</sup> Deze partijen zijn vermeld onder hun huidige namen. Sony Europe Ltd. (voorheen: Sony Benelux B.V.) is niet ontvankelijk verklaard, vgl. rov. 3.5 van het verwijzingsarrest, zodat deze niet langer als eiseres staat vermeld. Uit het centraal insolventieregister blijkt dat de onder 1 en 3 vermelde partijen failliet zijn verklaard; nu Thuis kopie geen schorsing heeft verzocht om de curatoren op te roepen en de curatoren het geding niet zelf hebben overgenomen, kunnen deze gefailleerden volgens de regeling uit art. 27 Fw de procedure voortzetten, waarbij art. 25 lid 2 Fw de eventuele gevolgen na uitspraak regelt.

verweerster in cassatie,  
(hierna: SONT),  
niet verschenen.

## 1. Inleiding

1.1 Deze zaak over het Nederlandse systeem van de thuiskopievergoeding<sup>4</sup>, dat is gebaseerd op art. 5 lid 2 sub b van de Auteursrechtlijn<sup>5</sup> (Arl) en is geïmplementeerd in art. 16c van de Auteurswet (Aw), komt terug na prejudiciële verwijzing uit Luxemburg<sup>6</sup> en zorgt na beantwoording van de prejudiciële vragen niet meer voor veel hoofdbrekens. De vraag is of bij het bepalen van de thuiskopievergoeding rekening mag worden gehouden met de schade die het gevolg is van het maken van kopieën uit “illegale” of “niet-geautoriseerde” (d.w.z. met schending van het auteursrecht tot stand gekomen) bronnen. Nee, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU). Dat is ook wat de eisers in deze zaak, kort gezegd fabrikanten en importeurs van blanco gegevensdragers, hadden aangevoerd, maar op dit punt zijn ze in appel niet in het gelijk gesteld. Na het prejudiciële arrest zijn partijen het er (terecht) over eens dat het principale cassatieberoep dient te slagen. Het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep is door Thuiskopie na en vanwege het verwijzingsarrest ingetrokken en behoeft geen inhoudelijke bespreking meer. Er resteert ook nog kostenkwestie.

1.2 Een week na het prejudiciële arrest uit Luxemburg heeft toenmalig staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven een brief geschreven aan de voorzitter van de Tweede Kamer over de betekenis van dit arrest voor de Nederlandse regelgeving<sup>7</sup>. In deze brief vermeldt hij dat het oordeel van het HvJEU (dat onmiddellijke werking heeft) volgens het kabinet niet tot aanpassing van art. 16c Aw noopt. De staatssecretaris stelt dat, omdat is gebleken dat het maken van een privé-kopie uit ongeoorloofde bron niet onder de werkingssfeer van art. 16c Aw valt, de rechthebbenden niet door middel van de thuiskopievergoeding mogen worden gecompenseerd voor de schade die zij ten gevolge van dergelijk privé-kopiëren lijden. Art. 16c lid 6 Aw bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere regelen kunnen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in art. 16c Aw met betrekking tot de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding. De destijds geldende AMvB die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelde (het Besluit

---

<sup>4</sup> De “billijke vergoeding” die in art. 16c lid 2 Aw is voorgeschreven als tegemoetkoming voor het feit dat particulieren “thuiskopieën” mogen maken van beschermd werk. Een “thuiskopie” is volgens art. 16c lid 1 Aw het reproduceren van een werk 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.

<sup>5</sup> Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, PB L 167/10.

<sup>6</sup> Het verwijzingsarrest: HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012/532, AB 2012/367, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14, m.nt. H.M.H. Speyart, waarop is gevolgd: HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2015/4, m.nt. A. Ringnalda, zeer kritische noten allebei.

<sup>7</sup> Brief van F. Teeven gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 17 april 2014, kenmerk 508334.

van 23 oktober 2012<sup>8</sup>) strekte er mede toe rechthebbenden voor schade ten gevolge van privé-kopieën uit ongeoorloofde bron te compenseren. Deze AMvB moet daarom zo spoedig mogelijk worden aangepast, zo vermeldt ook de brief van de staatssecretaris. SONT heeft onderzocht welke vergoedingen passend zijn na het prejudiciële arrest. Dit heeft geleid tot een generieke verlaging van 30%<sup>9</sup> van alle tarieven die golden als billijke vergoeding uit het Besluit van 23 oktober 2012<sup>10</sup>. De huidige tarieven zijn opgenomen in het nieuwe Besluit van 28 oktober 2014<sup>11</sup>. Stichting Brein heeft op de dag dat het prejudiciële arrest is gewezen op haar website aangegeven haar handhavingsbeleid niet te zullen wijzigen naar aanleiding van het arrest. Zij blijft zich richten op de illegale winkels op internet en niet op downloadende gebruikers<sup>12</sup>. Een veel gehoord geluid uit de praktijk na het prejudiciële arrest is dat de uitkomst voor rechthebbenden ongunstig uitpakt, nu zij minder vergoeding zullen ontvangen, terwijl het illegale downloaden gewoon doorgaat. Voor het vergoedingsrecht komt weliswaar een verbodsrecht in de plaats, maar daarvan zijn de handhavingsmogelijkheden beperkt<sup>13</sup>.

## 2. Feiten en procesverloop

2.1 Volgens rov. 4 van het verwijzingsarrest wordt in cassatie, kort recapitulerend, van het volgende uitgegaan. Art. 1 Aw kent de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst (of diens rechtverkrijgenden) het uitsluitende recht toe een dergelijk werk te reproduceren. Art. 16c lid 1 Aw beperkt dit reproductierecht in zoverre dat een thuiskopie niet als inbreuk op het auteursrecht van de maker van het betreffende werk wordt beschouwd. Het daaropvolgende lid bepaalt dat voor een dergelijke thuiskopie een “billijke vergoeding” verschuldigd is aan de maker (of diens rechtverkrijgenden). Deze thuiskopievergoeding moet door de fabrikanten of importeurs van voorwerpen bedoeld in art. 16c lid 2 Aw (lege of blanco informatiedragers zoals CD's en CD-R's) worden betaald aan Thuiskopie, de rechtspersoon die volgens art. 16d Aw met de inning en verdeling van de

<sup>8</sup> Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, Staatsblad 2012, 505.

<sup>9</sup> De nota van toelichting bij het Besluit van 28 oktober 2014, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (Staatsblad 2014, 410), vermeldt dat de SONT bij deze verlaging rekening heeft gehouden met het prejudiciële arrest, maar ook met de in de praktijk geconstateerde sterk verminderde ontduiking, en met de omstandigheid dat minder aanvragen zijn gedaan voor teruggave in verband met professioneel gebruik.

<sup>10</sup> Zie voetnoot 8.

<sup>11</sup> Besluit van 28 oktober 2014, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, Staatsblad 2014, 410.

<sup>12</sup> <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=322> (gepubliceerd op 10 april 2014).

<sup>13</sup> Zie de kritische IER-noot van Ringnalda onder het prejudiciële arrest, vindplaats voetnoot 6 (IER 2015/4) onder 5. Zie verder de al even kritische NJ-noot van Hugenholtz onder o.m. het prejudiciële arrest (in feite onder HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144 (*Bandkopi/Nokia Denmark*), NJ 2016/186), onder het kopje “ACI Adam/Thuiskopie” en Van Groenendaal en Blokhuis, Het downloadverbod en de thuiskopievergoeding, Tijdschrift voor Internetrecht, september 2014, nr. 4, onder 12 en 14. Zie m.b.t. de (beperkte) handhavingsmogelijkheden ook M. Shahid, Downloadverbod; einde illegaal downloadgenot? – Het arrest ACI Adam BV e.a. inzake de thuiskopievergoeding, NtEr september 2014, nr. 7, p. 213-215.

thuiskopievergoedingen is belast. SONT is de op grond van art. 16e Aw door de minister aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt.

ACI c.s. zijn importeurs en/of fabrikanten van dergelijke voorwerpen die de thuiskopievergoeding aan Thuiskopie moeten voldoen. In deze zaak staat hun vordering centraal dat voor recht wordt verklaard dat de in art. 16c Aw bedoelde billijke vergoeding uitsluitend is bedoeld om nadeel te compenseren dat rechthebbenden ondervinden van reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van art. 16c lid 1 Aw vallen en dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met schade die het gevolg is van kopiëren uit een illegale bron.

2.2 In het verwijzingsarrest van 21 september 2012 stelde Uw Raad in het kader van (onder meer) onderdeel I.1 en I.3 van het principale cassatieberoep de navolgende prejudiciële vragen aan het hof in Luxemburg:

“1. Dient art. 5 lid 2, aanhef en onder b – al dan niet in verbinding met art. 5 lid 5 – Auteursrechtlijn aldus te worden uitgelegd dat de daar bedoelde beperking van het auteursrecht geldt voor aan de in dat artikel vermelde eisen beantwoordende reproducties, ongeacht of de exemplaren van het werk waaraan die reproducties zijn ontleend, rechtmatig – dat wil zeggen: zonder schending van de auteursrechten van de rechthebbenden – ter beschikking zijn gekomen van de betrokken natuurlijke persoon, of geldt die beperking slechts voor reproducties die zijn ontleend aan exemplaren die zonder auteursrechtinbreuk aan de betrokken persoon ter beschikking zijn gekomen?<sup>14</sup>

2. a. Indien het antwoord op vraag 1 luidt als aan het slot daarvan vermeld, kan toepassing van de 'driestappentoets', bedoeld in art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn, dan aanleiding vormen om de werkingssfeer van de beperking van art. 5 lid 2 uit te breiden, of kan die toepassing slechts ertoe leiden de reikwijdte van de beperking terug te dringen?<sup>15</sup>

b. Indien het antwoord op vraag 1 luidt als aan het slot daarvan vermeld, is dan een regel van nationaal recht die ertoe strekt dat ter zake van reproducties, door een natuurlijke persoon voor privégebruik gemaakt en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, een billijke vergoeding verschuldigd is, ongeacht of de vervaardiging van die reproducties ingevolge art. 5 lid 2 Auteursrechtlijn geoorloofd is – en zonder dat die regel afbreuk doet aan het verbodsrecht van de rechthebbende en diens aanspraak op schadevergoeding – strijdig met art. 5 Auteursrechtlijn, dan wel met enige andere regel van Europees recht?<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Beantwoord in punten 28-41 van het prejudiciële arrest.

<sup>15</sup> Beantwoord in punten 25-27 van dat arrest.

<sup>16</sup> Beantwoord in punten 47-57 van dat arrest.

Is voor de beantwoording van deze vraag, in het licht van de 'driestappentoets' van art. 5 lid 5 Auteursrecht richtlijn, van belang dat technische voorzieningen om het maken van ongeoorloofde privékopieën tegen te gaan (nog) niet beschikbaar zijn?"<sup>17</sup>

2.3 Het HvJEU meent dat Uw Raad met vragen 1 en 2 in wezen wenst te vernemen of het Unierecht en met name art. 5 lid 2 onder b jo. lid 5 Arl aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als de onze, 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 (punt 20). Het antwoord van het HvJEU op de aldus begrepen vraag luidt als volgt:

"1) Het Unierecht, en met name artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij juncto lid 5 van dat artikel, dient aldus te worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is."

2.4 Het Hof kwam daartoe door eerst in punt 25 te bezien of toepassing van de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl aanleiding kan vormen om de werkingssfeer van de beperking van art. 5 lid 2 uit te breiden of alleen om terug te dringen: art. 5 lid 5 Arl geeft volgens het Hof alleen een nadere precisering van de voorwaarden voor toepassing van de door art. 5 lid 2 Arl toegestane uitzonderingen en beperkingen van het reproductierecht. Dit mondt in punten 26 en 27 uit in het volgende:

"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."

---

<sup>17</sup> Beantwoord in punten 42-46 van dat arrest.

In *punten 25-27* is daarmee *prejudiciële vraag 2.a* beantwoord: toepassing van de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl kan de werkingssfeer van de beperking van art. 5 lid 2 Arl niet uitbreiden, maar er alleen toe leiden dat de reikwijdte van de beperking wordt teruggedrongen.

2.5 Volgens *punten 28-41* is de privékopie-exceptie uit art. 5 lid 2 Arl niet van toepassing op kopieën voor privégebruik uit illegale bron, waarmee *prejudiciële vraag 1* wordt beantwoord: art. 5 lid 2 onder b Arl moet niet zo worden uitgelegd, dat de daar bedoelde beperking van het auteursrecht geldt voor aan de in dat artikel vermelde eisen beantwoordende reproducties, ongeacht of de exemplaren van het werk waaraan die reproducties zijn ontleend, rechtmatig ter beschikking zijn gekomen van de betrokken natuurlijke persoon; de juiste uitleg is dat die beperking slechts geldt voor reproducties die zijn ontleend aan exemplaren die zonder auteursrechtinbreuk aan de betrokken natuurlijke persoon ter beschikking zijn gekomen. Deze overwegingen luiden aldus:

“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.”

2.6 De tweede alinea van prejudiciële vraag 2.b vindt beantwoording in punten 42-46. Voor de beoordeling van richtlijnconformiteit van art. 16c Aw is de beschikbaarheid van technische voorzieningen bedoeld in art. 6 Arl, waarnaar wordt verwezen in art. 5 lid 2 onder b Arl, niet relevant. Dus voor beantwoording van prejudiciële vraag 2.b eerste alinea (zie hierna) is niet van belang dat technische voorzieningen om ongeoorloofde privékopieën te verhinderen (nog) niet beschikbaar zijn. Het Hof:

“42 Binnen diezelfde context van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 wenst de verwijzende rechter ook te vernemen of voor de beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, rekening moet worden gehouden met het feit dat technische voorzieningen in de zin van artikel 6 van deze richtlijn, waarnaar artikel 5, lid 2, sub b, van voornoemde richtlijn verwijst, op het moment waarop deze regeling werd ingevoerd niet, althans nog niet, bestonden.

43 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat de „technische voorzieningen” waarnaar artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 verwijst, tot doel hebben de door de rechthebbenden niet toegestane handelingen te beperken, dat wil zeggen een correcte toepassing van deze bepaling te verzekeren en aldus de handelingen te beletten die niet de strikte voorwaarden van die bepaling in acht nemen (zie in die zin arrest VG Wort e.a., C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punt 51).

44 Bovendien staat het, aangezien het de lidstaten zijn – en niet de rechthebbenden – die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik instellen en die toestaan dat voor het maken van deze kopieën gebruik wordt gemaakt van beschermd werken of ander beschermd materiaal, bijgevolg aan de lidstaat die door de instelling van deze uitzondering het kopiëren voor privégebruik heeft toegestaan, te verzekeren dat die uitzondering correct wordt toegepast en aldus handelingen waarvoor de rechthebbenden geen toestemming hebben gegeven, te beperken (zie in die zin arrest VG Wort e.a., EU:C:2013:426, punten 52 en 53).

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.”

2.7 *Prejudiciële vraag 2.b, eerste alinea* vindt beantwoording in *punten 47-57*. Een nationale regeling waarin voor de berekening van de privékopieheffing niet wordt onderscheiden tussen kopieën uit legale en illegale bron is niet richtlijnconform; die heffing mag niet mede worden berekend op grond van de schade veroorzaakt door kopieën uit illegale bron. Dus een nationale regeling die ertoe strekt dat voor reproducties door een natuurlijk persoon voor privégebruik zonder commercieel oogmerk een billijke vergoeding is verschuldigd ongeacht of die reproducties volgens art. 5 lid 2 Arl geoorloofd zijn, is strijdig met de richtlijn:

“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 mogelijkerwijze 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 hoofding, 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.”

2.8 Tussen partijen rees ook de vraag of Thuiskopie in deze procedure aanspraak kon maken op vergoeding van de proceskosten op basis van art. 1019h Rv. Over toepassing van de Handhavingsrichtlijn<sup>18</sup> in onze zaak is door Uw Raad deze prejudiciële vraag gesteld:

“3. Is de Handhavingsrichtlijn van toepassing op een geding als het onderhavige, waarin - nadat een lidstaat op de voet van art. 5 lid 2 onder b Auteursrecht richtlijn de verplichting tot het afdragen van de in die bepaling bedoelde *fair compensation* heeft opgelegd aan producenten en importeurs van dragers die geëigend en bestemd zijn voor de reproductie van werken, en heeft bepaald dat die *fair compensation* dient te worden afgedragen aan een door die lidstaat aangewezen organisatie die met de heffing en verdeling van de *fair compensation* is belast – door betalingsplichtigen wordt gevorderd dat de rechter ten aanzien van bepaalde in geschil zijnde omstandigheden die van belang zijn voor de vaststelling van de *fair compensation*, verklaringen voor recht geeft ten laste van de bedoelde organisatie, die zich daartegen verweert?”

2.9 Deze vraag beantwoordt het Hof ontkennend, omdat het oordeelt dat in een dergelijke procedure geen IE-rechten worden gehandhaafd:

“2) Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, moet aldus worden uitgelegd dat deze niet van toepassing is op een procedure als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de betalingsplichtigen van de billijke compensatie bij de verwijzende rechter vorderen dat hij verklaringen voor recht geeft ten laste van de organisatie die is belast met de heffing van deze vergoeding en de verdeling daarvan onder de houders van auteursrechten, en die zich daartegen verweert.”

---

<sup>18</sup> Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, PB L 157/45. Gelet op de uitkomst van deze zaak in cassatie zoals bepleit in deze conclusie (Thuiskopie verliest) is dit niet van direct belang, maar het werkt door in het opgeworpen proceskostenaspect (zie hierna onder 4.).

Het Hof kwam tot deze beantwoording van *prejudiciële vraag 3* in de *punten 59-65*:

“59 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/48 aldus moet worden uitgelegd dat deze van toepassing is op een procedure als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de betalingsplichtigen van de billijke compensatie bij die rechter vorderen dat hij verklaringen voor recht geeft ten laste van de organisatie die is belast met de heffing van deze vergoeding en de verdeling daarvan onder de rechthebbenden, en die zich daartegen verweert.

60 Er zij aan herinnerd dat richtlijn 2004/48 blijkens artikel 1 ervan beoogt de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen door de invoering van verschillende maatregelen, procedures en rechtsmiddelen in de lidstaten.

61 Het Hof heeft geoordeeld dat de bepalingen van richtlijn 2004/48 niet beogen alle aspecten betreffende de intellectuele-eigendomsrechten te regelen, maar alleen de aspecten die inherent zijn aan enerzijds de handhaving van deze rechten en anderzijds de inbreuken op die rechten, door te eisen dat doeltreffende rechtswegen bestaan om elke inbreuk op een bestaand intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen, te doen staken of te verhelpen (zie arrest *Bericap Záródástechnikai*, C-180/11, EU:C:2012:717, punt 75).

62 Zoals overigens ook blijkt uit artikel 2, lid 1, van richtlijn 2004/48, waarborgen de bepalingen daarvan derhalve enkel de handhaving van de verschillende rechten van de personen die intellectuele-eigendomsrechten verkregen hebben, te weten de houders van dergelijke rechten, en kunnen zij niet in die zin worden uitgelegd dat zij beogen de verschillende maatregelen en procedures te regelen die ter beschikking worden gesteld van personen die zelf geen houders van dergelijke rechten zijn, en die niet alleen een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht betreffen (zie in die zin arrest *Bericap Záródástechnikai*, EU:C:2012:717, punt 77).

63 Aan een procedure als aan de orde in het hoofdgeding, die betrekking heeft op de reikwijdte van het stelsel van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik, alsmede op de gevolgen hiervan voor de heffing en verdeling van de billijke compensatie die ingevolge artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 moet worden betaald door importeurs en/of fabrikanten van blanco informatiedragers, ligt geen vordering ten grondslag die is ingesteld door rechthebbenden teneinde elke inbreuk op een bestaand intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen, te doen staken of te verhelpen, maar een vordering die is ingesteld door marktdeelnemers ter zake van de billijke compensatie die zij dienen te betalen.

64 In deze omstandigheden is richtlijn 2004/48 niet van toepassing.

65 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/48 aldus moet worden uitgelegd dat deze niet van toepassing is op een procedure als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de betalingsplichtigen van de billijke compensatie bij de verwijzende rechter vorderen dat hij verklaringen voor recht geeft ten laste van de organisatie die is belast met de heffing van deze vergoeding en de verdeling daarvan onder de houders van auteursrechten, en die zich daartegen verweert.”

2.10 Partijen hebben naar aanleiding van het prejudiciële arrest nadere schriftelijke toelichtingen gegeven. Vervolgens hebben ACI c.s. nader gerepliceerd.

### 3. Verdere bespreking van het cassatiemiddel

3.1 *Onderdeel I.1* is in rov. 5.2.1 van het verwijzingsarrest door Uw Raad als volgt samengevat:

“5.2.1 (...) (Onderdeel I.1) bestrijdt langs verschillende wegen de door het hof aan art. 16c Aw gegeven uitleg met het betoog dat de in art. 5 lid 2 ARTl neergelegde beperking zich niet uitstrekt tot kopiëren uit illegale bron, ook niet bij toepassing van de driestappentoets. De onderdelen I.1.1 -1.2 betogen daartoe dat art. 5 lid 2 onder b de eis dat sprake moet zijn van een legale bron niet expliciet stelt, aangezien dat door de ontwerpers van de richtlijn een vanzelfsprekende eis werd geacht zoals ook voortvloeit uit HvJEU 21 oktober 2010 (Padawan, eerder aangehaald)<sup>19</sup>. Bovendien valt in de meeste lidstaten die een thuis kopiëregeling kennen, de illegale bron daar niet onder en zou een dergelijke uitleg – het opleggen van een wettelijke (dwang)licentie ten behoeve van individuele private belangen tegenover een slechts beperkte vergoedingsaanspraak – een anomalie opleveren in het licht van de bescherming van de intellectuele eigendom die uit art 1 Eerste Protocol bij het EVRM voortvloeit.

Onderdeel I.1.3 klaagt dat het hof in rov. 7.11 een te eenzijdige grammaticale uitleg van de tekst van art. 5 lid 2 onder b ARTl hanteert door te overwegen dat uit het ontbreken van een expliciet onderscheid tussen de kopie uit legale en illegale bron is af te leiden dat alleen het bepaalde in lid 5 (de driestappentoets) zou kunnen leiden tot een uitsluiting van de exceptie met betrekking tot de illegale thuis kopie.

De onderdelen I.1.4 en I.1.5 voeren motiveringsklachten aan, inhoudende dat het hof zich in rov. 7.10 slechts baseert op het up- en downloaden en daarmee een vertekend beeld geeft van de onderhavige problematiek van het illegaal kopiëren, die zoals algemeen bekend mag worden verondersteld, nog steeds toeneemt, waardoor zijn oordeel onbegrijpelijk is.”

3.2 De subonderdelen I.1.1-1.2 slagen voor zover deze klagen dat de in art. 5 lid 2 sub b Arl neergelegde beperking zich niet uitstrekt tot kopiëren uit illegale bron, zo volgt uit punt

<sup>19</sup> HvJEU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman (*Padawan SL/SGAE*).

41 van het prejudiciële arrest, dat duidelijk heeft gemaakt dat art. 5 lid 2 onder b Arl niet van toepassing is op kopiëren voor privégebruik uit illegale bron.

Ook onderdeel I.1.3 is in het licht van de punten 26 en 38-40 van het prejudiciële arrest terecht voorgesteld. Rov. 7.11 van het in cassatie bestreden arrest, waarin is geoordeeld dat art. 5 lid 2 onder b Arl geen onderscheid maakt naar legaliteit of illegaliteit van de bron van het te kopiëren werk, zodat alleen sprake is van strijd met de richtlijn als het downloaden uit illegale bron in strijd is met de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl, is rechtens onjuist.

De motiveringsklachten uit subonderdelen I.1.4-1.5 zie ik niet opgaan om de reden die al is gegeven door A-G Huydecoper in diens conclusie<sup>20</sup> voor het verwijzingsarrest onder 105 en 113: het betreft hier een rechtsoordeel, dat niet met motiveringsklachten kan worden bestreden.

3.3 *Subonderdeel I.2* stelt dat het hof in rov. 7.10 en 7.14 van het bestreden arrest de essentiële stellingen van ACI c.s. heeft gepasseerd dat de in art. 16c AW neergelegde ministeriële visie op de toelaatbaarheid volgens art. 5 lid 2 sub b jo. lid 5 Arl van privé-kopiëren uit illegale bron niet alleen in strijd is met derde stap, maar ook met de eerste en tweede stap van de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl.

3.4 ACI c.s. hebben geen belang bij de behandeling van subonderdeel I.2. Hoe het Haagse hof heeft getoetst of de thuiskopieregeling in strijd is met de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl, doet niet meer ter zake, omdat het arrest al op grond van subonderdeel I.1 moet worden vernietigd, nu geen rekening mag worden gehouden met kopiëren uit illegale bron.

3.5 *Subonderdeel I.3* klaagt in subonderdeel I.3.1 dat het hof in rov. 7.14 miskent dat de driestappentoets alleen aanleiding kan zijn om een wettelijke beperking terug te dringen en niet om het verder te beperken door een privékopieerhandeling uit illegale bron onder de uitzondering voor privé-kopiëren te brengen (vgl. rov. 5.4.4 van het verwijzingsarrest). Uit de beantwoording van prejudiciële vraag 2.a in de punten 25-27 van het prejudiciële arrest volgt dat deze klacht slaagt. De overige sub-subonderdelen bouwen voort op en richten deelklachten tegen de art. 5 lid 2 sub b jo. lid 5 Arl toets van het hof, die zoals we zagen uitgaat van een verkeerd uitgangspunt, zodat ACI c.s. geen belang hebben bij cassatie op deze deelpunten, zodat die buiten beschouwing kunnen blijven.

3.6 *Onderdeel II* is in het verwijzingsarrest al gegrond bevonden (rov. 5.1.1 – 5.1.3).

3.7 *Onderdeel III* bevat een louter voortbouwende klacht en slaagt zodoende ook, voor zover onderdelen I en II opgaan.

---

<sup>20</sup> Conclusie A-G Huydecoper vóór HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012/532, AB 2012/367, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14, m.nt. H.M.H. Speyart. Zie ook (zoals door A-G Huydecoper aldaar aangehaald): HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, NJ 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver (*Stichting Mothers of Srebrenica c.s./de Staat der Nederlanden*), rov. 4.1.2.

3.8 Nu het incidentele cassatieberoep is ingetrokken (nadere s.t. zijdens Thuiskopie onder 3.5), behoeft dat geen inhoudelijke bespreking meer. Het heeft nog wel een kostenstaartje, dat aan de orde komt bij de bespreking van de art. 1019h Rv kwestie.

3.9 Nu het principale cassatieberoep in zoverre slaagt, dient de afgewezen verklaring voor recht (in hoger beroep na eisvermeerdering bij MvG onder II.A) dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren uit een illegale bron, alsnog te worden toegewezen.

3.10 Uw Raad kan de zaak zelf afdoen. Het gaat hier om een zuiver rechtsoordeel, waarvoor geen feitelijke beoordeling meer nodig is<sup>21</sup>. Daartoe behoeft het bestreden arrest alleen in zoverre te worden vernietigd, dat tevens wordt toegewezen de gevorderde verklaring voor recht in hoger beroep onder II.A "...dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron".

#### **4. Proceskostenveroordeling**

4.1 Thuiskopie maakt in cassatie aanspraak op vergoeding van proceskosten volgens art. 1019h Rv. ACI c.s. menen dat de Handhavingsrichtlijn (art. 1019h Rv vloeit voort uit art. 14 daarvan) in deze zaak toepassing mist. Uit het antwoord op de daartoe gestelde derde prejudiciële vraag (zie hiervoor in 2.8 en 2.9) volgt dat ACI c.s. gelijk hebben.

4.2 In haar nadere s.t. verzoekt Thuiskopie Uw Raad de kosten in cassatie te compenseren, omdat Thuiskopie haar incidenteel cassatieberoep intrekt en tegen het onderdeel van het principaal cassatiemiddel geen bezwaren inbrengt. Bij nadere repliek hebben ACI c.s. dit verzoek bestreden, omdat Thuiskopie de onjuiste beslissing waarvan ACI c.s. in principaal cassatieberoep zijn gekomen heeft uitgelokt en in cassatie heeft verdedigd. Daarnaast hebben ACI c.s. kosten gemaakt voor verweer in het incidenteel cassatieberoep. Volgens ACI c.s. dient Thuiskopie bij afdoening van de zaak door Uw Raad als in het ongelijk gestelde partij ook te worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

4.3 Nu een proceskostenveroordeling volgens art. 1019h Rv in deze cassatieprocedure niet aan de orde is, zijn de algemene regels van art. 237-245 Rv – middels de schakelbepaling van art. 418a Rv – van toepassing (liquidatietarief). In afwijking van deze regels laat art. 419 lid 4

---

<sup>21</sup> Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/298 en 302 en GS Burgerlijke Rechtsvordering, Korthals Altes, art. 422 Rv, aant. 1. Bij nadere s.t. onder 3.6 verduidelijkt Thuiskopie dat in deze zaak niet de vraag speelt of in Nederland bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding ook daadwerkelijk rekening is gehouden met kopieën uit illegale bron, waarvoor wel eerst een feitelijk partijdebat nodig zou zijn. Dat lijkt mij juist.

Uw Raad de vrijheid te beslissen omtrent de proceskosten zoals hij vermeent te behoren<sup>22</sup>. Van deze bevoegdheid maakt Uw Raad spaarzaam gebruik en toepassing is beperkt tot compensatie van kosten in cassatie. Uit *Informatiebeheergroep/Groenhart*<sup>23</sup> volgt dat deze regeling geen vrijheid geeft om met betrekking tot de kostenveroordeling in lagere instanties van de gewone regels af te wijken. Compassie met de verliezende partij lijkt de drijfveer te zijn voor toepassing van art. 419 lid 4 Rv<sup>24</sup>. Onze zaak geeft daar naar ik meen geen aanleiding toe. Thuiskopie heeft het incidentele cassatieberoep pas ingetrokken nadat uit het prejudiciële arrest bleek dat dit beroep geen kans van slagen had en er geen steekhoudend verweer mogelijk was tegen het principale beroep. Dan komt kostencompensatie niet aan de orde. Tot aan het Luxemburgse arrest heeft Thuiskopie verweer gevoerd en ACI c.s. hadden ook al gerepondeerd op het incidentele cassatieberoep<sup>25</sup> van Thuiskopie. Zodoende dient Thuiskopie als verliezende partij te worden veroordeeld in de kosten van zowel het principale beroep (dat slaagt) als het incidentele cassatieberoep (dat faalt).

4.4 In geval van vernietiging van de uitspraak van de rechter in vorige instantie wordt de verliezende partij vaak ook veroordeeld in de kosten van die vorige instantie<sup>26</sup>. Nu het bestreden arrest alleen behoeft te worden vernietigd voor zover de gevorderde verklaring voor recht met betrekking tot het kopiëren uit illegale bron is afgewezen, kan de kostenveroordeling van het Haagse hof naar ik meen in stand blijven, nu het dictum van het arrest a quo alsdan verder niet wordt vernietigd.

## 5. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afdoening door Uw Raad op de wijze zoals in deze conclusie aangegeven in 3.10, 4.3 en 4.4.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden



Advocaat-Generaal

<sup>22</sup> Winters, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 419, aant. 9.

<sup>23</sup> HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1931, NJ 1998, 217, m.nt. M. Scheltema, AB 1996, 295, m.nt. T.G. Drupsteen (*Informatiebeheergroep/Groenhart*).

<sup>24</sup> Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/319.

<sup>25</sup> Zie cva voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep tevens verweer tegen het ontvankelijkheidsverweer zijdens ACI c.s. en de eerste s.t. onder 9.

<sup>26</sup> Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/318.