

17/04121

5 oktober 2018

mr. G.R.B. van Peurseem

Conclusie

in de zaak van:

1. HP Nederland B.V.,
2. Dell B.V.,
3. Imation B.V.,
4. Fiar Consumer Electronics FIAR C.E.,
(hierna gezamenlijk: HP c.s.),
eisers tot cassatie,
advocaat: mr. A.M. van Aerde,

tegen

1. De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie),
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. S.M. Kingma
2. Stichting De Thuis kopie,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. T. Cohen Jehoram
(hierna gezamenlijk: de Staat c.s.)

HP c.s. beogen met deze procedure de voor Nederland vastgestelde thuis kopievergoedingsregeling die is uitgewerkt in een aantal AMvB's onverbindend verklaard te krijgen wegens strijd met de Auteursrecht richtlijn (ARL of ARI)¹ of het willekeurverbod. Volgens HP c.s. volgt uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) dat de "billijke compensatie" uit art. 5 lid 2 onder b ARL alleen ziet op thuis kopieën die ten koste gaan van de verkoop van een origineel. Alleen dan lijden rechthebbenden volgens HP c.s. schade. De billijke compensatie moet dan ook volgens het *substitutiemodel* worden bepaald en niet volgens het *licentiemodel*, terwijl dat laatste model in het zijdens de Staat gehanteerde Sman-rapport ter onderbouwing van de thuis kopieschade figureert, dat aan de basis ligt van de hofbeslissing, hetgeen zodoende onjuist is volgens HP c.s.

Die kernklacht uit onderdeel 2 zie ik niet tot cassatie leiden, omdat volgens de Luxemburgse rechtspraak al sprake is van nadeel dat voor thuis kopievergoeding in aanmerking komt als er

¹ 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, zoals laatstelijk gewijzigd bij PbEU 2017 L 242.

zonder toestemming van de rechthebbende privé wordt gekopieerd². Uit te bespreken rechtspraak van het HvJ EU volgt verder dat de lidstaten een grote mate van vrijheid hebben om vorm, modaliteiten en niveau van de billijke compensatie te bepalen en dat zij daarbij ook een ruime beoordelingsmarge hebben³.

De andere klachten gaan over “late filing” van dat Sman-rapport in de procedure en motiveringsklachten tegen de hofoordelen met betrekking tot dat rapport (onderdelen 1 en 3), richtlijnconformiteit van de AMvB’s ondanks overcompensatie (onderdeel 4), de door het hof aangenomen doeltreffende teruggaveregeling (onderdeel 5) en onderdeel 6 kaart aan dat de Staat in redelijkheid niet tot de AMvB’s had kunnen komen omdat het optreden van de Staat hier getuigt van willekeur. Ik zie ook deze andere klachten niet slagen.

1. Feiten⁴ en procesverloop

1.1 Ingevolge art. 16c lid 1 van de Auteurswet (Aw) vormt het reproduceren/kopiëren van een werk door een natuurlijke persoon voor eigen gebruik geen inbreuk op het auteursrecht op dat werk, maar is daarvoor wel een billijke vergoeding/compensatie verschuldigd. Deze vergoeding – die in Nederland vaak wordt aangeduid als: thuiskopievergoeding – moet worden betaald door de fabrikant of importeur van het voorwerp waarop wordt gereproduceerd (lid 2). Bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) kunnen de voorwerpen worden aangewezen ten aanzien waarvan de vergoeding verschuldigd is en kunnen regels over de hoogte van die vergoeding worden gesteld (lid 6). Krachtens art. 16d Aw moet de vergoeding worden betaald aan de Stichting De Thuiskopie. In art. 16e Aw is bepaald dat de hoogte van de billijke vergoeding wordt vastgesteld door een door de minister aangewezen stichting, waarvan het bestuur zodanig is samengesteld dat de belangen van de makers en de betalingsplichtigen op evenwichtige wijze worden behartigd. Als zodanige stichting is aangewezen de Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (SONT). In de statuten van de SONT is bepaald dat de voorzitter van de SONT de hoogte van de billijke vergoeding vaststelt indien de in de SONT vertegenwoordigde partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

1.2 Met de zojuist weergegeven regelgeving is de implementatie beoogd van art. 5 lid 2 onder b ARL, dat als volgt luidt:

‘2. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het (...) reproductierecht stellen ten aanzien van:

² Zie bijv. HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft e.a/MIBAC en SIAE e.a*), punt 30.

³ Zie bijv. HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515, RvdW 2013/1234 (*Amazon/Austro-Mechana*), punt 20, HvJ EU 21 april 2016, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286 (*Austro-Mechana/Amazon*), punt 18 en HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft e.a/MIBAC en SIAE e.a*), punt 27.

⁴ Ontleend aan rov. 1.1 van het bestreden arrest van het hof Den Haag van 23 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1359.

(...)

b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen (...).'

1.3 HP, Dell en Imation zijn importeurs en/of fabrikanten van voorwerpen waarop kopieën van werken kunnen worden gemaakt (consumentenelektronica). FIAR is hun branchevereniging.

1.4 In de SONT worden de belangen van de rechthebbenden behartigd door Stichting De Thuis kopie en die van de betalingsplichtigen door een drietal brancheverenigingen, waaronder FIAR.

1.5 Bij AMvB van 17 februari 2007 en daaropvolgende AMvB's tot 1 januari 2013 (de zogenoemde bevroeringsAMvB's) heeft de Kroon het voordien bestaande thuis kopiëstelsel bestendig door geen nieuwe voorwerpen aan te wijzen waarvoor een thuis kopiëvergoeding verschuldigd zou zijn en door de bestaande tarieven voor reeds aangewezen voorwerpen – te weten: blanco CD's en DVD's (CD-R en DVD-R) – ongewijzigd te laten.

1.6 Voor de periode vanaf 1 januari 2013 hebben de in de SONT vertegenwoordigde partijen onderhandelingen gevoerd. In een Besluit op hoofdlijnen van 12 oktober 2012 (hierna: het SONT-advies) heeft de voorzitter van de SONT de minister geadviseerd. In het SONT-advies is onder meer het volgende vermeld:

'(...)

2. (...)

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

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

b. als voor wat betreft de totale lastendruk, waarbij gekeken is naar thuis kopiëheffingen elders in Europa als ook naar de opbrengst van de thuis kopiëvergoeding voorafgaand aan de bevroering.

(...)

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

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

(...)

9. Onder heffingsplichtig gebruik wordt daarbij verstaan het gebruik van opslagcapaciteit voor audio, film en video, foto's en e-boeken of luisterboeken, wanneer gekopieerd vanaf gekochte, gekregen, gehuurde of geleende dragers, gekopieerd van radio of tv, of gratis gedownload uit legale of illegale bron . (...).'

1.7 Bij AMvB van 23 oktober 2012 (hierna: de 2012-AMvB) heeft de Kroon overeenkomstig het SONT-advies nieuwe voorwerpen aangewezen als bedoeld in artikel 16c Aw en de hoogte van de thuiskopievergoeding opnieuw vastgesteld. De 2012-AMvB is per 1 januari 2013 in werking getreden. In art. 1 daarvan is bepaald dat '*[d]e vergoeding en de voorwerpen waarop deze rust, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, zijn opgenomen in de bijlage bij dit besluit*'. In deze bijlage is niet alleen, net als voorheen, een thuiskopievergoeding voor CD-R en DVD-R vastgesteld, maar ook voor de volgende voorwerpen: externe HDD Drive, Audio-/videospeler, HDD Recorder/Settopbox, Telefoon met Mp3-speler/Smartphone (kortweg: smartphone), Tablet en PC/Laptop. Bij al deze voorwerpen is in de bijlage een bepaald bedrag aan thuiskopievergoeding genoemd, bijvoorbeeld bij smartphones < 16 Gb: € 2,50 en tablets > 8 Gb: € 5,00. De in punt 5 van het SONT-advies genoemde totale bruto-incasso van 40 miljoen euro is het vertrekpunt geweest voor het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding per aangewezen voorwerp.

1.8 Bij AMvB van 15 oktober 2013 (hierna: de 2013-AMvB) is de looptijd van de 2012-AMvB verlengd tot (aanvankelijk⁵) 1 januari 2016.

1.9 HP c.s. hebben in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de 2012-AMvB en 2013-AMvB onverbindend zijn jegens hen en dat de Staat door het vaststellen en (doen) effectueren van deze AMvB's in strijd heeft gehandeld met art. 16c lid 1 en 2 Aw en/of art. 5 lid 2 ARI en/of het zorgvuldigheidsbeginsel waartoe de Staat jegens HP c.s. gehouden is en/of in strijd met het verbod van willekeur⁶. Daartoe hebben H.P. c.s. onder meer aangevoerd dat deze AMvB's mede ten doel hebben om schade door downloaden uit illegale bron te compenseren, hetgeen blijkt uit de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *ACI/Thuiskopie*⁷ in strijd is met de Auteursrechtlijn, en dat de hoogte van de thuiskopievergoeding - anders dan het *Padawan*-arrest⁸ van het HvJ EU voorschrijft - niet is berekend op basis van de schade die de rechthebbenden hebben geleden als gevolg van de invoering van de uitzondering voor privé-kopiëren, maar willekeurig tot stand is gekomen. De Staat c.s. hebben verweer gevoerd.

1.10 De rechtbank Den Haag heeft bij eindvonnis van 14 januari 2015⁹ voor recht verklaard dat de Staat door het vaststellen en (doen) effectueren van de AMvB's in strijd heeft gehandeld met het verbod op willekeur en dat de AMvB's dientengevolge partieel

⁵ De 2013-AMvB is op 1 januari 2015 vervangen. Zie rov. 3.1 van het bestreden arrest.

⁶ Zie voor de volledige eis de akte vermeerdering van eis van 4 december 2013.

⁷ HvJ EU 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, AMI 2015/1, m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm (*ACI/Thuiskopie*).

⁸ HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz onder 510, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, AMI 2012/6, m.nt. J.H. Spoor (*Padawan/SGAE*) punten 29-37.

⁹ ECLI:NL:RBDHA:2015:798. Blijkens het procesdossier is het vonnis op 20 januari 2015 aangevuld en op 10 april 2015 hersteld.

onverbindend zijn ten opzichte van HP c.s. en wel voor zover de onderbouwing van de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen is gebaseerd op schade ten gevolge van kopieën uit ongeoorloofde bron. De vorderingen van HP c.s. jegens de Stichting De Thuis kopie zijn afgewezen.

1.11 Zowel HP c.s. als de Staat c.s. hebben hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. HP c.s. hebben hun eis vermeerderd in die zin dat hun vorderingen mede zijn gebaseerd op de op 1 januari 2015 – ter vervanging van de 2013-AMvB – in werking getreden nieuwe AMvB (hierna: de 2015-AMvB), waarbij tevens de e-reader als heffingsplichtig voorwerp is aangewezen en waarbij de heffingen over de hele linie met 30% zijn verlaagd. Volgens HP c.s. is de 2015-AMvB op dezelfde onjuiste berekeningswijze tot stand gekomen als de AMvB's uit 2012 en 2013.

1.12 Het Haagse hof heeft in de bestreden uitspraak van 23 mei 2017 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van HP c.s. alsnog afgewezen. Het hof heeft daartoe – voor zover in cassatie nog van belang – het volgende overwogen:

“3.5 De vorderingen van HP c.s. berusten alle op de stellingen dat de 2012/2013-AMvB's en thans ook de 2015-AmvB (hierna gezamenlijk: de 2012/2015-AMvB's) onverbindend zijn wegens strijdigheid met hogere regelgeving dan wel het verbod van willekeur en/of het zorgvuldigheidsbeginsel en dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door deze AMvB's uit te vaardigen. Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv rust – zoals de Staat c.s hebben aangevoerd (punten 5.2.4.1 en 5.2.12.1 MvA-S en punt 39 PA-TK) – op HP c.s. de bewijslast ten aanzien van de feiten die zij ter adstructie van die stelling heeft aangevoerd; zij beroept zich namelijk op de rechtsgevolgen van die feiten, te weten dat de AMvB's onverbindend zijn, dat de Staat schadeplichtig is en dat TK door haar ontvangen thuis kopievergoeding moet terugbetalen. Dit betekent dat HP c.s. tegenover gemotiveerde betwistingen van de Staat c.s. bewijs zal moeten bijbrengen, met andere woorden: deze betwistingen zal moeten weerleggen/ontkrachten. Grief 6 van HP c.s., die van een andere opvatting uitgaat, faalt.

3.6 De stellingen van HP c.s., dat de AMvB's onverbindend zijn en dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, zijn met name gebaseerd op het standpunt (zie haar Argument A), dat het in de 2012/2013-AMvB's tot uitgangspunt genomen bruto incassobedrag van 40 miljoen euro veel hoger is dan het bedrag dat zou resulteren bij juiste toepassing van de hogere regelgeving (de ARI, artikel 16c Aw) en/of het willekeurverbod/zorgvuldigheidsbeginsel (zie o.m. punt 3 PA-G), en dat voor de 2015-AMvB *mutatis mutandis* hetzelfde geldt (zie rov. 3.1 *in fine*).

3.7 De bij Argument B van HP c.s. naar voren gebrachte – en niet betwiste – omstandigheid, dat het bedrag van 40 miljoen euro mede tot stand is gekomen op basis van het uitgangspunt, dat een heffingsplicht ook bestaat voor downloads uit illegale bron die in ieder geval een substantieel deel van het aantal thuis kopieën uitmaken, vormt een objectieve aanwijzing ten faveure van het standpunt van HP c.s., dat bij hantering van de juiste maatstaf – waaronder: dat downloads uit illegale bron niet mogen meetellen (zie *ACI/Thuis kopie-HvJEU*) – het nagestreefde bruto incassobedrag (aanzienlijk) lager zou zijn uitgevallen. Aan de andere kant is het bedrag van 40 miljoen euro de resultante van een sobere regeling (zie punt 3 van het SONT-advies) hetgeen voeding kan geven aan de gedachte dat juiste

hantering van de toepasselijke maatstaven in een hoger, althans een minder 'sober' bedrag zou hebben geresulteerd. Hoewel hierdoor voormelde objectieve aanwijzing ten faveure van het standpunt van HP c.s. in elk geval ten dele wordt geneutraliseerd, brengt naar het oordeel van het hof die objectieve aanwijzing niettemin met zich dat hogere eisen mogen worden gesteld aan de onderbouwing door de Staat c.s. van hun betwisting van het standpunt van HP c.s., dat het bedrag van 40 miljoen euro te hoog is c.q. de onderbouwing van hun verweer dat dit bedrag voldoende overeenkomt met het door de rechthebbenden geleden nadeel voor kopiëren uit alleen legale bron (vgl. punten 4.1.8, 4.1.8.3 en 4.18.4 MvA-S, punt 337 MvA-TK en punt 35 PA-TK).

Het Sman-rapport; algemeen

4.1 Bij pleidooi in hoger beroep (punten 5.5-5.11, 5.15, 5.17, 6.2 en 6.3 PA-S) heeft de Staat dit verweer nader onderbouwd aan de hand van een door hem bij zijn akte overlegging productie overgelegd rapport van Sman Business Value van 1 november 2016 (hierna: het Sman-rapport). Dit rapport behelst een berekening van de schade van de rechthebbenden als gevolg van het maken van thuiskopieën uit uitsluitend geoorloofde bron over het jaar 2015, die uitkomt op 23,65 miljoen euro (en op 35,31 miljoen euro wanneer *Copydan*-kopieën¹⁰ worden meegerekend). Uit punt 26 PA-TK blijkt dat TK zich hierbij aansluit. Het Sman-rapport is zo lang (een maand) voor het pleidooi in hoger beroep overgelegd dat HP c.s. voldoende tijd heeft gehad om haar daarop bij dat pleidooi (met verlengde pleittijd) te geven – en gegeven (zie de punten 48 e.v. PA-G) – reactie voor te bereiden, zodat er geen reden is om dit rapport buiten beschouwing te laten of om HP c.s. de gelegenheid te bieden daarop nog nader te reageren, zoals door haar bij pleidooi is verzocht (punten 4 en 5 PA-D/S). Overigens heeft de Staat met overlegging van dit rapport, waarmee alleen een reeds eerder gevoerd verweer is geconcretiseerd, niet de twee-conclusie-regel geschonden.

4.2 In het Sman-rapport is gebruik gemaakt van gegevens uit het in opdracht van TK uitgevoerde onderzoek van Veldkamp '*Privékopiëren – editie 2015*', waarvan in december 2015 een rapport is opgemaakt (het Veldkamp 2015-rapport; de *management summary* hiervan zal hierna worden aangeduid met de toevoeging '*-ms*'). Aangezien dit rapport door TK al was overgelegd als productie T3 bij de op 9 februari 2016 genomen MvA-TK heeft HP c.s. negen maanden de tijd gehad om daarop een reactie bij pleidooi voor te bereiden. De tegen overlegging van deze productie en de andere bij de MvA-TK overgelegde producties gemaakte bezwaren (punt 4 PA-D/S) zouden, wanneer zij niet zouden zijn ingetrokken, dan ook ongegrond zijn geoordeeld.

4.3 Het hof zal thans het Sman-rapport bespreken in het licht van de bezwaren die HP c.s. daartegen bij pleidooi in hoger beroep heeft aangevoerd.

Het Sman-rapport: licentie-of substitutiemodel?

5.1 In het Sman-rapport is een berekening gemaakt op basis van het licentiemodel, dat wil zeggen dat er van uitgegaan wordt dat iedere gemaakte thuiskopie een bepaalde licentiewaarde vertegenwoordigt die door de rechthebbende wordt gederfd. Dit wordt onjuist geacht door HP c.s., die het substitutiemodel voorstaat (o.m. punten 113 en 132-135 MvG; punten 10-12, 49 en 52 PA-G). Bij dit model wordt er vanuit gegaan dat er pas schade is

¹⁰ Blijkens rov. 1.1 onder j van het bestreden arrest wordt met *Copydan*-kopieën bedoeld op met toestemming van de rechthebbende gemaakte kopieën.

wanneer het maken van een privékopie ten koste gaat van de verkoop van een origineel, dus wanneer het maken van een kopie een substitutie vormt voor de aankoop van een origineel (vgl. punt 114 MvG). Door PWC is dit model – dat ook wel wordt aangeduid als de ‘lost sales test’ – toegepast in haar in rov. 2.2 bij A genoemde rapport.

5.2 Zoals door het HvJEU andermaal is benadrukt in zijn arrest van 1 maart 2017 in zaak C-275/15 ‘ITV/TV Catchup’ heeft de ARI als ‘voornaamste doelstelling een hoog beschermingsniveau voor de auteurs te verwezenlijken, zodat deze een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen’ (punt 22). Kenmerkend voor het substitutiemodel is dat in het geval dat een consument een kopie maakt omdat dat nu eenmaal mogelijk is, maar niet een origineel zou hebben aangeschaft wanneer hij geen kopie had kunnen maken, er geen sprake is van schade. Deze situatie zal zich tamelijk vaak voordoen, met als gevolg dat bij een schadeberekening aan de hand van het substitutiemodel in veel gevallen de auteurs geen enkele beloning ontvangen voor het gebruik (kopiëren) van hun werken, hetgeen strijdig is met voormelde doelstelling van de ARI. Dit euvel kleeft niet aan een schadeberekening aan de hand van het licentiemodel. Daarom kan de keuze die in het Sman-rapport voor dit model is gemaakt, niet als onjuist worden bestempeld, en moet het in het PWC-rapport gebruikte substitutiemodel als niet-passend worden beschouwd.

Het Sman-rapport: het ‘heavy users’-bezwaar

6.1 HP c.s. heeft een ander bezwaar van meer algemene aard tegen het Sman-rapport geformuleerd naar aanleiding van sheet 25 uit het Veldkamp 2015-rapport, waarin een tabel (= tabel 10 op blz. 11 van de ms-versie) is opgenomen met gegevens die zijn verkregen uit een steekproef onder in totaal 1.505 personen. Deze tabel ziet er als volgt uit.

Consumptie

1. Leesveld: In de Nederlandse versie van het rapport wordt tabel 10 (tabel 10) genoemd, maar in de Engelse versie wordt tabel 10 (tabel 10) genoemd. Het is niet duidelijk uit de Engelse versie van het rapport of de tabel 10 (tabel 10) in de Nederlandse versie van het rapport de juiste tabel is. Het is niet duidelijk uit de Engelse versie van het rapport of de tabel 10 (tabel 10) in de Nederlandse versie van het rapport de juiste tabel is.

	%	%	%	%	personen	personen	%
alle media	31	43	35	31	18	19	25
televisie	16	17	8	0	9	1	10
radio	15	17	28	10	10	10	13
nieuwsmedia	21	16	23	20	16	12	20
documentaire	13	18	17	7	13	8	17
andere televisieprogramma's	17	16	13	1	23	8	7
documentaire	9	15	8	13	5	1	17
andere media	15	1	25	11	10	1	11
andere	0	1	6	11	7	5	11

De cijfers in de omlijnde kolom 5 laten volgens HP c.s. zien dat de ‘groep die meedoet aan het onderzoek’ (de ‘Veldkampers’) in totaal 5,5 uur per dag media consumeert, dus 38,5 uur per week en dat is in de visie van HP c.s. erg veel nu het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) heeft gerapporteerd dat de gemiddelde Nederlander in de periode 1975-2005 18,9 uur per week aan media-consumptie besteedde en in 2011 20,54 uur. De ‘Veldkampers’ zijn derhalve ‘heavy users’, hetgeen, aldus HP c.s. enorme gevolgen heeft voor het Sman-

onderzoek: het leidt tot veel te hoge getallen, onder meer in, zo begrijpt het hof, kolom 6 van de tabel van sheet 25, die immers informatie bevat die afkomstig is uit dezelfde groep als waaruit de informatie voor kolom 5 was verkregen (vgl. rov. 7.6 hierna).

6.2 Dit bezwaar van HP c.s. (kortweg: het 'heavy users'-bezwaar) berust blijkens de door haar gebruikte woorden 'groep die meedoet aan het onderzoek' op de premisse dat de omliggende kolom 5 – anders dan de cijfers uit de kolommen 2 t/m 4, die alleen betrekking hebben op de deelnemers die in de voorafgaande 24 uur de media in kwestie hadden geconsumeerd – de tijd weergeeft die alle 1.505 deelnemers aan het onderzoek, dus met inbegrip van degenen die geen media hadden geconsumeerd, gemiddeld aan media-consumptie besteedden. Deze premisse is niet bestreden door de Staat c.s., en bij pleidooi zelfs bevestigd met de verklaring van de door de Staat naar die zitting meegenomen P. Hoiting van Sman, dat de '19 minuten' uit kolom 6 – die in zoverre vergelijkbaar is met kolom 5 (zie rov. 6.1. *in fine*) – de tijd weergeeft die de gemiddelde Nederlander (en niet: de gemiddelde muziekconsument) besteedt aan de consumptie van op eigen apparatuur opgeslagen thuishopieplichtige werken.

6.3 Door de Staat is bij pleidooi in hoger beroep, buiten zijn PA om, tegen het 'heavy users'-bezwaar ingebracht dat de deelnemers aan de steekproef niet zijn geselecteerd door Veldkamp maar dat het om een aselechte NIPO-steekproef gaat. Dit is door HP c.s. bij dat pleidooi erkend (eveneens buiten haar pleitnota's om), met dien verstande dat zij daarbij – ten betoge dat die omstandigheid niet afdoet aan haar 'heavy users'-bezwaar – heeft opgemerkt dat een onderzoek als door Veldkamp verricht een bepaald type mensen aantrekt, namelijk mensen die veel media gebruiken en dat mensen die digibeet zijn, minder snel aan zo'n onderzoek zullen deelnemen, terwijl zij misschien wel hebben meegedaan aan het onderzoek van het SCP.

6.4 Er hebben – naar de Staat c.s. bij pleidooi in hoger beroep, buiten de PA's om, hebben aangevoerd – in het kader van de SONT al 20 Veldkampmetingen plaatsgevonden, terwijl voor het komende jaar opnieuw voor Veldkamp is gekozen. Kennelijk is in SONT-verband nooit bezwaar tegen de rapportages van Veldkamp gemaakt. Gelet hierop is het 'heavy users'-bezwaar zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet begrijpelijk, zodat het zal worden gepasseerd.

6.5 In het licht van rov. 6.4 ten overvloede, althans in aanvulling daarop, wordt over het 'heavy users'-bezwaar nog het volgende overwogen.

6.6 In sheet 9 van het Veldkamp 2015-rapport is vermeld dat drie deelonderzoeken zijn uitgevoerd, waaronder als eerste een 'Establishment survey'. Uit de hierna in meer volledige vorm te citeren sheet 10 blijkt dat tot dit deelonderzoek behoort de vraag:

'Hoeveel content heeft men op de dag van invullen live streaming geconsumeerd en vanaf apparatuur opgeslagen geconsumeerd?'

Dit is de vraag waarop de tabel van sheet 25 betrekking heeft. Om misverstanden te voorkomen: hoewel het opschrift boven die sheet anders zou kunnen doen vermoeden, vormt sheet 25 niet de neerslag van het tweede deelonderzoek 'Consumptie'. Sheet 9 maakt immers duidelijk dat dit deelonderzoek is gehouden onder een andere populatie (n = 1.774 in plaats van n = 1.505) en gaat over 'opslaan', 'delen met anderen' en 'verwijderen', en niet over de consumptie van de hoeveelheid content.

6.7 In sheet 9 is verder aangegeven dat voor alle deelonderzoeken gebruik is gemaakt van de steekproefbron TNS NIPObase. Daarvoor wordt verwezen naar de bijlage, waarin (zie sheet 99) de volgende toelichting is opgenomen:

'(...) Op dit moment telt TNS NIPObase 218.108 respondenten uit 144.662 huishoudens. Hiervan zijn 133.278 mensen uit 59.832 huishoudens online benaderbaar.

De kwaliteit van TNS NIPObase wordt op de volgende wijze gewaarborgd:

- **Werving** . De werving ten behoeve van TNS NIPObase gebeurt door traditionele methoden (telefonisch, schriftelijk). Zware en lichte internetters zijn hierdoor in goede proporties vertegenwoordigd. Voor afwijkingen kan bovendien worden gecorrigeerd. Doordat men alleen op uitnodiging van TNS panellid kan worden, kent het panel weinig 'beroepsrespondenten'.
- **Steekproeven** . Steekproeven worden niet random uit het panel getrokken, maar worden getrokken volgens de opbouw van de Nederlandse populatie of op andere vooraf vastgestelde criteria.
- **Respons en weging** . De gemiddelde respons in TNS NIPObase bedraagt 70%. Als de steekproeven afwijken van de samenstelling, wordt dit door middel van weging gecorrigeerd.

(...).'

6.8 Over de 'Establishment survey' is in sheet 9 het volgende gepreciseerd:

'Doelgroep: NL publiek 10+, n=1.505

(...)

Door dit deelonderzoek krijgen we inzicht in de mate waarin alle voor dit onderzoek relevante apparatuur in Nederlandse huishoudens beschikbaar is. Dit is op zichzelf relevant, en daarnaast belangrijk om de resultaten van de andere deelonderzoeken te kunnen extrapoleren naar de gehele Nederlandse bevolking'.

In sheet 10 wordt nadere informatie gegeven over de uitvoering van de 'Establishment survey':

'Een "mixed mode" opzet

In dit basisdeel van het onderzoek is het bezit van apparatuur bij representatieve steekproef van Nederlanders in kaart gebracht.

Voor optimale betrouwbaarheid is gebruik gemaakt van mixed mode gegevensverzameling: on line huishoudens die over internet beschikken (grootste deel) in combinatie met telefonisch (klein deel) onderzoek onder huishoudens zonder internetaansluiting. Niet internetters beschikken ook minder vaak over de voor dit onderzoek relevante apparatuur. Door deze groep ook mee te nemen en telefonisch te bevragen, komen we tot betere schattingen.

In de vragenlijst van dit deelonderzoek komen globaal de volgende onderwerpen aan bod:

- *Welke apparatuur is in het huishouden aanwezig? Heeft men deze privé of werkgerelateerd verkregen?*
- *Welke betaalde en onbetaalde diensten gebruikt men bij het verkrijgen van werken?*

- *'Hoeveel content heeft men op de dag van invullen live streaming geconsumeerd en vanaf apparatuur opgeslagen geconsumeerd?*

(...)'.

In sheet 13 is vermeld dat (ook) bij het deelonderzoek 'Establishment survey' controle op de representativiteit en een heroverweging heeft plaatsgevonden, terwijl blijkens sheet 14 op de schattingsonderzoeken een controle is uitgevoerd, waarbij extreme waarnemingen zijn gecorrigeerd naar een plafondwaarde waardoor de invloed van een individuele respondent op de schattingen beperkt blijft.

6.9 Gelet op dit een en ander, en met name de gebruikte 'mixed mode'-opzet, is er geen grond om aan te nemen dat de deelnemers aan het Veldkamp 2015-onderzoek, en specifiek de deelnemers aan het onderzoek van sheet 25, 'heavy users' waren. Dat er een (in elk geval: ogenschijnlijke) discrepantie bestaat tussen de cijfers in kolom 5 van sheet 25 van het Veldkamp 2015-rapport en de cijfers van het SCP moet dus een andere oorzaak hebben. Over zo'n andere oorzaak is door HP c.s. echter niets naar voren is gebracht. Niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een fout in of onvolledigheid van de SCP-cijfers zoals deze door HP c.s. zijn gepresenteerd, waarbij een rol speelt dat dit op summiere wijze is gebeurd: in deze procedure is van het SCP-rapport over de periode tot 2005 alleen de verkorte weergave uit het SONT-advies beschikbaar gesteld, en van het rapport over de periode daarna alleen een enkele tabel (in punt 56 PA-G), en niet het rapport zelf. Er is kortom door HP c.s. – hoewel dat op haar weg lag (rov. 3.5) – niet aangetoond of aannemelijk gemaakt dat de gegevens in kolom 5 van sheet 25 van het (bij haar al lang bekende, zie rov. 4.2) Veldkamp 2015-rapport onjuist zijn.

6.10 Het hof komt tot de conclusie dat het 'heavy users'-bezwaar faalt en dat er vanuit moet worden uitgegaan dat de cijfers in de omliggende kolom 5 en de daarop gebaseerde kolom 6 van sheet 25 van het Veldkamp 2015-rapport op correcte wijze weergegeven welke tijd de gemiddelde Nederlander in 2015 aan media-consumptie besteedde, in het algemeen (kolom 5) en vanaf eigen opslag (kolom 6).

Het Sman-rapport: de schadeberekening

7.1 In het Sman-rapport is het daarin tot uitgangspunt genomen licentiemodel als volgt uitgewerkt (vgl. punt 5.9 PA-S):

'Aantal in 1 jaar opgeslagen thuiskopieplichtige werken (= het aantal jaarlijks gemaakte thuiskopieën) (factor I)

x Opbrengst uit streaming voor de rechthebbende (na aftrek van kosten) bij 'eenmalig gebruik' van het werk (factor II)

x Correctie voor aantal malen gebruik (beluisteren/bekijken) van één opgeslagen thuiskopieplichtig werk (factor III: de beluisterfactor)

= Schade voor de rechthebbende.'

7.2 Het hof ziet aanleiding om eerst in te gaan op factor II, de tariefstelling. Voor de bepaling van het tarief voor muziekwerken is door Sman in hoofdstuk 4 van haar rapport aangesloten bij de vergoeding die streamingdienst Spotify per luisterbeurt betaalt aan rechthebbenden (blz. 15, onderaan, van het Sman-rapport). Het tarief is vastgesteld door van de opbrengsten uit streaming de kosten af te trekken en komt voor deze werken op € 0,0023997 (afgerond € 0,0024). De tariefstelling voor muziekwerken is gebruikt voor de

tariefstelling van de overige categorieën werken (blz. 19 bovenaan, van het Sman-rapport). Voor bijvoorbeeld speelfilms is het tarief vastgesteld op € 0,0242390.

7.3 Het enige bezwaar dat HP c.s. in het kader van factor II heeft opgeworpen, is neergelegd in punt 62 PA-G en houdt in dat veel wordt geluisterd en gekeken naar gratis bronnen, maar dat in het Sman-rapport de aanname wordt gehanteerd dat de licentiewaarde (geheel) moet worden bepaald op basis van de betaalde bronnen, zonder dat voor de gratis diensten een correctie heeft plaatsgevonden. Met de 'gratis bronnen'/'gratis diensten' heeft HP c.s. klaarblijkelijk met name het oog op het 'gratis' Spotify-abonnement, dat bestaat naast het zogenoemde premium abonnement waarvoor de gebruiker wel betaalt. HP c.s. ziet over het hoofd dat ook een voor het publiek gratis Spotify-abonnement voor de rechthebbende een betaalde bron is; de rechthebbende krijgt het Spotify-tarief betaald uit de reclame-inkomsten die met het gratis abonnement worden verworven en ontvangt dus ook bij deze abonnementsvorm opbrengsten. Er is, met andere woorden, vanuit het perspectief van de rechthebbende geen sprake van een niet-betaalde bron. Voormeld bezwaar van HP c.s. loopt hierop stuk.

7.4 Factor I (het aantal gemaakte thuiskopieplichtige thuiskopieën) is in hoofdstuk 3 van het Sman-rapport vastgesteld aan de hand van gegevens die zijn ontleend aan hoofdstuk 3 van het Veldkamp 2015-rapport-*ms*. In tabel 7 op blz. 8 van laatstgenoemd rapport-*ms* – dat is sheet 26 van het rapport zelf – is vermeld dat in 2015 het aantal thuiskopieplichtige werken dat op maandbasis werd opgeslagen 597,8 miljoen bedroeg. In het Sman-rapport is dit geëxtrapoleerd naar 7.173,6 miljoen op jaarbasis, waarbij is inbegrepen een aantal van 70,8 miljoen voor games die echter buiten beschouwing moeten worden gelaten (blz. 13), zodat resterende 7.102,8 miljoen werken (zie ook tabel 10 op blz. 27).

7.5 HP c.s. heeft er op gewezen dat veel van deze kopieën gaan over back-up, timeshiften (het opnemen van een TV-programma om het later te bekijken) of porting (bijvoorbeeld: het kopiëren van een CD naar de computer of een smartphone), kennelijk ten betoeg dat zulke kopieën niet mogen worden meegenomen in de berekening van factor I. Zij heeft dit toegelicht met de opmerking dat het niet redelijk (en ook niet te verwachten) is dat iemand die een CD van Madonna heeft gekocht, bereid is alsnog de kosten van een Spotify-abonnement te betalen als hij die op zijn computer wil beluisteren. Dit bezwaar – hierna: het 'porting'-bezwaar – leunt niet alleen sterk aan tegen het in rov. 5.2 niet passend geoordeelde substitutiemodel, maar gaat er daarnaast aan voorbij dat de waarde van het beluisteren van een kopie van een aangeschafte CD in het Sman-rapport wordt berekend niet op de kosten van een Spotify-(premium-)abonnement, maar op het in rov. 7.2 besproken Spotify/streaming-tarief van veel minder dan 1 cent per luisterbeurt. Zelfs wanneer de kopie van een CD vele malen wordt beluisterd, dan kost dat de consument aan thuiskopievergoeding niet meer dan 1 cent, en dat kan bezwaarlijk als 'niet redelijk' worden bestempeld. Ook het 'porting'-bezwaar van HP c.s. kan dus niet worden gevolgd.

(...)

Tussenbalans

8.1 Uit het voorgaande volgt dat door de Staat c.s. voldoende – in het licht van de maatstaf van rov. 3.7 *in fine* – is onderbouwd dat in de jaren 2012, 2013 en 2015 de rechthebbenden schades volgens de criteria van *Padawan* en de daarop volgende HvJEU-rechtspraak hebben geleden van achtereenvolgens 31, 28 en 23,5 miljoen euro.

8.2 Omdat, naar uit het voorgaande tevens voortvloeit, HP c.s. tegenover die deugdelijk onderbouwde stellingen van de Staat c.s. niet heeft bewezen dat de schade in de desbetreffende jaren lager was – ook niet, gezien onder meer rov. 5.2 *in fine*, met het PWC-rapport uit 2012 – moeten die stellingen van de Staat c.s. voor juist worden gehouden.

8.3 Tegen deze achtergrond zal nu worden onderzocht of – zoals HP c.s. stelt, maar de Staat c.s. betwist – de 2012/2015-AMvB's in strijd zijn met de ARI, met artikel 16c Aw en/of met het willekeurverbod/zorgvuldigheidsbeginsel.

Strijd met de ARL?

9.1 Nationale wettelijke regelingen als de 2012/2015-AMvB's dienen zoveel als mogelijk te worden uitgelegd overeenkomstig de ARI (het gebod van richtlijnconforme interpretatie). In *ACI/Thuiskopie*-HR heeft de HR hierover twee deelregels geformuleerd, te weten:

I. een nationale regeling moet richtlijnconform worden uitgelegd indien de tekst daarvan een richtlijnconforme uitleg toelaat;

II. wanneer uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale regeling niet blijkt dat de regelgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van die richtlijn, kan de omstandigheid dat bij de totstandkoming van die regeling een uitleg is gegeven die in strijd is met de ARI, de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis doen afzien van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg.

Deze deelregels zullen hierna worden aangeduid als: de RC-Deelregels I en II, waarbij 'RC' staat voor: 'Richtlijn Conformiteit'. In verband met RC-Deelregel II wordt alvast opgemerkt dat in de Nota van Toelichting op de 2012-AMvB is benadrukt dat '*[h]erziening van het stelsel van voorwerpen en heffingen (...) noodzakelijk is om te bewerkstelligen dat Nederland blijft voldoen aan de verplichtingen in (de ARI)*' en dat '*[i]n het advies van de SONT (...) tevens rekening (is) gehouden met arrest van het Hof van Justitie in (Padawan)*'.

Hieruit blijkt dat de Kroon met de 2012/2015-AMvB's niet iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de ARI. De betwisting hiervan door HP c.s. (punt 28 MvG; punt 16 MvA-inc) wordt als ongefundeerd gepasseerd.

9.2 De tekst van de 2012/2015-AMvB's is beperkt van omvang. Voor de kern van de daarin vervatte regeling is verwezen naar de bijlage die niet meer behelst dan de aanwijzing van een aantal voorwerpen en de daarbij behorende heffingsbedragen. Partijen zijn het erover eens dat die bedragen in de periode 2013 en 2014 optellen tot 40 miljoen euro per jaar. Voor het jaar 2015 is dat 30% lager, dus 28 miljoen euro (zie rov. 3.1).

9.3 Wanneer de aanwijzing van de voorwerpen wordt betwist, kan RC-Deelregel I geen sulaas bieden. De tekst van de AMvB's laat immers geen ruimte voor het weglaten van bepaalde voorwerpen. Anderzijds is voor toepassing van RC-Deelregel I (doorgaans) wel plaats bij onderwerpen die in de AMvB's niet met zoveel woorden zijn geregeld: regelingen over zulke onderwerpen kunnen in de AMvB's geïmpliceerd worden geacht. De hoogte van de heffingsbedragen vormt een soort tussencategorie in die zin dat RC-Deelregel I daarbij soms wel en soms niet (meer) toegepast kan worden, zie de rovv. 9.7 t/m 9.9 hierna.

9.4 Het hof zal beginnen met Argument E/grief 5 van HP c.s., inhoudende dat in de 2012/2015-AMvB's ten onrechte smartphones, computers, externe HDD drives en tablets als heffingsplichtige voorwerpen zijn aangewezen (MvG onder 155, punt 13 PA-D/S i.v.m. punt 38 van de conclusie van repliek). Volgens HP c.s. worden deze voorwerpen immers

niet of nauwelijks gebruikt voor het maken van privé-kopieën, maar worden zij voor een groot deel gevuld met materiaal dat buiten de reikwijdte van de thuis kopie-exceptie valt, zoals software, eigen foto- en videomateriaal en tekstbestanden.

9.5 Bij de beoordeling van deze grief – waarbij RC-Deelregel I niet kan worden toegepast, zie rov. 9.3 – is allereerst van belang dat uit de opmerking van HP c.s. zelf in punt 158 MvG, dat deze voorwerpen ‘in steeds mindere mate worden gebruikt voor het opslaan van privékopieën’ blijkt dat ze daarvoor nog wel worden gebruikt. Dit brengt met zich dat daarvoor een billijke compensatie is verschuldigd (*Copydan*, punten 26 en 27), tenzij zij zo weinig voor privé-kopiëren worden gebruikt dat de schade voor de rechthebbenden minimaal is, in welk geval het mogelijk is dat geen verplichting bestaat om de compensatie te betalen (*Copydan*, punten 28 en 29). HP c.s. heeft – hoewel dat op haar weg lag – echter niet aangetoond of aannemelijk gemaakt dat de schade voor de rechthebbenden minimaal was. Verder kan erop gewezen worden dat in bijlage C bij het SONT-advies voor smartphones, computers, externe HDD drives en tablets het heffingsplichtig gebruik is vastgesteld op 10-20% van de totale capaciteit en dat hieruit volgt dat er rekening mee is gehouden dat de capaciteit voor een groot deel – dus voor ongeveer 80-90% – wordt gevuld met niet-heffingsplichtig materiaal, zoals HP c.s. heeft gesteld. Haar grief 5 stuit op dit alles af.

9.6 Met betrekking tot Argument A/grief 2 van HP c.s. – waarin wordt aangevoerd dat de in de 2012/2015-AMvB’s opgenomen schadebedragen te hoog zijn – wordt het volgende vooropgesteld. In *Padawan* is het uitgangspunt neergelegd dat de billijke vergoeding moet worden berekend ‘op basis van het criterium van de schade’ die door de auteurs is geleden. Dit betekent dat de billijke vergoeding, het stelsel waarop zij berust en het niveau ervan ‘verband (moeten) houden met de schade geleden door de rechthebbenden als gevolg van het kopiëren voor privégebruik’ (*Copydan*, punt 21). Door het HvJEU is dit uitgangspunt als volgt uitgewerkt (in o.m. *Amazon* en *HP/Reprobel*):

- (a) binnen de door het Unierecht gestelde grenzen hebben de lidstaten, in het kader van de ruime beoordelingsmarge waarover zij beschikken, niettemin een grote vrijheid om het niveau van de billijke compensatie te bepalen (*Padawan*, punt 37; *Amazon*, punten 20 en 40);
- (b) vergoedingsstelsels voor kopiëren voor privégebruik zijn momenteel voor de meeste dragers noodzakelijkerwijs onnauwkeurig, omdat het in de praktijk onmogelijk is vast te stellen welk werk door welke gebruiker is geproduceerd en op welke drager (*Amazon* punt 51);
- (c) (i) in beginsel is de billijke vergoeding bestemd ter vergoeding van de schade die door de daadwerkelijk gemaakte reproducties is berokkend (het criterium van de daadwerkelijke schade);
 - (ii) gelet op de praktische moeilijkheden bij de inning bij de gebruikers, mogen de lidstaten een heffing invoeren die niet door de gebruikers worden betaald, maar door fabrikanten/importeurs van apparaten of dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt;
 - (iii) het bedrag van deze heffing, die wordt vastgesteld voordat de reproducties worden gemaakt, kan niet worden bepaald op basis van het criterium van de daadwerkelijke schade, aangezien de omvang van de schade nog niet bekend kan zijn op het ogenblik dat de betrokken apparaten op de markt worden gebracht; de heffing kan bijgevolg niet anders dan forfaitair zijn.

(*HP/Reprobel*, punten 69-72).

9.7 Uit het onder 9.6 overwogene blijkt dat de ARI niet zozeer vergt dat de billijke vergoeding wordt berekend op het bedrag van de schade maar veeleer dat die berekening 'verband houdt met' de schade. Verder in aanmerking nemend:

- de onnauwkeurigheid die in het algemeen inherent is aan de vaststelling van de thuiskopievergoeding;
- het noodzakelijkerwijs forfaitaire karakter van een heffing op basis van het – toelaatbare – heffingsstelsel dat aan de 2012/2015-AMvB's ten grondslag ligt (betaling door de fabrikant of importeur, zie artikel 16c Aw);
- de grote vrijheid en ruime beoordelingsmarge die de lidstaten hebben bij de bepaling van het niveau van die vergoeding,

zijn de schadebedragen zoals die in het Sman-rapport zijn berekend of daaruit voortvloeien (voor de jaren 2013-2015 achtereenvolgens: 31, 28 en 23,5 miljoen euro) en die ingevolge de rovv. 8.1 en 8.2 geacht moeten worden de werkelijke schade volgens de maatstaven van de ARI weer te geven, niet zoveel lager dan de bedragen die in de AMvB's liggen besloten (voor 2013 en 2014: 40 miljoen euro en voor 2015: 28 miljoen euro) dat laatstgenoemde bedragen niet kunnen worden beschouwd als niet beantwoordend aan de eisen van de ARI ten aanzien van de vaststelling van de billijke vergoeding.

9.8 Nu derhalve – ondanks dat de werkelijke schadebedragen wat lager liggen – de bedragen vermeld in de 2012/2015-AMvB's zo kunnen worden uitgelegd dat zij aan de ARI beantwoorden, moeten zij ingevolge RC-Deelregel I ook in die zin worden uitgelegd. Dat de schadeberekening van de 2012/2015-AMvB's blijkens de totstandkomingsgeschiedenis daarvan berust op (beweerdelijk) onjuiste criteria (o.m. vergelijkingen met het verleden en andere lidstaten) kan hieraan vanwege RC-Deelregel II niet afdoen. Argument A/grief 2 van HP c.s. loopt op dit een en ander stuk.

9.9 Aan het onder 9.5 overwogene wordt nog toegevoegd dat er, gezien de daar vastgestelde feitelijkheden en gezien hetgeen daar is beslist met betrekking tot de heffing, geen aanleiding is om te veronderstellen dat wat smartphones, computers, externe HDD drives en tablets betreft, in de 2012/2015-AMvB's sprake is van heffingsbedragen die de werkelijke schade in verband met het privé-kopiëren op voorwerpen, zozeer te boven gaan dat RC-Deelregel I geen toepassing meer kan vinden.

9.10 Tegen Argument D/grief 4 van HP c.s. – inhoudend dat 'niet Rome'-uitvoerend kunstenaars, met name Amerikaanse acteurs [lees: auteurs, A-G], ten onrechte zijn meegenomen bij de bepaling van (de hoogte van) de tarieven in de AMvB's – hebben de Staat c.s. in hoger beroep, en ook al in de eerste aanleg, gemotiveerd ingebracht dat het hier hooguit om een klein, niet significant deel gaat (punten 2.5.1-11 van de conclusie van dupliek van de Staat; punten 5.2.13.1 MvA-S; punten 137-143 MvA-TK). Dit is door HP c.s. niet weerlegd. Voor zover Argument D/grief 4 strekt ten betoge dat de in de AMvB's opgenomen heffingsbedragen te hoog zijn, kan dat dus slechts weinig te hoog zijn en is het onder 9.9 overwogene van overeenkomstige toepassing, in aanmerking ook nemend dat, naar onder 8.1 tot uitdrukking is gebracht, het ervoor moet worden gehouden dat de aan het Sman-rapport ontleende schadebedragen niet tevens zien op niet-Rome materiaal: HP c.s. heeft niet aangevoerd dat bij de vaststelling van het aantal thuiskopieplichtige thuiskopieën in het Veldkamp 2015-rapport (zie rov. 7.4) zulk materiaal is meegerekend. Voor zover Argument D/grief 4 strekt ten betoge dat de Amerikaanse auteurs in de AMvB's ten onrechte niet zijn uitgesloten, wordt over het hoofd gezien dat de tekst daarvan die uitsluiting toelaat, zodat, vanwege RC-Deelregel I, de AMvB's dienovereenkomstig moeten worden uitgelegd. Ook grief 4 is dit alles overziend vergeefs voorgesteld.

9.11 Argument C/de grieven 7 en 8 van HP c.s. berusten op het juiste uitgangspunt dat geen thuiskopievergoeding is verschuldigd voor kopieën die worden gemaakt voor zakelijk gebruik (punt 190 e.v. MvG; punten 11 en 18-23 PA-D/S). Op grond van de 2012/2015-AMvB's moet echter ook een heffing worden betaald voor bijvoorbeeld een laptop die alleen voor zakelijk gebruik wordt aangeschaft; er wordt geen onderscheid gemaakt tussen aanschaf voor zakelijk gebruik en voor privé-gebruik. Het HvJEU heeft evenwel aanvaard dat een dergelijk stelsel zonder onderscheid in overeenstemming kan zijn met de ARI indien aan twee voorwaarden is voldaan:

- (i) invoering daarvan is gerechtvaardigd door praktische moeilijkheden (met name bij de identificatie van de eindgebruikers);
- (ii) de betalingsplichtigen beschikken over een recht op terugbetaling dat doeltreffend is en teruggave niet uiterst moeilijk maakt,

zie o.m. *Microsoft/SIAE*, punten 34-37. Uit punt 55 (juncto punt 36) van dat HvJEU-arrest blijkt dat – anders dan HP c.s. lijkt te willen betogen in punt 19 PA-D/S – een dergelijk stelsel ook in het geval dat wordt aangetoond dat de apparaten of dragers zijn aangeschaft voor duidelijk andere doeleinden dan kopiëren voor privé-gebruik, niet noodzakelijkerwijs een vrijstellingsregeling hoeft te bevatten, als het maar voorziet in een doeltreffend recht op teruggave.

9.12 De Staat c.s. stelt zich op het standpunt dat het in de AMvB's toegepaste stelsel zonder onderscheid gerechtvaardigd is aangezien het ondoenlijk is om heffingen op te leggen aan miljoenen particuliere eindgebruikers (MvA-S onder 5.4.5). Dit laatste is op zichzelf niet (gemotiveerd) betwist door HP c.s. die niettemin meent dat er geen sprake is van praktische moeilijkheden die tot dat stelsel nopen. Zij voert daartoe aan dat het veel meer voor de hand ligt om niet bij de eerste schakel in de handelsketen (de fabrikanten en importeurs) te heffen, maar om dit te doen bij de laatste schakel, te weten de leveranciers aan de eindgebruikers die immers als enigen zicht hebben op de hoedanigheid van de eindgebruikers (punt 173 MvG), waardoor, zo begrijpt het hof de strekking van deze argumentatie, het mogelijk is om de heffing te beperken tot leveringen aan afnemers die voor privé-gebruik kopiëren. De Staat c.s. heeft hier tegen ingebracht dat er dan nog steeds vele duizenden betalingsplichtigen zijn en de incasso dan nog steeds ernstig zou worden bemoeilijkt of zelfs ondoenlijk zou zijn (punt 5.4.5 MvA-S en punt 203 MvA-TK). Nu dit door HP c.s. niet is weersproken en in ieder geval niet is weerlegd, en het er dus voor moet worden gehouden dat het door HP c.s. gepresenteerde alternatief niet werkt, blijft het stelsel zonder onderscheid van de AMvB's nodig om de praktische moeilijkheden bij de incasso en de identificatie van eindgebruikers op te lossen. De in rov. 9.11 genoemde voorwaarde (i) moet daarom als vervuld worden beschouwd.

9.13 In de 2012/2015-AMvB's is niets bepaald over vrijstelling en/of terugbetaling. Een (beleids-)regeling daaromtrent is door TK in het kader van haar incassotaak tot stand gebracht (MvA-TK punt 195; PA-TK punten 29-31; MvA-S punt 5.4.6 en PA-D/S punt 24). Dat, zoals HP c.s. stelt (punt 178 MvG), dit in de AMvB's zelf had moeten gebeuren is niet af te leiden uit *Microsoft/SIAE*, waar HP c.s. zich ter onderbouwing van die stelling op heeft beroepen. Het HvJEU legt het EU-recht uit en beoordeelt daardoor of dit zich verzet tegen een nationale regeling met een bepaalde inhoud, doch laat zich niet in met de vraag hoe een nationale regeling moet worden ingericht en vormgegeven. Voormelde stelling van HP c.s. vindt ook overigens geen steun in het recht en wordt verworpen.

9.14 De tekst van de 2012/2015-AMvB's laat een vrijstellingsregeling en – in ieder geval – een teruggaveregelingsregeling toe die aan de doeltreffendheidseis voldoen. Derhalve moeten, gezien RC-Deelregel I, de 2012/2015-AMvB's worden uitgelegd in die zin dat zij dergelijke regelingen bevatten. Ook de in rov. 9.11 genoemde voorwaarde (ii) moet dus als vervuld worden beschouwd.

9.15 Gezien het onder 9.13 en 9.14 overwogene is het in de 2012/2015-AMvB's vervatte stelsel zonder onderscheid gerechtvaardigd te achten.

9.16 De stelling van HP c.s., dat de door TK tot stand gebrachte regeling de toets aan de ARI niet kan doorstaan, zeker nu die in de periode voor 2015 niet eens gold voor smartphones, audio-/videospelers, HDD-recorders en settopboxen (punten 176-177 MvG; punten 24 en 25 PA-D/S), kan haar in deze procedure overigens niet baten omdat dit geen manco in de AMvB's zelf oplevert (vgl. punt 5.5.3.4 MvA-S) en uit hetgeen HP c.s. heeft aangevoerd niet is af te leiden dat (laat staan waarom) de Staat aansprakelijk zou zijn voor deze gestelde fout van TK. Opmerking verdient voorts dat HP c.s. aan haar vorderingen niet (voldoende duidelijk) mede ten grondslag heeft gelegd dat TK onrechtmatig heeft gehandeld door haar beweerdelijk ondeugdelijke vrijstellings- en restitutieregeling uit te vaardigen en te handhaven; in de punten 203 e.v. MvG heeft HP c.s. benadrukt dat de tegen TK ingestelde vorderingen V en VI (zie rov. 2.1) uitsluitend berusten op de stelling dat de 2012/2015-AMvB's onrechtmatig zijn.

9.17 Argument C/de grieven 7 en 8 van HP c.s. gaan, zo moet worden geconcludeerd, evenmin op.

9.18 Het voorgaande resumerend kan niet worden vastgesteld dat de 2012/2015-AMvB's met betrekking tot de aanwijzing van smartphones, computers, externe HDD drives en tablets niet aan de ARI beantwoorden, terwijl op de door HP c.s. in dit kader verder aan de orde gestelde punten deze AMvB's overeenkomstig de ARI kunnen en dus, vanwege RC-Deelregel I, moeten worden uitgelegd. Dat bij de totstandkoming van de 2012/2015-AMvB's is uitgegaan van een uitleg (ten aanzien van kopieën uit illegale bron) die in strijd is met de ARI kan, gezien RC-Deelregel II, niet afdoen aan deze verplichting tot richtlijnconforme uitleg, zodat ook Argument B/grief 1 van HP c.s. faalt. De richtlijnconforme uitleg van de AMvB's heeft tot gevolg dat zij niet strijdig zijn met de ARI. Voor zover de vorderingen van HP c.s. zijn gebaseerd op het standpunt, dat van zo een strijdigheid wel sprake is, zijn zij niet toewijsbaar.

Strijd met artikel 16c Aw?

10.1 Aangezien artikel 16c Aw in overeenstemming met de ARI moeten worden uitgelegd is het zojuist onder 9.1-9.18 overwogene van overeenkomstige toepassing voor zover de vorderingen van HP c.s. zijn gebaseerd op het standpunt dat de 2012/2015-AMvB's in strijd zijn met dat artikel. Ook op basis van dat artikel zijn haar vorderingen mitsdien niet toewijsbaar.

Strijd met het willekeurverbod en het zorgvuldigheidsbeginsel

11.1 Thans zijn aan de orde grief 1 van de Staat en de enige grief van TK in de incidentele appellens waarmee wordt opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat de 2012/2013-AMvB's strijdig zijn met het verbod van willekeur.

11.2 Van willekeur is sprake wanneer de regelgever bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot de regeling in de kwestie heeft kunnen komen. Deze toets op kennelijke onredelijkheid impliceert het bestaan van een ruime (beleids- en/of beoordelings-)vrijheid aan de kant van de regelgever. De rechtbank heeft haar oordeel, dat de Staat het willekeurverbod heeft overtreden, gemotiveerd met de redenering dat de Kroon die eerst had betoogd dat de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen ook betrekking hadden op kopieën uit ongeoorloofde bron, daarna niet meer in redelijkheid het standpunt kon innemen dat diezelfde bedragen een vergoeding inhouden voor uitsluitend kopieën uit geoorloofde bron (zie rov. 2.4). HP c.s. heeft zich hierachter geschaard en in hoger beroep daaraan toegevoegd dat ook de in de 2015-AMvB toegepaste vermindering met 'slechts' 30% (zie rov. 3.1) willekeurig is.

11.3 Nu uit het onder 9.7 en 9.8 overwogene volgt dat de in de 2012/2015-AMvB's opgenomen bedragen ARI-conform zijn, kan niet worden gezegd dat de Staat in redelijkheid niet tot die bedragen heeft kunnen komen (aldus ook TK in punt 76 MvA-TK); met de vaststelling van die bedragen is de Staat gebleven binnen de grenzen van de hem toekomende vrijheid.

11.4 Weliswaar moet met de rechtbank en HP c.s. (o.m. punt 39 MvG) worden vastgesteld dat de Staat in de kwestie 'kopieën uit illegale bron' geen erg consistente lijn heeft gevolgd, doch dit feit kan gelet op het onder 11.3 overwogene niet de daaraan door de rechtbank verbonden gevolgtrekking rechtvaardigen dat het willekeurverbod is overtreden. Het gaat hierbij veeleer om een motiveringsgebrek dat blijkens het arrest van de HR van 16 mei 1986 inzake 'Landbouwwliegers' (NJ 1987, 251) op zichzelf niet tot onverbindendheid van de AMvB's kan leiden (zie o.m. MvA-TK punten 310-313). Ook andere door HP c.s. geuite motiveringsklachten (zie bijv. rov. 9.8. *in fine*) kunnen om deze reden niet slagen.

11.5 De in rov. 11.1 genoemde grieven van de Staat c.s. treffen gezien het zojuist overwogene doel: het (Nederlandse en/of Europese) willekeurverbod is niet geschonden. Het beroep van HP c.s. daarop faalt. (...)"

1.13 HP c.s. hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. De Staat en Stichting De Thuiskopie hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Vervolgens hebben HP c.s., de Staat en Stichting De Thuiskopie hun standpunten schriftelijk laten toelichten. HP c.s. hebben gerepliceerd en Stichting De Thuiskopie heeft gedupliceerd. De Staat heeft afgezien van dupliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit zes onderdelen met verschillende subonderdelen. *Onderdeel 1* klaagt dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op een eerlijk proces heeft geschonden door het Sman-rapport dat de Staat c.s. een maand voor de zitting in het geding brachten, toe te laten en HP c.s. geen gelegenheid te bieden daarop nog anders dan bij pleidooi nader te reageren (rov. 4.1). Dit niet bieden van voldoende gelegenheid voor een adequate reactie op dit rapport klemt volgens HP c.s. te meer nu dit

rapport de gewraakte AMVB's van een nieuwe rechtvaardiging voorziet die beslissend is geweest voor de zaak.

Onderdeel 2 klaagt over het hanteren van het licentiemodel in plaats van het substitutiemodel, terwijl volgens de klacht alleen dat laatste verenigbaar is met het Unierecht (rov. 5.2).

Onderdeel 3 bevat verschillende motiveringsklachten tegen de oordelen over het Sman-rapport (rov. 6.4, 6.6, 6.9, 7.3, 7.5).

Onderdeel 4 klaagt over het oordeel dat de AMVB's waarin is uitgegaan van een schade door thuiskopiëren van € 40, € 40 en € 28 miljoen in de jaren 2013, 2014 en 2015, zo kunnen worden uitgelegd dat zij aan de Auteursrechtlijn beantwoorden, ondanks dat de werkelijke schade volgens het Sman-rapport lager ligt, namelijk op respectievelijk € 31, € 28 en € 23,5 miljoen in de betreffende jaren. Dergelijke overcompensatie is volgens de klacht in strijd met het door de Auteursrechtlijn nagestreefde rechtvaardige evenwicht tussen de belangen van de rechthebbenden en de gebruikers van beschermd materiaal (rov. 9.1, 9.3, 9.6-9.8 en 11.3).

Onderdeel 5 richt klachten tegen het oordeel dat de AMVB's een vrijstellings- en teruggaveregeling *toelaten* en daarom zo moeten worden uitgelegd dat zij zo'n regeling ook inderdaad *bevatten*. Dat is een fictie van het hof die niet doeltreffend is voor betalingsplichtigen als HP c.s. in de zin van de Luxemburgse jurisprudentie (rov. 9.11, 9.13 en 9.14).

Onderdeel 6 stelt ten slotte aan de orde dat de Staat in redelijkheid niet tot de AMVB's had kunnen komen omdat de handelwijze van de Staat getuigt van willekeur (rov. 11.3 en 11.4).

Thuiskopievergoeding: billijke compensatie

2.2 In deze zaak staat centraal hoe de hoogte van de "billijke compensatie"/"billijke vergoeding" bedoeld in art. 5 lid 2 sub b ARL en art. 16c lid 2 Aw¹¹ moet worden berekend. Het begrip "billijke compensatie" in art. 5 lid 2 sub b ARL is volgens *Padawan/SGAE* een autonoom Unierechtelijk begrip¹²:

"37. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip "billijke compensatie" in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2011/29 een autonoom unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik hebben ingevoerd, ongeacht hun bevoegdheid om binnen de door het Unierecht en in het bijzonder door die richtlijn gestelde grenzen de vorm, de wijze van financiering en inning en het niveau van deze billijke compensatie te bepalen."

¹¹ Art. 16c lid 2 Aw betreft de implementatie van art. 5 lid 2 onder b ARL.

¹² HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz onder 510, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, AMI 2012/6, m.nt. J.H. Spoor (*Padawan/SGAE*) punten 29-37.

2.3 Vervolgens heeft het hof in Luxemburg zich verscheidene keren uitgelaten over de verenigbaarheid van verschillende nationale thuis kopiëstelsels met art. 5 lid 2 sub b ARL. In de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal Langemeijer in de zaak *Imation/Staat c.s.* worden deze arresten besproken¹³, naar welke bespreking ik graag verwijs. Het is nog steeds een actueel overzicht, omdat uitleg van art. 5 lid 2 sub b ARL daarna niet meer aan de orde is geweest in de Luxemburgse rechtspraak. Ik bespreek hierna kort zeven arresten die met name voor onze zaak van belang lijken te zijn.

Daarnaast is goed alvast voorop te stellen dat door Uw Raad in *Imation/Staat c.s.*¹⁴ (in het voetspoor van bedoelde conclusie van Langemeijer) is uitgemaakt dat een betalingsplichtige in het Nederlandse stelsel van thuis kopiëvergoeding een vordering tot terugbetaling van te veel afgedragen thuis kopiëheffing kan instellen.

In het richtlijnvoorstel tot wijziging van de Auteursrechtlijn¹⁵ trof ik overigens geen wijzigingen aan die zien op de thuis kopiëvergoedingsmaterie, zodat het nu te schetsen kader dat is opgetrokken in Luxemburg een volledig beeld lijkt te schetsen.

2.4 In onze zaak, waarin het gaat om de hoogte en berekening van de thuis kopiëvergoeding, zijn met name de Luxemburgse arresten *Padawan/SGAE*¹⁶, *Amazon/Austro-Mechana*¹⁷, *ACI Adam e.a./Stg. de Thuis kopië*¹⁸, *Copydan/Nokia Danmark*¹⁹, *Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*²⁰, *EGEDA e.a.*²¹ en *Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*²² relevant.

2.5 In *Padawan/SGAE* werd geoordeeld dat uit de considerans onder 35 en 38 van de Auteursrechtlijn volgt dat de “conceptie en het niveau van de billijke compensatie verband houden met de schade die voor de auteur resulteert uit de reproductie van zijn beschermd werk die zonder zijn toestemming voor privégebruik wordt gemaakt” (punt 40). Daar leidt het Hof uit af dat de billijke compensatie moet worden beschouwd als de vergoeding van de door de auteur geleden schade.

Als ratio voor thuis kopiëheffing bij producenten/terbeschikkingstellers van installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie geeft het arrest de praktische moeilijkheden

¹³ ECLI:NL:PHR:2017:1020 (*Imation/Staat c.s.*), onder 3.1 – 3.22.

¹⁴ HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2569, AMI 2017/6, m.nt. J.R. Spauwen (*Imation/Staat c.s.*).

¹⁵ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM(2016) 583 final.

¹⁶ HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz onder 510, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, AMI 2012/6, m.nt. J.H. Spoor (*Padawan/SGAE*) punten 29-37.

¹⁷ HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515, RvdW 2013/1234 (*Amazon/Austro-Mechana*).

¹⁸ HvJ EU 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, AMI 2015/1, m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm (*ACI Adam e.a./Stichting de Thuis kopië*).

¹⁹ HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan/Nokia Danmark*).

²⁰ HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750, NJ 2016/370, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*).

²¹ HvJ EU 9 juni 2016, C-470/14, ECLI:EU:C:2016:418, IER 2017/4, m.nt. V. Rörsch (*EGEDA e.a.*).

²² HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*).

om de particuliere gebruikers te identificeren en te verplichten rechthebbenden te compenseren, waarbij de schade als gevolg van elk individueel privé-gebruik op zichzelf beschouwd minimaal kan zijn en bijgevolg geen betalingsverplichting in het leven kan roepen volgens de laatste zin uit de considerans onder 35 van de Auteursrechtlijn, zodat het de lidstaten vrij staat om ter financiering van de billijke compensatie van rechthebbenden een thuiskopieheffing bij die producenten/terbeschikkingstellers in te voeren (punt 46). In Nederland is dat geregeld in art. 16c leden 1 en 2 Aw.

Zo'n stelsel voldoet alleen aan de vereisten van een "rechtvaardig evenwicht" bedoeld in de considerans onder 31 van de Auteursrechtlijn, als de betrokken installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties kunnen worden gebruikt voor het kopiëren voor privé-gebruik en dus een nadeel kunnen berokkenen aan de auteur van het beschermde werk. Er bestaat zodoende een noodzakelijk verband tussen de toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privé-gebruik op die installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie en het gebruik van deze producten voor het vervaardigen van reproducties voor privé-gebruik (punt 52). Bijgevolg is heffing bij professionele gebruikers in strijd met art. 5 lid 2 ARL (punt 53).

2.6 In *Amazon/Austro-Mechana* oordeelde het Hof dat de lidstaten een grote mate van vrijheid hebben om de vorm, modaliteiten en het niveau van de billijke compensatie te bepalen (punten 20 en 40). Dit is in latere arresten herhaald, waarbij is verduidelijkt dat de lidstaten hierbij bovendien een ruime beoordelingsmarge hebben²³.

Amazon/Austro-Mechana leert verder dat een stelsel van financiering van de billijke compensatie waarbij de vergoeding voor het kopiëren voor privé-gebruik *zonder onderscheid* wordt opgelegd voor *alle dragers* die geschikt zijn voor reproductie, ook wanneer deze dragers uiteindelijk worden gebruikt op een manier die niet onder de in art. 5 lid 2 sub b ARL bedoelde situatie valt, toch met de richtlijn kan sporen. Dat stelsel moet dan worden gerechtvaardigd door praktische moeilijkheden en de betalingsplichtigen moeten ook over een recht op terugbetaling van dergelijke overcompensatie beschikken dat doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt (punten 29-31)²⁴.

2.7 In *ACI Adam e.a./Stg. de Thuiskopie* werd overwogen dat art. 5 lid 2 sub b ARL niet van toepassing is op kopieën voor privé-gebruik die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron (punt 41). Voor dergelijke kopieën is dus - anders dan de Staat lange tijd heeft gedacht - geen thuiskopieheffing verschuldigd.

2.8 In *Copydan/Nokia Danmark* is – onder verwijzing naar punt 40 en 42 van *Padawan/SGAE* – geoordeeld dat de billijke compensatie en dus het stelsel waarop zij berust

²³ Vgl. HvJ EU 21 april 2016, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286 (*Austro-Mechana/Amazon*), punt 18 en HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*), punt 27.

²⁴ Zie ook HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan/Nokia Danmark*), punt 54 waar deze regel wordt toegepast.

en het niveau ervan verband moeten houden met de schade geleden door de rechthebbenden als gevolg van het kopiëren voor privégebruik (punt 20 en 21). Lidstaten kunnen betalingsplichtigen vrijstellen van de betaling van de billijke compensatie op voorwaarde dat de schade voor de rechthebbenden in die gevallen minimaal is. De lidstaten hebben daarbij de beoordelingsbevoegdheid om de drempelwaarde voor die schade vast te stellen, met dien verstande dat deze drempelwaarde in overeenstemming met het beginsel van gelijke behandeling moet worden toegepast (punt 61).

2.9 *Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba* leert vervolgens dat wanneer de thuiskopieheffing wordt betaald door personen die apparaten/dragers ter beschikking stellen – zoals in Nederland gebeurt – de heffing niet anders dan forfaitair kan zijn. Het bedrag van een dergelijke heffing, die wordt vastgesteld vóórdát effectief reproducties worden gemaakt, kan niet worden bepaald op basis van het criterium van de daadwerkelijke schade, omdat de omvang van die schade nog niet bekend is op het moment dat de betrokken apparaten op het nationale grondgebied in de handel worden gebracht (punt 71).

2.10 In *EGEDA e.a.* werd overwogen dat uit de considerans onder 35 en 38 van de Auteursrechtlijn volgt dat de in art. 5 lid 2 onder b) van die richtlijn bedoelde billijke compensatie ertoe strekt de rechthebbenden naar behoren te compenseren voor het gebruik dat zonder hun toestemming van hun werken of beschermd materiaal wordt gebruikt. Een zinvol criterium waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van de omvang van die compensatie, is het nadeel dat de betrokken rechthebbende heeft geleden door de betreffende reproductie (punt 26). Het staat bijgevolg in beginsel aan de personen die zonder voorafgaande toestemming van de betrokken rechthebbenden werken of beschermd materiaal reproduceren en hun op deze manier nadeel berokkenen, om dit nadeel te herstellen door de daartoe ingestelde billijke compensatie te bekostigen (punt 27).

2.11 In het - op dit moment laatste - thuiskopie-arrest *Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*²⁵ is de essentie van de complexe Luxemburgse rechtspraak op dit punt gerecapituleerd:

“27. De lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge om te bepalen wie deze compensatie moet afdragen, aangezien de bepalingen van richtlijn 2001/29 niet uitdrukkelijk de verschillende aspecten van het stelsel van de billijke compensatie regelen. Datzelfde geldt voor de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het niveau van deze compensatie (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, *Amazon.com International Sales e.a.*, C-521/11, EU:C:2013:515, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof is een billijke compensatie in overeenstemming met artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 als de compensatie en dus het stelsel waarop zij berust verband houden met de schade geleden door de rechthebbenden als gevolg van het kopiëren voor privégebruik (zie in die zin arrest van

²⁵ HvJ EU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 (*Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*).

5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 Een regeling voor de financiering van de billijke compensatie voldoet dus slechts aan de vereisten van het „rechtvaardige evenwicht” in overweging 31 van richtlijn 2001/29 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, indien de apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties kunnen worden gebruikt voor het kopiëren voor privégebruik en dus een nadeel kunnen berokkenen aan de auteur van het beschermde werk. Gelet op die vereisten bestaat er dus een noodzakelijk verband tussen de toepassing van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik op die apparaten en dragers voor digitale reproductie en het gebruik van deze apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privégebruik (zie in die zin arrest van 21 oktober 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 52).

30 In de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat degene die voor privégebruik een reproductie van een beschermd werk vervaardigt zonder vooraf toestemming te vragen aan de houder van het exclusieve reproductierecht, de persoon is die de houder benadeelt, zodat die vervaardiger in beginsel verplicht is het met die reproductie gepaard gaande nadeel te vergoeden door het bekostigen van de compensatie die aan die houder zal worden betaald (arresten van 21 oktober 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 45; 16 juni 2011, Stichting de Thuis kopie, C-462/09, EU:C:2011:397, punt 26, en 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a., C-521/11, EU:C:2013:515, punt 23).

31 Het Hof heeft evenwel aanvaard dat het de lidstaten, gelet op de praktische moeilijkheden om particuliere gebruikers te identificeren en hen te verplichten de houders van het uitsluitende reproductierecht te compenseren voor de schade die zij hun berokkenen, vrijstaat om met het oog op de financiering van de billijke compensatie een „vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik” in te voeren die niet door de betrokken particulieren dient te worden betaald, maar door de personen die over installaties, apparaten en dragers voor reproductie beschikken en deze installaties, apparaten en dragers daartoe juridisch of feitelijk ter beschikking stellen van particulieren. In het kader van een dergelijke regeling dienen de personen die over die installaties beschikken de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik te betalen (zie in die zin arresten van 21 oktober 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 46; 16 juni 2011, Stichting de Thuis kopie, C-462/09, EU:C:2011:397, punt 27, en 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a., C-521/11, EU:C:2013:515, punt 24).

32 De lidstaten kunnen de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik onder bepaalde omstandigheden zonder onderscheid opleggen ter zake van alle dragers die geschikt zijn voor reproductie, waaronder in het geval waarin deze dragers uiteindelijk worden gebruikt op een manier die niet onder de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 bedoelde situatie valt (zie arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 44).

33 Het Hof heeft in dat verband gepreciseerd dat, aangezien dat stelsel het de betalingsplichtigen mogelijk maakt het bedrag van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik door te berekenen in de prijs van de terbeschikkingstelling van die installaties, apparaten en informatiedragers of in de prijs voor de reproductiedienstverlening, de last van de vergoeding uiteindelijk wordt gedragen door de privégebruiker die deze prijs betaalt, hetgeen voldoet aan het in overweging 31 van richtlijn 2001/29 bedoelde „rechtvaardige evenwicht” tussen de belangen van de houders van het uitsluitende reproductierecht en die

van de gebruikers van beschermd materiaal (zie in die zin arresten van 16 juni 2011, Stichting de Thuiskopie, C-462/09, EU:C:2011:397, punt 28, en 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a., C-521/11, EU:C:2013:515, punt 25).

34 Gelet daarop heeft het Hof overwogen dat een stelsel tot toepassing van een dergelijke vergoeding enkel in overeenstemming is met artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 als de invoering ervan wordt gerechtvaardigd door praktische moeilijkheden en de betalingsplichtigen beschikken over een recht op terugbetaling van deze vergoeding wanneer zij niet verschuldigd is (zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a., C-521/11, EU:C:2013:515, punt 31, en 5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 45).

35 In dat verband kan een stelsel voor vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik met name worden gerechtvaardigd doordat het onmogelijk is de eindgebruikers te identificeren of door de praktische moeilijkheden bij de identificatie van hen of andere vergelijkbare moeilijkheden (arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Uit de rechtspraak van het Hof volgt echter dat deze vergoeding in elk geval niet mag worden toegepast op de levering van installaties, apparaten en dragers voor reproductie aan andere dan natuurlijke personen die deze installaties, apparaten en dragers duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen (arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Een dergelijk stelsel moet voorts een recht op terugbetaling van de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik omvatten dat doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt. In dat verband moeten de reikwijdte, de doeltreffendheid, de beschikbaarheid, de bekendheid en de eenvoud van toepassing van het recht op terugbetaling een compensatie kunnen vormen voor eventuele onevenwichtigheden die door het stelsel voor vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik zijn veroorzaakt om tegemoet te komen aan de geconstateerde praktische moeilijkheden (zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a., C-521/11, EU:C:2013:515, punt 36, en 5 maart 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punt 52)."

In deze zaak werd uitgemaakt dat het Italiaanse stelsel van thuiskopieheffing niet in overeenstemming was met art. 5 lid 2 sub b ARL: daarin was geen doeltreffend recht op terugbetaling van de vergoeding voorhanden, omdat het niet openstond voor natuurlijke personen, zelfs niet als zij de apparaten en dragers duidelijk voor andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen (punt 55).

2.12 Samenvattend volgt uit deze Luxemburgse jurisprudentie dat

- (i) lidstaten een grote vrijheid hebben bij het vormgeven van een thuiskopieheffingsstelsel,
- (ii) de heffing gerelateerd moet zijn aan de schade van de auteur,
- (iii) deze op praktische gronden mag worden geheven bij fabrikanten/importeurs van apparaten/dragers,
- (iv) bij aangetoond professioneel gebruik geen thuiskopievergoeding is verschuldigd,
- (v) bij kopieën voor privégebruik die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron geen thuiskopievergoeding is verschuldigd,

(vi) wanneer er gelet op de drager mogelijk - maar niet zeker - sprake is een thuiskopie-situatie als bedoeld in art. 5 lid 2 sub b ARL, uniforme heffing is toegestaan mits er een doeltreffend systeem voor terugbetaling van overcompensatie bestaat.

Bespreking van de klachten

Onderdeel 1: (On)mogelijkheid van een adequate reactie op het Sman-rapport

2.13 *Onderdeel 1* is gericht tegen het volgende oordeel van het hof in rov. 4.1 en klaagt dat HP c.s. onvoldoende gelegenheid hebben gehad om op het Sman-rapport te reageren:

“4.1 (...) Het Sman-rapport is zo lang (een maand) voor het pleidooi in hoger beroep overgelegd dat HP c.s. voldoende tijd heeft gehad om haar daarop bij dat pleidooi (met verlengde pleittijd) te geven – en gegeven (zie de punten 48 e.v. PA-G) – reactie voor te bereiden, zodat er geen reden is om dit rapport buiten beschouwing te laten of om HP c.s. de gelegenheid te bieden daarop nog nader te reageren, zoals door haar bij pleidooi is verzocht (punten 4 en 5 PA-D/S). Overigens heeft de Staat met overlegging van dit rapport, waarmee alleen een reeds eerder gevoerd verweer is geconcretiseerd, niet de twee-conclusie-regel geschonden.”

2.14 *Subonderdeel 1.1* klaagt dat dit een schending is van het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op een eerlijk proces en dat is miskend dat de rechter alleen mag beslissen op stukken tot kennisneming waarvan, en uitlating waarover, partijen voldoende gelegenheid is gegeven. Bovendien is sprake van ontoereikende motivatie, omdat het hof uitsluitend de tijd tussen overlegging van het Sman-rapport en het pleidooi (een maand) in zijn oordeel heeft betrokken, maar ten onrechte de aard, omvang en betekenis voor het partijdebat van dit rapport heeft miskend en/of niet (kenbaar) heeft meegewogen, net als de omstandigheid dat HP c.s. pas een week voor pleidooi konden beschikken over de onderliggende Veldkampgegevens en helemaal niet over de ruwe data, die zij volgens de door haar aangezochte PWC nodig hadden.

2.15 In HR 3 december 2010²⁶ is (voortbouwend op eerdere rechtspraak) als regel gegeven dat de rechter acht moet slaan op stukken die zijn overgelegd binnen de volgens het procesreglement geldende termijn, tenzij de rechter – naar aanleiding van het door de wederpartij daartegen gemaakte bezwaar of ambtshalve – gemotiveerd anders beslist op grond van bijzondere omstandigheden, waarvan in de uitspraak of het proces-verbaal van de zitting moet blijken. Daarbij moet de rechter beoordelen of het gaat om stukken die naar aard en omvang beletten om daarvan kennis te nemen binnen de beschikbare tijd en daarop adequaat te reageren. Is dat laatste het geval, dan moet worden bezien of aanleiding bestaat een maatregel te treffen om wel voldoende kennisneming en voorbereiding van een reactie

²⁶ HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0197, JBPR 2011/16, m.nt. K. Teuben, rov. 3.3.2. Zie ook HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172, m.nt. H.J. Sijnders (*Dipasa/Huyton*), rov. 3.5.1 en 3.5.2 en HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990: , NJ 1990/732

mogelijk te maken. Hierbij kan van belang zijn of met het oog op het belang van de wederpartij verwacht had mogen worden dat de stukken al eerder zouden worden overgelegd, en dat, zeker in hoger beroep, de pleitzitting in het algemeen de laatste gelegenheid zal zijn tot nadere feitelijke onderbouwing van een vordering of verweer.

2.16 Uit rov. 4.1 volgt volgens mij dat het hof conform dit stelsel heeft getoetst of sprake was van een tardieve productie. In het oordeel ligt besloten dat aard en omvang van het rapport volgens het feitelijke oordeel van hof geen beletsel voor HP c.s. vormden om daarvan binnen de beschikbare tijd van een maand kennis te nemen en daarop adequaat te reageren²⁷. Het hof achtte dus geen bijzondere omstandigheden aanwezig en heeft volgens de hoofdregel zodoende kennis genomen van het volgens het procesreglement tijdig ingebrachte rapport. Dat feitelijke oordeel is aan het hof voorbehouden en behoefde naar mij voorkomt geen nadere motivering. Daar ketst subonderdeel 1.1 op af (met nadere toelichting in 1.1.1 tot en met 1.1.5 van de procesinleiding in cassatie, waarin de door het hof (impliciet) verworpen argumentatie van HP c.s. ten overstaan van het hof wordt weergegeven dat en waarom zij onvoldoende gelegenheid zouden hebben gehad om adequaat inhoudelijk op de procedureel nieuwe argumentatie uit het Sman-rapport te reageren).

2.17 *Subonderdeel 1.2* vervolgt dat het feit dat HP c.s. bij pleidooi op het Sman-rapport zijn ingegaan en daartegen verweer hebben gevoerd (voor zover zij dit konden), er niet aan kan afdoen dat HP c.s. onvoldoende gelegenheid hebben gehad om van het Sman-rapport kennis te nemen en zich daarover uit te laten. Indien die gelegenheid wel zou zijn geboden, dan zouden HP c.s. beter hebben kunnen onderbouwen dat het Veldkamp 2015-onderzoek is uitgevoerd onder “heavy users”, wat doorwerkt in het Sman-rapport, op de daarin gehanteerde tariefstelling en op het aantal jaarlijkse thuiskopieplichtige thuiskopieën uit dat rapport, aldus deze klacht.

2.18 Deze (voortbouwende) klacht faalt om dezelfde reden als het vorige subonderdeel. Deze aspecten heeft het hof blijkens zijn feitelijke oordeel hierover kennelijk niet aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de hiervoor in 2.15 bedoelde zin. Er is dan ook geen strijd met het ingeroepen *Dipasa/Huyton*-arrest²⁸, zoals de klacht kennelijk aandraagt met verwijzing naar dit arrest in voetnoot 25 van de procesinleiding in cassatie. In het oordeel van het hof ligt besloten dat HP c.s. wel voldoende gelegenheid hebben gehad

²⁷ Van belang lijkt mij hierbij ook dat het Sman-rapport dateert van 1 november 2016 en al een week later op 8 november 2016 (een maand voor de zitting op 8 december 2016) in het geding is gebracht. Van de Staat kon in dat licht zo te zien niet worden verwacht dat zij het rapport al eerder zou overleggen, want toen was het er nog niet. Er wordt als ik het goed zie in cassatie niet geklaagd dat de Staat dit rapport eerder had moeten laten opstellen.

²⁸ HR 29 november 2002, NJ 2004/172 (*Dipasa/Huyton*), ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172 m.nt. H.J. Snijders, vgl rov. 3.6.3. De feiten in die zaak waren volstrekt anders dan bij ons: daar ging het om een vijf dagen voor pleidooi overgelegde “affidavit” van 140 pagina’s dat zonder aannemelijke verklaring acht maanden was achtergehouden.

om van het Sman-rapport kennis te nemen en daarop adequaat te reageren. Die feitelijke beslissing is ook afdoende gemotiveerd. Er is in rov. 4.1 door het hof rekenschap gegeven van het "late filing"-protest van HP c.s. en hun verzoek gelegenheid te krijgen tot nadere reactie, maar dat is kennelijk gewogen en te licht bevonden in dit geval. Die beslissing is goed te volgen en voor verdere toetsing daarvan is in cassatie geen plaats.

2.19 *Subonderdeel 1.3* klaagt over de passage uit rov. 4.1 dat met overlegging van het Sman-rapport "alleen een reeds eerder gevoerd verweer is geconcretiseerd". Dat is volgens de klacht onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, omdat de Staat nog niet eerder de door het Sman-rapport verschaftte rechtvaardiging voor het bruto incassobedrag van € 40 miljoen had gegeven. Er was eerst sprake van een hele andere onderbouwing van dit bedrag en om hier dan te elfder ure mee te komen getuigt volgens de klacht van willekeur, dat niet kan worden vergoelijkt als hier door het hof gedaan.

2.20 Uitleg van gedingstukken is aan de rechter die over de feiten oordeelt en ik acht het hier aangevallen oordeel niet onbegrijpelijk. Van een nieuw verweer is geen sprake, wel van een nadere onderbouwing van het verweer dat een bruto incassobedrag van € 40 miljoen gerechtvaardigd is. Het verweer was dat de AMvB-bedragen niet onjuist waren en dan past deze uitwerking daarin. Dat behoefde geen nadere motivering om inzichtelijk te zijn. Zonder nadere uiteenzetting, die niet is gegeven, zie ik niet waarom dit van willekeur zou getuigen.

Onderdeel 2: over de bepaling van "billijke compensatie" – geen substitutiemodel, maar licentiemodel

2.21 *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 5.2 waar het hof ingaat op de door HP c.s. voorgestane schadeberekening via het substitutiemodel:

"5.2 Zoals door het HvJEU andermaal is benadrukt in zijn arrest van 1 maart 2017 in zaak C-275/15 'ITV/TV Catchup' heeft de ARI als 'voornaamste doelstelling een hoog beschermingsniveau voor de auteurs te verwezenlijken, zodat deze een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen' (punt 22). Kenmerkend voor het substitutiemodel is dat in het geval dat een consument een kopie maakt omdat dat nu eenmaal mogelijk is, maar niet een origineel zou hebben aangeschaft wanneer hij geen kopie had kunnen maken, er geen sprake is van schade. Deze situatie zal zich tamelijk vaak voordoen, met als gevolg dat bij een schadeberekening aan de hand van het substitutiemodel in veel gevallen de auteurs geen enkele beloning ontvangen voor het gebruik (kopiëren) van hun werken, hetgeen strijdig is met voormelde doelstelling van de ARI. Dit euvel kleeft niet aan een schadeberekening aan de hand van het licentiemodel. Daarom kan de keuze die in het Sman-rapport voor dit model is gemaakt, niet als onjuist worden bestempeld, en moet het in het PWC-rapport gebruikte substitutiemodel als niet-passend worden beschouwd."

2.22 *Subonderdeel 2.1* klaagt dat dit een onjuiste rechtsopvatting is en neerkomt op een richtlijnnonconforme interpretatie van (de aard van) de thuiskopievergoeding uit art. 16c lid

2 Aw in het licht van art. 5 lid 2 sub b ARL. Richtlijnconforme interpretatie van art. 16c lid 2 Aw verzet zich tegen een thuiskopievergoeding voor iedere gemaakte thuiskopie ook zonder dat daardoor schade wordt geleden door de rechthebbende. De juiste (richtlijnconforme) interpretatie is dat de thuiskopievergoeding strekt tot vergoeding van nadeel geleden door de rechthebbende door de betreffende reproductie. Daarom is het uitgangspunt van het licentiemodel onjuist dat iedere thuiskopie een bepaalde licentiewaarde vertegenwoordigt. Zo lijdt de rechthebbende bijvoorbeeld geen via de thuiskopievergoeding te vergoeden nadeel als de thuiskopieerder niet een origineel zou hebben aangeschaft. Het gaat bij de thuiskopievergoeding om een billijke compensatie van nadeel, niet om een billijke vergoeding voor het maken van de thuiskopie zelf; het auteursrecht is beperkt door de thuiskopieregeling, aldus de toelichting op deze klacht (procesinleiding in cassatie onder 2.1.1 tot en met 2.1.5) en het licentiemodel is daarmee niet verenigbaar. De thuiskopieregeling ziet op het compenseren van gederfde winst. In deze toelichting op deze klacht leunen HP c.s. hierbij zwaar op de conclusie van A-G Szpunar in de *EGEDA*-zaak²⁹.

2.23 Deze rechtsklacht gaat al niet op, omdat de presumptie niet juist is dat een rechthebbende geen nadeel lijdt dat via de thuiskopievergoeding voor compensatie in aanmerking komt, als de maker van een thuiskopie niet zou zijn overgegaan tot aanschaf van een origineel. Uit de besproken Luxemburgse jurisprudentie volgt namelijk dat al sprake is van een dergelijk voor thuiskopievergoeding in aanmerking komend nadeel, als er zonder toestemming van de rechthebbende een privékopie wordt gemaakt. In het hiervoor in 2.11 aangehaalde *Microsoft e.a./MIBAC en SIAE e.a.*- arrest heeft het HvJ EU dit als volgt verwoordt:

“30 In de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat degene die voor privégebruik een reproductie van een beschermd werk vervaardigt zonder vooraf toestemming te vragen aan de houder van het exclusieve reproductierecht, de persoon is die de houder benadeelt, zodat die vervaardiger in beginsel verplicht is het met die reproductie gepaard gaande nadeel te vergoeden door het bekostigen van de compensatie die aan die houder zal worden betaald (arresten van 21 oktober 2010, *Padawan*, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 45; 16 juni 2011, *Stichting de Thuiskopie*, C-462/09, EU:C:2011:397, punt 26, en 11 juli 2013, *Amazon.com International Sales e.a.*, C-521/11, EU:C:2013:515, punt 23).”

Anders dan HP c.s betogen³⁰, is er dus in beginsel wel altijd sprake van nadeel/schade in de zin van de thuiskopieregeling als er zonder toestemming van de rechthebbende een privékopie wordt gemaakt (zie ook hiervoor onder 2.5)³¹.

²⁹ Conclusie M. Szpunar 19 januari 2016 in zaak C-470/14 ECLI:EU:C:2016:24 (*EGEDA*), m.n. nrs. 23-24.

³⁰ Vgl. ook hun s.t. onder 2.2.7.

³¹ Een uitzondering is dat bij kopieën voor privégebruik die zonder toestemming zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron geen thuiskopievergoeding is verschuldigd. Achtergrond daarvan is dat dit niet past in het auteursrechtelijke systeem. HvJ EU 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, AMI 2015/1, m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm (*ACI Adam e.a./Stichting de Thuiskopie*).

Stichting De Thuis kopie wijst er bij dupliek in cassatie onder 4 volgens mij terecht op dat het naar behoren compenseren van nadeel (vgl. de considerans van de Auteursrecht richtlijn onder 35) dat een rechthebbende kan ondervinden door het ontnemen van zijn of haar verbodsrecht met betrekking tot thuis kopiëren breder is dan alleen het door de producenten hier bepleite “lost sales”. Ook ander nadeel geleden door gebruik van het werk (waarvoor zonder thuis kopie-exceptie een vergoeding bedongen zou kunnen worden; anders gezegd: zonder thuis kopie-exceptie zouden gebruikers immers sowieso geen kopieën voor eigen gebruik mogen maken zonder toestemming van de rechthebbenden, zo ook s.t. zijdens de Staat onder 3.14) is compensatieplichtig zou je kunnen zeggen: prijsdruk op verkoop van eigen dragers (zoals CD’s of DVD’s), abonnementen en verlies van advertentiewaarde bijvoorbeeld. De Staat verduidelijkt bij s.t. in 3.10 dat dit naar behoren compenseren voor gebruik in het door HP c.s. gepropageerde substitutiemodel te mager is, omdat dan alleen “exact” wordt gecompenseerd voor nadeel door gederfde winst. Dat lijkt mij ook.

2.24 HP c.s. wijzen nog op de considerans onder 35 van de Auteursrecht richtlijn (procesinleiding in cassatie onder 2.1.5 onder verwijzing naar punt 39 van het besproken *Padawan*-arrest, s.t. onder 2.2.9-2.2.10 en 2.2.16), waarin staat dat wanneer de schade voor de rechthebbende minimaal is, het mogelijk is dat geen betalingsverplichting ontstaat. Ook daaruit volgt volgens HP c.s. dat het licentiemodel niet verenigbaar is met een richtlijnconforme uitleg van art. 16c lid 2 Aw, omdat in dat model een vergoeding staat tegenover het maken van elke thuis kopie. HP c.s. leiden hier dus uit af dat niet elke thuis kopie te compenseren schade veroorzaakt. Ik begrijp dit aspect uit de considerans in het licht van het besproken *Copydan/Nokia Danmark*-arrest (vgl. hiervoor in 2.8) anders: als schade ontstaat en deze minimaal is, dan hebben de lidstaten de mogelijkheid om betalingsplichtigen vrij te stellen van de betaling van de billijke compensatie. De lidstaten mogen voor dergelijke minimale schade een drempelwaarde vaststellen³².

Dat de door HP c.s. bepleitte uitleg van de considerans onder 35 onjuist is, volgt ook uit het *EGEDA*-arrest van het HvJ EU (zie ook hiervoor onder 2.10)³³. Daarin werd onder verwijzing naar considerans onder 35 van de richtlijn benadrukt dat de billijke compensatie ertoe strekt de rechthebbende te compenseren voor “het gebruik dat zonder hun toestemming van hun werken of beschermend materiaal wordt gemaakt”:

“26. In de tweede plaats volgt uit de overwegingen 35 en 38 van richtlijn 2001/29 dat de in artikel 5, lid 2, onder b), van die richtlijn bedoelde billijke compensatie ertoe strekt de rechthebbenden naar behoren te compenseren voor het gebruik dat zonder hun toestemming van hun werken of beschermd materiaal wordt gemaakt. Een zinvol criterium waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van de omvang van die compensatie, is het

³² Vgl. de s.t. van de Staat onder 3.12 waarin wordt uiteengezet dat in de AMvB’s een *de minimus*-drempel wordt gehanteerd, te weten dat dragers die voor minder dan 10% van de opslagcapaciteit worden gebruikt voor thuis kopiëren, niet in de heffing zijn betrokken.

³³ HvJ EU 9 juni 2016, C-470/14, ECLI:EU:C:2016:418, IER 2017/4, m.nt. V. Rörsch (*EGEDA e.a.*).

nadeel dat de betrokken rechthebbende heeft geleden door de betreffende reproductie (zie in die zin arrest van 21 oktober 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punt 39).”

Hierop ketsen de klachten van subonderdeel 2.1 af.

2.25 *Subonderdeel 2.2* richt een eerste rechtsklacht tegen de passage uit rov. 5.2 waarin het hof onder verwijzing naar *ITV/TVCatchup* overweegt dat de Auteursrechtlijn als voornaamste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor de auteurs te verwezenlijken, “zodat deze een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen”. Dat brengt volgens de klacht niet mee dat in de thuiskopiecontext de rechthebbende een “passende beloning moet kunnen ontvangen”, maar dat aan hem “een billijke compensatie wordt betaald”. Deze billijke compensatie moet – naar het hof heeft miskend in rov. 5.2, waarin alleen is gelet op de belangen van de rechthebbenden – beantwoorden aan het rechtvaardige evenwicht tussen de belangen van rechthebbenden en van gebruikers. Het hof had daarom ook de belangen van de gebruikers in zijn oordeel moeten betrekken. Dat pleit voor een substitutiemodel, omdat daarin niet wordt gecompenseerd voor thuiskopieën waardoor geen winst wordt gederfd of verkopen worden gemist, zodat een te ruime thuiskopieheffing kan worden voorkomen.

Een vervolglacht is dat het hof met verwijzing naar *ITV/TVCatchup* heeft miskend dat dat arrest ziet op openbaarmaking van auteursrechtelijke werken, dus ziet op het exclusieve recht van de maker, waarvoor de maker een passende beloning moet kunnen ontvangen. Het maken van een thuiskopie behoort niet tot het exclusieve recht van de maker (lees: het is een beperking op het auteursrecht).

Een laatste zelfstandige rechtsklacht van dit subonderdeel is dat is miskend dat er vele andere beperkingen op het auteursrecht bestaan in verband waarmee de auteurs geen “passende beloning” ontvangen (zoals die uit art. 5 lid 2 sub c en d en 5 lid 3 ARL), hetgeen evenmin strijdig is met (de doelstellingen van) de Auteursrechtlijn.

Het subonderdeel besluit met de veegklacht dat de passages uit rov. 5.2 die voortbouwen op het onjuiste oordeel dat de rechthebbenden aanspraak hebben op een “passende beloning” voor thuiskopieën van hun werken, waaronder ’s hofs bezwaar tegen het substitutiemodel, ook onjuist zijn.

2.26 De eerste klacht bouwt voort op subonderdeel 2.1 en gaat om in wezen dezelfde reden niet op als bij de bespreking daarvan aangedragen. Het hof heeft in rov. 5.2 terecht tot uitgangspunt genomen dat de rechthebbende – op grond van art. 5 lid 2 onder b ARL en art. 16c lid 1 Aw – een vergoeding³⁴ ontvangt voor het zonder toestemming maken van een privékopie. Het door HP c.s. voorgestane substitutiemodel op grond waarvan alleen een vergoeding verschuldigd is wanneer een privékopie ten koste gaat van de verkoop van een origineel, is, zoals het hof heeft overwogen, niet in lijn met dit uitgangspunt. Een licentiemodel, waarbij sprake is van een gebruiksvergoeding, is dat in beginsel wel. Van

³⁴ Het hof gebruikt in plaats van de term vergoeding ook de termen beloning (rov. 5.2, derde zin) en compensatie (rov. 9.5). Hiermee wordt – zo begrijp ik – steeds hetzelfde bedoeld.

overcompensatie of een te ruime thuiskopieheffing is in dat geval, anders dan HP c.s. aandragen³⁵, geen sprake. Deze opvatting ligt ook al besloten in het arrest van Uw Raad in de zaak *ACI Adam c.s./Thuiskopie & SONT*³⁶ waarin het volgende werd geoordeeld:

“verklaart voor recht dat de in art. 16c Aw bedoelde billijke vergoeding uitsluitend bedoeld is om het nadeel (te verstaan als: de voor de desbetreffende kopieerhandeling gederfde licentievergoeding) dat de rechthebbenden ondervinden van de reproductiehandelingen die binnen het toepassingsgebied van art. 16c Aw vallen, te compenseren, (...)” (onderstreping A-G)

2.27 Het hof heeft ook niet miskend dat het *ITV/TVCatchup* arrest ziet op openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde werken. Het hof wijst namelijk op punt 22 van dat arrest waarin het Luxemburgse hof de voornaamste doelstelling van de Auteursrechtrichtlijn (in het algemeen) van een hoog beschermingsniveau voor auteurs noemt en de passende beloning voor hun werken “met name” (en dus niet: “uitsluitend”, zo ook s.t. zijdens de Staat onder 3.13) koppelt aan het Unieauteursrechtelijke begrip “mededeling aan het publiek”:

“22. Wat in de derde plaats de doelstelling van richtlijn 2001/29 betreft, deze heeft als voornaamste doelstelling een hoog beschermingsniveau voor de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen, met name bij een mededeling aan het publiek (zie in die zin arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 186).”

In *Copydan/Nokia Danmark*, dat gaat over de thuiskopievergoeding, wordt in punt 3 overigens ook op deze doelstelling van de Auteursrechtrichtlijn gewezen. In gelijke zin hierover ook de s.t. zijdens Stichting De Thuiskopie onder 57 en 58. De tweede klacht mist dus feitelijke grondslag.

2.28 Voor zover de klacht in rov. 5.2 leest dat iedere beperking op het auteursrecht noopt tot een passende beloning, mist dit ook feitelijke grondslag, omdat de aangevallen passage specifiek ziet op de thuiskopievergoeding. Dat het hof zou hebben miskend dat er andere niet compensabele beperkingen zijn op het auteursrecht, die ook niet strijdig zijn met de (doelstellingen van) de Auteursrechtrichtlijn, zie ik niet. Het hof heeft in deze zaak over het al dan niet onverbindend zijn van de in AMvB's neergelegde uitwerking van de Nederlandse thuiskopievergoeding ook niet hoeven te oordelen over die andere beperkingen op het auteursrecht, zodat ook de rechtsklacht daarover niet tot cassatie kan leiden in mijn optiek. Ook de voortbouwende klachten uit dit subonderdeel gaan bij die stand van zaken zodoende niet op. De klachten treffen geen doel.

2.29 *Subonderdeel 2.3* kaart aan dat wanneer Uw Raad de klachten uit subonderdelen 2.1 en 2.2 niet meteen gegrond bevindt, prejudiciële vragen gesteld moeten worden aan het

³⁵ Vgl. hun s.t. onder 2.3.4.

³⁶ HR 20 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:59, NJ 2017/63.

Luxemburgse hof over de uitleg van het begrip “billijke compensatie” in art. 5 lid 2 onder b ARL, omdat dat een autonoom Unierechtelijk begrip is.

2.30 Dat laatste is juist, zoals we hebben gezien. Maar gelet op de besproken Luxemburgse rechtspraak is volgens mij buiten redelijke twijfel dat de billijke compensatie uit art. 5 lid 2 onder b ARL ziet op het naar behoren compenseren van nadeel als gevolg van het kopiëren van het werk van rechthebbenden zonder toestemming. Het betoog van HP c.s. dat deze compensatie alleen ziet op nadeel in de zin van winstderving/reëel inkomensverlies, is als hiervoor aangegeven volgens mij niet juist. Prejudiciële verwijzing acht ik dan ook niet nodig. Het door de Staat gekozen vergoedingsmodel valt binnen de door het Luxemburgse hof getrokken ruimte voor lidstaten om hun thuiskopievergoedingsstelsel op te tuigen.

2.31 *Subonderdeel 2.4* bevat een louter voortbouwende klacht die het lot van de vorige subonderdelen moet delen.

Onderdeel 3: motiveringsklachten met betrekking tot het Sman-rapport

2.32 *Subonderdeel 3.1* is gericht tegen rov. 6.4, waarin het “heavy users”-bezwaar wordt gepasseerd door het hof:

“6.4 Er hebben – naar de Staat c.s. bij pleidooi in hoger beroep, buiten de PA’s om, hebben aangevoerd – in het kader van de SONT al 20 Veldkampmetingen plaatsgevonden, terwijl voor het komende jaar opnieuw voor Veldkamp is gekozen. Kennelijk is in SONT-verband nooit bezwaar tegen de rapportages van Veldkamp gemaakt. Gelet hierop is het ‘heavy users’-bezwaar zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet begrijpelijk, zodat het zal worden gepasseerd.”

2.33 Hiertegen richten HP c.s. een motiveringsklacht. Daartoe wordt aangevoerd dat (i) in confesso is dat het Veldkamp-onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van Stichting de Thuiskopie (“wie betaalt, bepaalt”), (ii) HP c.s. in haar processtukken hebben gesteld dat dit onderzoek niet kan dienen als basis voor het bepalen van de hoogte van de thuiskopieheffing (MvG 163), (iii) hetgeen in SONT-verband al of niet gebeurt de processuele opstelling van HP c.s. in deze procedure onverlet laat en (iv) André Habets zijdens FIAR tijdens het pleidooi heeft gezegd dat FIAR nooit met de Veldkamponderzoeken akkoord is gegaan en daar steeds bezwaar tegen heeft gemaakt, omdat het eenzijdig is. Het Veldkamp 2015-rapport is een door Stichting De Thuiskopie opgezet, betaald en aangestuurd onderzoek waarmee FIAR c.s. geen bemoeienis heeft gehad. In dit licht is het passeren van het “heavy users”-bezwaar door het hof onbegrijpelijk, aldus de klacht.

2.34 Ik zie dit al niet slagen bij gebrek aan belang, nu het hof in rov. 6.5-6.10 ten overvloede althans in aanvulling op rov. 6.4 motiveert waarom het “heavy-users”-bezwaar

niet opgaat en we zullen zien dat de klachten tegen die andere zelfstandig dragende overwegingen (geklaagd wordt over rov. 6.6 (subonderdeel 3.2.1) en 6.9 (subonderdeel 3.2.2)) niet opgaan. Inhoudelijk over rov. 6.4 nog dit. Het hof acht het “heavy users”-bezwaar daar zonder nadere, maar niet gegeven, toelichting onbegrijpelijk, omdat in SONT-verband nooit bezwaar is gemaakt tegen de rapportages van Veldkamp. De vier door HP c.s. in subonderdeel 3.1 aangevoerde stellingen doen niet af aan de conclusie dat in SONT-verband nooit bezwaar is gemaakt tegen de rapportages van Veldkamp. De Staat geeft bij s.t. onder 4.3 bovendien volgens mij terecht aan dat stelling (iv) feitelijke grondslag mist, omdat het arrest die stelling niet vermeldt en dit standpunt ook niet in de pleitnota is te lezen; een zittingsp-v of audiëntieblad waar dit in zou kunnen zijn vermeld heb ik niet in de procesdossiers aangetroffen (in dezelfde zin de s.t. tijdens Stichting De ThuisKopie onder 69).

2.35 *Subonderdeel 3.2.1* klaagt over rov. 6.6:

“6.6 In sheet 9 van het Veldkamp 2015-rapport is vermeld dat drie deelonderzoeken zijn uitgevoerd, waaronder als eerste een ‘Establishment survey’. Uit de hierna in meer volledige vorm te citeren sheet 10 blijkt dat tot dit deelonderzoek behoort de vraag: *‘Hoeveel content heeft men op de dag van invullen live streaming geconsumeerd en vanaf apparatuur opgeslagen) geconsumeerd?’*.

Dit is de vraag waarop de tabel van sheet 25 betrekking heeft. Om misverstanden te voorkomen: hoewel het opschrift boven die sheet anders zou kunnen doen vermoeden, vormt sheet 25 niet de neerslag van het tweede deelonderzoek ‘Consumptie’. Sheet 9 maakt immers duidelijk dat dit deelonderzoek is gehouden onder een andere populatie (n = 1.774 in plaats van n = 1.505) en gaat over ‘opslaan’, ‘delen met anderen’ en ‘verwijderen’, en niet over de consumptie van de hoeveelheid content.”

2.36 De klacht is dat de motivering ontoereikend is dat de tabel van sheet 25 niet de neerslag vormt van het tweede deelonderzoek ‘Consumptie’ maar betrekking heeft op het eerste deelonderzoek ‘Establishment survey’, omdat (i) uit het Veldkamp 2015-rapport niet blijkt onder welke mensen het deelonderzoek ‘Consumptie’ is uitgevoerd zodat HP c.s. niet anders konden dan daarvoor afgaan op het deelonderzoek ‘Establishment’ waarvoor deze gegevens wel voorhanden waren, (ii) beide onderzoeken tegelijkertijd werden uitgevoerd, (iii) naar vaststaat, voor beide onderzoeken gebruik is gemaakt van de steekproefbron TNS NIPObase (hof, rov. 6.7, eerste volzin), en (iv) het deelonderzoek ‘Establishment’ in paragraaf 3.3 van de management survey ten grondslag wordt gelegd aan het deelonderzoek ‘Consumptie’.

2.37 Deze klacht faalt eveneens al bij gebrek aan belang. Het oordeel waarover wordt geklaagd is immers niet dragend voor het oordeel (in rov. 6.10) dat het ‘heavy users-bezwaar’ faalt. Het oordeel in rov. 6.6 is blijkens rov. 6.5 bovendien ten overvloede gegeven.

Ik acht het oordeel overigens ook niet onbegrijpelijk³⁷. Het Veldkamp 2015-rapport (inclusief de sheets) is overgelegd als productie T3 bij de MvA. Bovenaan sheet 25 staat 'Consumptie'. Gelet op de daaronder afgebeelde tabel wordt hiermee bedoeld "het aantal content dat is geconsumeerd" (vraag drie uit de 'Establishment Survey', sheet 10) en niet het tweede deelonderzoek 'Consumptie' dat blijkens sheet 9 gaat over "in welke mate werken worden opgeslagen, gedeeld en verwijderd van apparatuur en om welke soorten werken en bronnen het hierbij gaat". Het lijkt er inderdaad op (zo s.t. tijdens de Staat onder 4.6) dat HP c.s. hier het debat in feitelijke instanties willen overdoen, maar daarvoor is in cassatie geen plaats.

2.38 *Subonderdeel 3.2.2* is gericht tegen rov. 6.9:

"6.9 Gelet op dit een en ander, en met name de gebruikte 'mixed mode'-opzet, is er geen grond om aan te nemen dat de deelnemers aan het Veldkamp 2015-onderzoek, en specifiek de deelnemers aan het onderzoek van sheet 25, 'heavy users' waren. Dat er een (in elk geval: ogenschijnlijke) discrepantie bestaat tussen de cijfers in kolom 5 van sheet 25 van het Veldkamp 2015-rapport en de cijfers van het SCP moet dus een andere oorzaak hebben. Over zo'n andere oorzaak is door HP c.s. echter niets naar voren is gebracht. Niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een fout in of onvolledigheid van de SCP-cijfers zoals deze door HP c.s. zijn gepresenteerd, waarbij een rol speelt dat dit op summiere wijze is gebeurd: in deze procedure is van het SCP-rapport over de periode tot 2005 alleen de verkorte weergave uit het SONT-advies beschikbaar gesteld, en van het rapport over de periode daarna alleen een enkele tabel (in punt 56 PA-G), en niet het rapport zelf. Er is kortom door HP c.s. – hoewel dat op haar weg lag (rov. 3.5) – niet aangetoond of aannemelijk gemaakt dat de gegevens in kolom 5 van sheet 25 van het (bij haar al lang bekende, zie rov. 4.2) Veldkamp 2015-rapport onjuist zijn."

Volgens de klacht is het oordeel dat er geen grond is om aan te nemen dat de deelnemers aan het Veldkamp 2015-onderzoek, en specifiek de deelnemers aan het onderzoek van sheet 25, "heavy users" waren, ontoereikend gemotiveerd. Daartoe voert de klacht aan dat mensen die internet intensief gebruiken zich in alle groepen van de samenleving bevinden en dat de redenering van het hof onverlet laat dat juist "grootgebruikers" van media geïnteresseerd zullen zijn om deel te nemen aan een onderzoek als dat van Veldkamp. Ook afgezien daarvan had het hof zich op grond van een basaal voorstellingsvermogen moeten realiseren dat een gemiddelde mediaconsumptie van 5,5 uur per dag erg veel is: de gemiddelde Nederlander moet immers ook nog slapen, werken en eten.

2.39 Ook deze motiveringsklacht zie ik geen doel treffen. Het oordeel van het hof is feitelijk en niet onbegrijpelijk. Voor een nieuw feitenonderzoek is binnen de cassatieprocedure geen plaats, waarbij ik aantekenen dat het hier geen feiten van algemene

³⁷ Het Veldkamp 2015-rapport (inclusief de sheets) is overgelegd als productie T3 bij de MvA. Bovenaan sheet 25 staat "Consumptie". Gelet op de daaronder afgebeelde tabel wordt hiermee bedoeld "het aantal content dat is geconsumeerd" (vraag drie uit de Establishment survey, sheet 10) en niet het tweede deelonderzoek Consumptie dat blijkens sheet 9 gaat over "in welke mate werken worden opgeslagen, gedeeld en verwijderd van apparatuur en om welke soorten werken en bronnen het hierbij gaat".

bekendheid betreffen, hetgeen ook niet wordt gesteld door HP c.s. (vgl. in gelijke zin de s.t. zijdens de Staat onder 4.7).

2.40 *Subonderdeel 3.3* klaagt over rov. 7.3:

“7.3 Het enige bezwaar dat HP c.s. in het kader van factor II heeft opgeworpen, is neergelegd in punt 62 PA-G en houdt in dat veel wordt geluisterd en gekeken naar gratis bronnen, maar dat in het Sman-rapport de aanname wordt gehanteerd dat de licentiewaarde (geheel) moet worden bepaald op basis van de betaalde bronnen, zonder dat voor de gratis diensten een correctie heeft plaatsgevonden. Met de ‘gratis bronnen’/‘gratis diensten’ heeft HP c.s. klaarblijkelijk met name het oog op het ‘gratis’ Spotify-abonnement, dat bestaat naast het zogenoemde premium abonnement waarvoor de gebruiker wel betaalt. HP c.s. ziet over het hoofd dat ook een voor het publiek gratis Spotify-abonnement voor de rechthebbende een betaalde bron is; de rechthebbende krijgt het Spotify-tarief betaald uit de reclame-inkomsten die met het gratis abonnement worden verworven en ontvangt dus ook bij deze abonnementsvorm opbrengsten. Er is, met andere woorden, vanuit het perspectief van de rechthebbende geen sprake van een niet-betaalde bron. Voormeld bezwaar van HP c.s. loopt hierop stuk.”

2.41 De klacht *onder 3.3.1* is dat het oordeel dat HP c.s. alleen bij haar Plta II (G) § 62 bezwaar hebben gemaakt tegen de tariefstelling, onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het subonderdeel betoogt dat HP c.s. immers ook bij Plta II (G) § 63 en 58-61 bezwaar hebben gemaakt tegen de tariefstelling.

2.42 Voor zover de klacht ziet op Plta II (G) § 63 faalt deze bij gebrek aan feitelijke grondslag. Uit het arrest volgt namelijk dat paragraaf 63 niet is voorgedragen (tweede alinea onder het kopje “Het verloop van het geding”). Deze paragraaf maakt dus geen onderdeel uit van het procesdossier.

Voor wat betreft de bezwaren in Plta II (G) § 58-61 geldt dat het hof deze heeft begrepen als bezwaren tegen factor I: het aantal gemaakte thuiskopieën dat in de berekening mag worden meegenomen (zie hierna de bespreking van subonderdeel 3.4.1). Het impliciete oordeel in rov. 7.3 dat deze paragrafen (dus) geen betrekking hebben op de factor II, ofwel de tariefstelling, is in dat licht niet onbegrijpelijk.

2.43 *Subonderdeel 3.3.2* voert aan dat 's hofs verwerping van het bezwaar van HP c.s. dat het Sman-rapport niet corrigeert voor gratis streaming-diensten onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. HP c.s. wijzen erop dat, zoals zij hebben aangevoerd, veel wordt geluisterd en gekeken naar gratis bronnen en dat hiervan een drukkend effect uitgaat op het door het Sman-rapport gekozen streaming tarief. Hiervoor is ten onrechte niet gecorrigeerd.

2.44 Van ontoereikende motivering is ook hier geen sprake. Het hof is in rov. 7.3 expliciet ingegaan op de stellingen van HP c.s. over het drukkende effect van gratis diensten en heeft op niet onbegrijpelijke wijze geoordeeld dat er vanuit het perspectief van de rechthebbende

geen sprake is van een niet-betaalde bron vanwege de doorwerking van reclame-inkomsten. Ook deze klacht gaat dus niet op.

2.45 *Subonderdeel 3.4.1 (onderdeel 3.4 bevat alleen een inleiding) is gericht tegen rov. 7.5:*

“7.5 HP c.s. heeft er op gewezen dat veel van deze kopieën gaan over back-up, timeshiften (het opnemen van een TV-programma om het later te bekijken) of porting (bijvoorbeeld: het kopiëren van een CD naar de computer of een smartphone), kennelijk ten betoge dat zulke kopieën niet mogen worden meegenomen in de berekening van factor I. Zij heeft dit toegelicht met de opmerking dat het niet redelijk (en ook niet te verwachten) is dat iemand die een CD van Madonna heeft gekocht, bereid is alsnog de kosten van een Spotify-abonnement te betalen als hij die op zijn computer wil beluisteren. Dit bezwaar – hierna: het ‘porting’-bezwaar – leunt niet alleen sterk aan tegen het in rov. 5.2 niet passend geoordeelde substitutiemodel, maar gaat er daarnaast aan voorbij dat de waarde van het beluisteren van een kopie van een aangeschafte CD in het Sman-rapport wordt berekend niet op de kosten van een Spotify-(premium-)abonnement, maar op het in rov. 7.2 besproken Spotify/streaming-tarief van veel minder dan 1 cent per luisterbeurt. Zelfs wanneer de kopie van een CD vele malen wordt beluisterd, dan kost dat de consument aan thuiskopievergoeding niet meer dan 1 cent, en dat kan bezwaarlijk als ‘niet redelijk’ worden bestempeld. Ook het ‘porting’-bezwaar van HP c.s. kan dus niet worden gevolgd.”

2.46 De klacht hiertegen is dat het hof is uitgegaan van een onvoldoende begrijpelijke lezing van de stellingen van HP c.s., waar het heeft geoordeeld dat de stellingen van HP c.s. dat veel kopieën gaan over back-up, timeshiften of porting, kennelijk ten betoge strekken dat zulke kopieën niet mogen worden meegenomen in de berekening van factor I.

Volgens de klacht strekt het betoog bij HP-Plta II (G) § 58-61 er niet toe dat het Sman-rapport is uitgegaan van een te hoog aantal opgeslagen werken, maar dat niet één en hetzelfde tarief kan worden toegepast op de verschillende categorieën thuiskopieën.

2.47 Dit zie ik evenmin opgaan. De uitleg van stellingen van partijen is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Dat het hof de stellingen van HP c.s. heeft begrepen als betrekking hebbend op factor I - het aantal gemaakte thuiskopieplichtige kopieën - acht ik gelet op de gedingstukken³⁸ niet onbegrijpelijk.

Onderdeel 4: richtlijnconformiteit van de AMvB's

2.48 *Onderdeel 4 is – met name – gericht tegen rov. 9.6-9.8:*

“9.6 Met betrekking tot Argument A/grief 2 van HP c.s. – waarin wordt aangevoerd dat de in de 2012/2015-AMvB's opgenomen schadebedragen te hoog zijn – wordt het volgende vooropgesteld. In *Padawan* is het uitgangspunt neergelegd dat de billijke vergoeding moet worden berekend ‘op basis van het criterium van de schade’ die door de auteurs is geleden. Dit betekent dat de billijke vergoeding, het stelsel waarop zij berust en het niveau ervan

³⁸ In HP-Plta II (G) § 58 staat bijvoorbeeld: “maar dit bedrag wordt vervolgens vermenigvuldigd met alles wat er ook maar gekopieerd wordt”. Dit kan aldus worden begrepen dat er wordt vermenigvuldigd met een te hoog aantal kopieën.

‘verband (moeten) houden met de schade geleden door de rechthebbenden als gevolg van het kopiëren voor privégebruik’ (*Copydan*, punt 21). Door het HvJEU is dit uitgangspunt als volgt uitgewerkt (in o.m. *Amazon* en *HP/Reprobel*):

- (a) binnen de door het Unierecht gestelde grenzen hebben de lidstaten, in het kader van de ruime beoordelingsmarge waarover zij beschikken, niettemin een grote vrijheid om het niveau van de billijke compensatie te bepalen (*Padawan*, punt 37; *Amazon*, punten 20 en 40);
- (b) vergoedingsstelsels voor kopiëren voor privégebruik zijn momenteel voor de meeste dragers noodzakelijkerwijs onnauwkeurig, omdat het in de praktijk onmogelijk is vast te stellen welk werk door welke gebruiker is geproduceerd en op welke drager (*Amazon* punt 51);
- (c)
 - (i) in beginsel is de billijke vergoeding bestemd ter vergoeding van de schade die door de daadwerkelijk gemaakte reproducties is berokkend (het criterium van de daadwerkelijke schade);
 - (ii) gelet op de praktische moeilijkheden bij de inning bij de gebruikers, mogen de lidstaten een heffing invoeren die niet door de gebruikers worden betaald, maar door fabrikanten/importeurs van apparaten of dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt;
 - (iii) het bedrag van deze heffing, die wordt vastgesteld voordat de reproducties worden gemaakt, kan niet worden bepaald op basis van het criterium van de daadwerkelijke schade, aangezien de omvang van de schade nog niet bekend kan zijn op het ogenblik dat de betrokken apparaten op de markt worden gebracht; de heffing kan bijgevolg niet anders dan forfaitair zijn. (*HP/Reprobel*, punten 69-72).

9.7 Uit het onder 9.6 overwogene blijkt dat de ARI niet zozeer vergt dat de billijke vergoeding wordt berekend op het bedrag van de schade maar veeleer dat die berekening ‘verband houdt met’ de schade. Verder in aanmerking nemend:

- de onnauwkeurigheid die in het algemeen inherent is aan de vaststelling van de thuiskopievergoeding;
- het noodzakelijkerwijs forfaitaire karakter van een heffing op basis van het – toelaatbare – heffingsstelsel dat aan de 2012/2015-AMvB’s ten grondslag ligt (betaling door de fabrikant of importeur, zie artikel 16c Aw);
- de grote vrijheid en ruime beoordelingsmarge die de lidstaten hebben bij de bepaling van het niveau van die vergoeding,

zijn de schadebedragen zoals die in het Sman-rapport zijn berekend of daaruit voortvloeien (voor de jaren 2013-2015 achtereenvolgens: 31, 28 en 23,5 miljoen euro) en die ingevolge de rov. 8.1 en 8.2 geacht moeten worden de werkelijke schade volgens de maatstaven van de ARI weer te geven, niet zoveel lager dan de bedragen die in de AMvB’s liggen besloten (voor 2013 en 2014: 40 miljoen euro en voor 2015: 28 miljoen euro) dat laatstgenoemde bedragen niet kunnen worden beschouwd als niet beantwoordend aan de eisen van de ARI ten aanzien van de vaststelling van de billijke vergoeding.

9.8 Nu derhalve – ondanks dat de werkelijke schadebedragen wat lager liggen – de bedragen vermeld in de 2012/2015-AMvB’s zo kunnen worden uitgelegd dat zij aan de ARI beantwoorden, moeten zij ingevolge RC-Deelregel I ook in die zin worden uitgelegd. Dat de schadeberekening van de 2012/2015-AMvB’s blijkens de totstandkomingsgeschiedenis daarvan berust op (beweerdelijk) onjuiste criteria

(o.m. vergelijkingen met het verleden en andere lidstaten) kan hieraan vanwege RC-Deelregel II niet afdoen. Argument A/grief 2 van HP c.s. loopt op dit een en ander stuk.”

2.49 *Subonderdeel 4.1* richt hier een rechtsklacht tegen. Een richtlijnconforme interpretatie van art. 16c lid 2 Aw brengt volgens de klacht mee dat het bedrag aan billijke compensatie niet slechts “verband houdt met” de schade, maar in wezen moet overeenstemmen met de schade die de rechthebbenden daadwerkelijk hebben geleden³⁹. Een te ruime heffing ofwel overcompensatie verdraagt zich namelijk niet met het ook door de Auteursrechtlijn nagestreefde rechtvaardige evenwicht tussen de rechthebbenden en de gebruikers van beschermd materiaal (onder verwijzing in de klacht op dit punt naar subonderdeel 2.2) en komt in de woorden van het HvJ EU neer op een bestraffing van deze gebruikers.

2.50 In onze zaak staat het bij de AMVB’s vastgestelde heffingsbedrag van de billijke vergoeding centraal. Uit de besproken Luxemburgse rechtspraak volgt dat wanneer heffing plaatsvindt bij de producenten/importeurs van de drager, zoals in Nederland, het heffingsbedrag forfaitair mag worden vastgesteld (zie hiervoor onder 2.9). Hieraan is inherent dat niet voor het bedrag aan daadwerkelijk geleden schade wordt geheven. Het Luxemburgse hof verwoordde dit als volgt in de zaak *Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*:

“71. Het bedrag van een dergelijke heffing, die wordt vastgesteld voordat effectief reproducties worden gemaakt, kan niet worden bepaald op basis van het criterium van de daadwerkelijke schade, aangezien de omvang van de schade nog niet bekend is op het ogenblik dat de betrokken apparaten op het nationale grondgebied in de handel worden gebracht. Bijgevolg kan deze heffing niet anders dan forfaitair zijn.”

Anders dan de klacht aandraagt, hoeft het heffingsbedrag bij producenten/importeurs van dragers dus niet overeen te stemmen met de schade die de rechthebbenden daadwerkelijk hebben geleden. Wel moet, zoals het hof terecht heeft geoordeeld, het heffingsbedrag verband houden met de door de rechthebbende geleden schade (zie ook hiervoor onder 2.5 en 2.8). Daar strandt deze rechtsklacht op.

2.51 Het subonderdeel wijst er overigens terecht op dat overcompensatie moet worden voorkomen. Het Nederlandse stelsel bevat met het oog daarop een terugbetalingsmechanisme op grond waarvan (ook) betalingsplichtigen, zoals HP c.s., het recht hebben om een vordering tot terugbetaling van te veel betaalde thuiskopieheffing in te stellen⁴⁰. In het kader van een dergelijke vordering – die in deze zaak niet aan de orde is – kan de daadwerkelijk geleden schade aan de orde komen.

³⁹ Onder verwijzing naar het besproken arrest *Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*, punt 84, dat zo meteen nog nader aan de orde komt.

⁴⁰ HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2569, AMI 2017/6, m.nt. J.R. Spauwen (*Imation/Staat c.s.*), rov. 3.6.3.

2.52 HP c.s. hebben ter onderbouwing van hun standpunt dat het heffingsbedrag moet overeenstemmen met de daadwerkelijk geleden schade verder nog gewezen op punt 84 van het arrest *Hewlett-Packard Belgium Bvba/Reprobel Cvba*. Daar is het volgende overwogen:

“Een dergelijk systeem moet het, in zijn geheel beschouwd, evenwel mogelijk maken om een billijke compensatie te innen waarvan het bedrag in wezen overeenstemt met de schade die de rechthebbenden daadwerkelijk hebben geleden, met dien verstande dat een lidstaat die ervoor kiest een type vergoeding in te voeren dat na de reproductie wordt bepaald en waarvan het bedrag afhangt van het aantal gemaakte reproducties, niet de in punt 82 van het onderhavige arrest bedoelde praktische moeilijkheden bij de identificatie en evaluatie lijkt te ondervinden.”

Hieruit volgt echter dat het thuiskopie-stelsel het “in zijn geheel beschouwd” mogelijk moet maken om een billijke compensatie te innen waarvan het bedrag in wezen overeenstemt met de schade die de rechthebbenden daadwerkelijk hebben geleden. Het Nederlandse stelsel voldoet hieraan, nu via een vordering tot terugbetaling van de te veel betaalde thuiskopieheffing kan worden verzekerd dat niet meer dan de daadwerkelijk geleden schade wordt vergoed. Het beroep van HP c.s. op *Reprobel* is dan ook vruchteloos.

2.53 *Subonderdeel 4.2* richt een motiveringsklacht tegen rov. 9.8 dat de Sman-bedragen (€ 31, € 28 en € 23,5 miljoen) slechts “wat lager” liggen dan de bedragen die in de 2012/2015-AMvB’s besloten liggen (€ 40, € 40 en € 28 miljoen) en dat laatstgenoemde bedragen zouden beantwoorden aan de eisen die de Auteursrechtlijn stelt aan de vaststelling van de billijke vergoeding. Uitgaande van de Sman-bedragen volgens het licentiemodel (onder verwijzing naar onderdeel 2) zijn de AMvB-bedragen € 9 miljoen (22,5%) respectievelijk € 12 miljoen (30%) respectievelijk € 4,5 miljoen (16,1 %) te hoog vastgesteld. Deze verschillen zijn, hoewel weggewuifd door het hof, substantieel. Zonder nadere maar ontbrekende motivering is ook niet begrijpelijk dat hier géén sprake zou zijn van ontoelaatbare overcompensatie, aldus de klacht.

2.54 Het hof heeft ter onderbouwing van zijn oordeel dat de bedragen in de 2012/2015 AMvB’s beantwoorden aan de eisen die de Auteursrechtlijn stelt in rov. 9.6 en 9.7 overwogen dat (i) die richtlijn niet vergt dat de billijke vergoeding wordt berekend op het bedrag van de schade maar veeleer dat die berekening verband houdt met de schade, (ii) de vaststelling van de thuiskopievergoeding inherent onnauwkeurig is, (iii) de heffing in het toelaatbare Nederlandse stelsel noodzakelijkerwijs een forfaitair karakter heeft en (iv) lidstaten een grote vrijheid en ruime beoordelingsmarge hebben bij de bepaling van het niveau van die vergoeding. Dit oordeel acht ik gelet op de besproken Luxemburgse rechtspraak begrijpelijk.

Dat de werkelijke schade blijktens het achteraf opgestelde Sman-rapport lager is, brengt volgens het hof niet mee dat de vooraf berekende en in de AMvB’s opgenomen bedragen

niet beantwoorden aan de eisen die de Auteursrechtlijn stelt aan de vaststelling van de billijke vergoeding. Zolang er een terugbetalingsmechanisme is waarmee overcompensatie kan worden gecorrigeerd en het heffingsbedrag verband houdt met de schade, is dit stelsel richtlijnconform, zo is de kennelijke en in mijn optiek juiste gedachtegang van het hof.

Het hof heeft in dit verband – klaarblijkelijk ter nadere onderbouwing van de stelling dat het heffingsbedrag verband houdt met de schade en de daadwerkelijke schade voldoende benadert – nog overwogen dat de bedragen uit het Sman-rapport “niet zoveel lager liggen dan de bedragen die in de AMvB’s besloten liggen”. Dit laatste oordeel, waartegen de klacht zich richt, draagt het oordeel dat de bedragen in de AMvB’s zo kunnen worden uitgelegd dat zij beantwoorden aan de richtlijn echter niet zelfstandig (hetgeen ook blijkt uit de eerste zin van rov. 9.8). De klacht faalt dan ook al bij gebrek aan belang.

2.55 *Subonderdeel 4.3* richt een rechtsklacht tegen de richtlijnconforme interpretatie in rov. 9.1, 9.3 jo. 9.7-9.8 en 11.3. Richtlijnconforme interpretatie heeft betrekking op nationaal recht: dat moet zoveel mogelijk worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. Daarvan is hier volgens de klacht geen sprake.

Ook heeft het hof miskend dat het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht zich ertegen verzetten dat de 2012/2013-AMvB’s, waarin een bruto incassobedrag van € 40 miljoen als billijke compensatie voor thuiskopiëren is vastgesteld, welk bedrag in (o.a.) de Nota van toelichting van die AMvB (vrijwel) uitsluitend wordt aangemerkt als billijke compensatie voor schade door downloaden uit evident illegale bron, achteraf en met terugwerkende kracht zo kan worden uitgelegd dat deze € 40 miljoen opeens betrekking heeft op de schade door thuiskopiëren uit uitsluitend legale bron.

2.56 Het hof heeft in onze zaak de in de AMvB’s opgenomen bedragen langs de lat van de rechtspraak van het HvJ EU gelegd en geoordeeld dat de bedragen zo kunnen worden uitgelegd dat zij beantwoorden aan deze jurisprudentie en dus in lijn zijn met de Auteursrechtlijn (rov. 9.8).

Dat in de Nota van toelichting van de AMvB’s een andere toelichting op het bedrag is gegeven, doet niet ter zake. De nationale rechter heeft immers de plicht om het nationale recht zo veel mogelijk richtlijnconform uit te leggen, ongeacht de uitleg die is gegeven in de totstandkomingsgeschiedenis van de nationale regel. Uw Raad heeft dit in de zaak *ACI c.s./Thuis kopie en SONT*⁴¹ als volgt verwoord:

“5.1.2 Bij de beoordeling van deze klacht dient tot uitgangspunt dat art. 16c Aw de implementatie vormt van een richtlijnvoorschrift. Dat brengt mee dat de nationale rechter, die verplicht is binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding, zoveel mogelijk het nationale recht dient uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het door de richtlijn beoogde resultaat te

⁴¹ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, NJ 2012/532, IER 2013/14, m.nt. H.M.H. Speyart.

bereiken. De rechter dient daarbij ervan uit te gaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Ofschoon de richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht wordt begrensd door algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en niet kan dienen als grondslag voor een contra legem-uitleg van het nationale recht, vereist zij niettemin dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, in overeenstemming met het nationale recht en de daarin erkende uitlegmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn en de daarmee nagestreefde doelstelling te verzekeren (HvJEU 4 juli 2006, C-212/04, LJN AY0534, NJ 2006/593 (Adeneler)).

5.1.3 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de meergenoemde implementatiewet blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrecht richtlijn, terwijl de bewoordingen van art. 16c lid 1 Aw ruimte laten zowel voor de door ThuisKopie en het hof voor juist gehouden uitleg als voor de door ACI c.s. verdedigde uitleg. Bij die stand van zaken was het hof bevoegd en gehouden art. 16c lid 1 Aw richtlijnconform uit te leggen, ook indien art. 5 lid 2 ARI aldus zou moeten worden uitgelegd dat de daarin neergelegde beperking van het auteursrecht geen betrekking heeft op kopiëren uit illegale bron. Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat.”

Nu het hof in onze zaak een richtlijnconforme interpretatie van de in de AMvB's genoemde bedragen heeft gegeven, faalt de eerste klacht van subonderdeel 4.3.

2.57 Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod op terugwerkende kracht, de tweede rechtsklacht van subonderdeel 4.3, is hier ook geen sprake. Het hof bevestigt immers slechts dat het bedrag uit de AMvB's in overeenstemming is met de richtlijn – wat er verder zij van de achteraf deels onjuist gebleken toelichting daarop. Ook de tweede klacht van subonderdeel 4.3 faalt zodoende.

2.58 *Subonderdeel 4.4* bevat een louter voortbouwende klacht die bij deze stand van zaken geen afzonderlijke bespreking behoeft.

Onderdeel 5: zakelijk gebruik

2.59 *Onderdeel 5* klaagt over rov. 9.11, 9.13 en 9.14 (ik geef ook nog een keer rov. 9.12 en 9.15 hier weer voor een betere leesbaarheid):

“9.11 Argument C/de grieven 7 en 8 van HP c.s. berusten op het juiste uitgangspunt dat geen thuiskopievergoeding is verschuldigd voor kopieën die worden gemaakt voor zakelijk gebruik (punt 190 e.v. MvG; punten 11 en 18-23 PA-D/S). Op grond van de 2012/2015-AMvB's moet echter ook een heffing worden betaald voor bijvoorbeeld een laptop die alleen

voor zakelijk gebruik wordt aangeschaft; er wordt geen onderscheid gemaakt tussen aanschaf voor zakelijk gebruik en voor privé-gebruik. Het HvJEU heeft evenwel aanvaard dat een dergelijk stelsel zonder onderscheid in overeenstemming kan zijn met de ARI indien aan twee voorwaarden is voldaan:

- (i) invoering daarvan is gerechtvaardigd door praktische moeilijkheden (met name bij de identificatie van de eindgebruikers);
- (ii) de betalingsplichtigen beschikken over een recht op terugbetaling dat doeltreffend is en teruggave niet uiterst moeilijk maakt,

zie o.m. *Microsoft/SIAE*, punten 34-37. Uit punt 55 (juncto punt 36) van dat HvJEU-arrest blijkt dat – anders dan HP c.s. lijkt te willen betogen in punt 19 PA-D/S – een dergelijk stelsel ook in het geval dat wordt aangetoond dat de apparaten of dragers zijn aangeschaft voor duidelijk andere doeleinden dan kopiëren voor privé-gebruik, niet noodzakelijkerwijs een vrijstellingsregeling hoeft te bevatten, als het maar voorziet in een doeltreffend recht op teruggave.

9.12 De Staat c.s. stelt zich op het standpunt dat het in de AMvB's toegepaste stelsel zonder onderscheid gerechtvaardigd is aangezien het ondoenlijk is om heffingen op te leggen aan miljoenen particuliere eindgebruikers (MvA-S onder 5.4.5). Dit laatste is op zichzelf niet (gemotiveerd) betwist door HP c.s. die niettemin meent dat er geen sprake is van praktische moeilijkheden die tot dat stelsel nopen. Zij voert daartoe aan dat het veel meer voor de hand ligt om niet bij de eerste schakel in de handelsketen (de fabrikanten en importeurs) te heffen, maar om dit te doen bij de laatste schakel, te weten de leveranciers aan de eindgebruikers die immers als enigen zicht hebben op de hoedanigheid van de eindgebruikers (punt 173 MvG), waardoor, zo begrijpt het hof de strekking van deze argumentatie, het mogelijk is om de heffing te beperken tot leveringen aan afnemers die voor privé-gebruik kopiëren. De Staat c.s. heeft hier tegen ingebracht dat er dan nog steeds vele duizenden betalingsplichtigen zijn en de incasso dan nog steeds ernstig zou worden bemoeilijkt of zelfs ondoenlijk zou zijn (punt 5.4.5 MvA-S en punt 203 MvA-TK). Nu dit door HP c.s. niet is weersproken en in ieder geval niet is weerlegd, en het er dus voor moet worden gehouden dat het door HP c.s. gepresenteerde alternatief niet werkt, blijft het stelsel zonder onderscheid van de AMvB's nodig om de praktische moeilijkheden bij de incasso en de identificatie van eindgebruikers op te lossen. De in rov. 9.11 genoemde voorwaarde (i) moet daarom als vervuld worden beschouwd.

9.13 In de 2012/2015-AMvB's is niets bepaald over vrijstelling en/of terugbetaling. Een (beleids-)regeling daaromtrent is door TK in het kader van haar incassotaak tot stand gebracht (MvA-TK punt 195; PA-TK punten 29-31; MvA-S punt 5.4.6 en PA-D/S punt 24). Dat, zoals HP c.s. stelt (punt 178 MvG), dit in de AMvB's zelf had moeten gebeuren is niet af te leiden uit *Microsoft/SIAE*, waar HP c.s. zich ter onderbouwing van die stelling op heeft beroepen. Het HvJEU legt het EU-recht uit en beoordeelt daardoor of dit zich verzet tegen een nationale regeling met een bepaalde inhoud, doch laat zich niet in met de vraag hoe een nationale regeling moet worden ingericht en vormgegeven. Voormelde stelling van HP c.s. vindt ook overigens geen steun in het recht en wordt verworpen.

9.14 De tekst van de 2012/2015-AMvB's laat een vrijstellingsregeling en – in ieder geval – een teruggaveregeling toe die aan de doeltreffendheidseis voldoen. Derhalve moeten, gezien RC-Deelregel I, de 2012/2015-AMvB's worden uitgelegd in die zin dat zij dergelijke regelingen bevatten. Ook de in rov. 9.11 genoemde voorwaarde (ii) moet dus als vervuld worden beschouwd.

9.15 Gezien het onder 9.13 en 9.14 overwogene is het in de 2012/2015-AMvB's vervatte stelsel zonder onderscheid gerechtvaardigd te achten.”

2.60 *Subonderdeel 5.1* richt een rechtsklacht tegen rov. 9.11. Een thuishopiéstelsel waarbij de thuishopieheffing zonder onderscheid wordt opgelegd, is alleen verenigbaar met het Unierecht als de betalingsplichtigen zijn vrijgesteld van betaling van deze vergoeding als zij aantonen dat de apparaten in kwestie zijn geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen.

2.61 Dit gaat volgens mij uit van een verkeerd begrip van de Luxemburgse rechtspraak hierover. Het hof heeft terecht overwogen dat een thuishopiéstelsel zonder onderscheid naar type gebruik in overeenstemming kan zijn met de Auteursrechtlijn indien (i) invoering van een dergelijk stelsel gerechtvaardigd is door praktische moeilijkheden en (ii) de betalingsplichtigen beschikken over een recht op terugbetaling dat doeltreffend is en teruggave niet uiterst moeilijk maakt (zie ook hiervoor onder 2.6 en 2.11). Wanneer aan deze twee voorwaarden wordt voldaan – en dat wordt in onze zaak door het hof aangenomen – hoeven betalingsplichtigen niet *vooraf* te worden vrijgesteld van betaling van deze vergoeding.

2.62 HP c.s hebben ter onderbouwing van hun betoog gewezen op het *Microsoft/SGAE* arrest waarin het volgende is overwogen:

“52 In dat verband volstaat het om vast te stellen (...) dat het Hof in zijn arrest van 5 maart 2015, *Copydan Båndkopi* (...) inderdaad heeft overwogen dat het Unierecht niet in de weg staat aan een stelsel van billijke compensatie waarin alleen door eindgebruikers van apparaten of dragers waarvoor de vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik geldt, om terugbetaling van deze vergoeding kan worden verzocht, maar het heeft daaraan toegevoegd dat een dergelijk stelsel enkel verenigbaar is met het Unierecht als de betalingsplichtigen, met inachtneming van het Unierecht, van deze vergoeding zijn vrijgesteld als zij aantonen dat zij de apparaten en dragers in kwestie hebben geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen.”

Deze overweging is toegespitst op het Italiaanse thuishopiéstelsel dat volgens het HvJ EU niet beschikte over een recht op terugbetaling dat doeltreffend was, omdat het recht op terugbetaling uitsluitend toekwam aan de eindgebruiker van de gegevensdrager (zie ook hiervoor onder 2.11). In die zaak werd dus niet aan één van de twee hiervoor in 2.61 genoemde voorwaarden voldaan, waardoor vrijstelling vooraf wel noodzakelijke voorwaarde voor conformiteit met het Unierecht was in het geval door een betalingsplichtige werd aangetoond dat zij de apparaten en dragers in kwestie had geleverd aan andere dan natuurlijke personen die deze duidelijk voor andere doelen dan het kopiëren voor privégebruik aanschaffen⁴².

⁴² Vgl. ook HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2569, AMI 2017/6, m.nt. J.R. Spauwen (*Imation/Staat c.s.*), rov. 3.5.2 en 3.5.3.

Anders dan HP c.s. betogen kan in het *Microsoft/SGAE* arrest volgens mij niet worden gelezen dat een derde voorwaarde is dat een thuishoofdstelsel zelf een vrijstellingsregeling bevat (s.t onder 5.2.3).

De klachten treffen daarom geen doel.

2.63 *Subonderdeel 5.2* richt een rechtsklacht tegen de passage uit rov. 9.13 dat het HvJ EU zich niet inlaat met de vraag hoe een nationale regeling moet worden ingericht en vormgegeven. Uit *Microsoft/SGAE* blijkt immers het tegendeel: daarin is een vrijstellingsregeling in de vorm van overeenkomst-protocollen tussen betalingsplichtigen en de SIAE als ontoereikend beoordeeld.

2.64 Deze enigszins met het vorige subonderdeel samenhangende klacht faalt ook. Met de gewraakte passage heeft het hof kennelijk bedoeld dat uit de Luxemburgse rechtspraak volgt dat de lidstaten een grote mate van vrijheid hebben om de vorm, modaliteiten en het niveau van de billijke compensatie te bepalen en daarbij een ruime beoordelingsmarge hebben, zij het binnen de getrokken kaders als hiervoor verwoord in 2.61 (vgl. ook hiervoor onder 2.6). Anders dan het subonderdeel suggereert is in *Microsoft/SGAE* niet voorgeschreven hoe een thuishoofdstelsel eruit moet zien. Het Luxemburgse hof heeft in die zaak alleen aangegeven dat en waarom het Italiaanse thuishoofdstelsel niet in lijn was met de Auteursrechtlijn.

2.65 *Subonderdeel 5.3* beklagt als onjuist en/of onbegrijpelijk het oordeel in rov. 9.14 dat de tekst van de 2012/2015-AMvB's een vrijstellingsregeling en – in ieder geval – een teruggaveregelingsregeling toelaat die aan de doeltreffendheidseis voldoen en dat die 2012/2015-AMvB's zodoende moeten worden uitgelegd in die zin dat zij dergelijke regelingen bevatten. Zoals het hof in rov. 9.13, eerste volzin, terecht heeft overwogen, “[is] in de 2012/2015-AMvB's niets bepaald over vrijstelling en/of terugbetaling”. Volgens de klacht is evenwel minimumvereiste voor een doeltreffende vrijstellings- en/of teruggaveregelingsregeling dat deze regeling ten minste kenbaar is voor betalingsplichtigen. Een regeling die in werkelijkheid niet bestaat, maar slechts als fictie door het hof wordt aangenomen (‘de AMvB's moeten zo worden uitgelegd dat zij een dergelijke regeling bevatten’), is voor betalingsplichtigen niet kenbaar en daarmee niet doeltreffend, aldus deze klacht.

Subonderdeel 5.4 vervolgt dat voor zover dit oordeel mede geacht moet worden te zijn gebaseerd op de passage uit rov. 9.13 dat “een (beleids-)regeling daaromtrent door TK in het kader van haar incassotaak tot stand [is] gebracht” – dat oordeel dan ontoereikend is gemotiveerd. Naar HP c.s. bij Plta II-D/S, punt 24, hebben gesteld (welke stelling het hof blijkens rov. 9.13 niet is ontgaan), heeft Stichting de ThuisKopie haar beleid sinds 2015 aangepast. Voordien bestond in ieder geval geen dergelijke (beleids-)regeling en was het Nederlandse thuishoofdstelsel hoe dan ook onverenigbaar met Unierecht, zo besluit deze klacht.

2.66 De subonderdelen 5.3 en 5.4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Ik begrijp deze passages uit rov. 9.13 en 9.14 aldus dat het Nederlandse thuiskopiestelsel in de ogen van het hof *als geheel* (waarvan de AMvB's – waar het in deze zaak om gaat – onderdeel uitmaken⁴³) een terugbetalingsregeling omvat die geregeld is in een (beleids-)regeling van Stichting de Thuiskopie. Van een door het hof bedachte fictie is dan ook geen sprake, zodat de klacht uit subonderdeel 5.3 in zoverre feitelijke grondslag mist. Het betoog van HP c.s. dat een terugbetalingsregeling kenbaar in de AMvB's zou moeten staan, kan ook niet worden gevolgd, zoals het hof in rov. 9.13 terecht heeft overwogen. De Luxemburgse rechtspraak schrijft niet voor in welk stuk wetgeving een terugbetalingsregeling moet staan. De klachten van subonderdeel 5.3 stuiten hier naar ik meen op af.

De klacht van subonderdeel 5.4, dat 's hofs oordeel dat door Stichting de Thuiskopie een (beleids)regeling met betrekking tot terugbetaling tot stand is gebracht, ontoereikend is gemotiveerd, faalt alleen al bij gebrek aan belang. In deze procedure gaat het namelijk om de verbindendheid van de AMvB's. Zie in dit verband ook rov. 9.16 waarover in cassatie niet is geklaagd:

“9.16 De stelling van HP c.s., dat de door TK tot stand gebrachte regeling de toets aan de ARI niet kan doorstaan, zeker nu die in de periode voor 2015 niet eens gold voor smartphones, audio-/videospelers, HDD-recorders en settopboxen (punten 176-177 MvG; punten 24 en 25 PA-D/S), kan haar in deze procedure overigens niet baten omdat dit geen manco in de AMvB's zelf oplevert (vgl. punt 5.5.3.4 MvA-S) en uit hetgeen HP c.s. heeft aangevoerd niet is af te leiden dat (laat staan waarom) de Staat aansprakelijk zou zijn voor deze gestelde fout van TK. Opmerking verdient voorts dat HP c.s. aan haar vorderingen niet (voldoende duidelijk) mede ten grondslag heeft gelegd dat TK onrechtmatig heeft gehandeld door haar beweerdelijk ondeugdelijke vrijstellings- en restitutieregeling uit te vaardigen en te handhaven; in de punten 203 e.v. MvG heeft HP c.s. benadrukt dat de tegen TK ingestelde vorderingen V en VI (zie rov. 2.1) uitsluitend berusten op de stelling dat de 2012/2015-AMvB's onrechtmatig zijn.”

2.67 *Subonderdeel 5.5* bevat weer een louter voortbouwende klacht, die zodoende ook niet opgaat in mijn ogen.

Onderdeel 6: strijd met willekeur en zorgvuldigheidsbeginsel

2.68 *Onderdeel 6* is gericht tegen rov. 11.3 en 11.4 (ik citeer voor de leesbaarheid weer iets ruimer):

“Strijd met het willekeurverbod en het zorgvuldigheidsbeginsel

11.1 Thans zijn aan de orde grief 1 van de Staat en de enige grief van TK in de incidentele appellens waarmee wordt opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat de 2012/2013-AMvB's strijdig zijn met het verbod van willekeur.

⁴³ HP c.s. lijken dit niet helder voor te stellen, vgl. ook de st. van de Staat onder 6.21.

11.2 Van willekeur is sprake wanneer de regelgever bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot de regeling in de kwestie heeft kunnen komen. Deze toets op kennelijke onredelijkheid impliceert het bestaan van een ruime (beleids- en/of beoordelings-)vrijheid aan de kant van de regelgever. De rechtbank heeft haar oordeel, dat de Staat het willekeurverbod heeft overtreden, gemotiveerd met de redenering dat de Kroon die eerst had betoogd dat de bij de AMvB's vastgestelde vergoedingen ook betrekking hadden op kopieën uit ongeoorloofde bron, daarna niet meer in redelijkheid het standpunt kon innemen dat diezelfde bedragen een vergoeding inhouden voor uitsluitend kopieën uit geoorloofde bron (zie rov. 2.4). HP c.s. heeft zich hierachter geschaard en in hoger beroep daaraan toegevoegd dat ook de in de 2015-AMvB toegepaste vermindering met 'slechts' 30% (zie rov. 3.1) willekeurig is.

11.3 Nu uit het onder 9.7 en 9.8 overwogene volgt dat de in de 2012/2015-AMvB's opgenomen bedragen ARI-conform zijn, kan niet worden gezegd dat de Staat in redelijkheid niet tot die bedragen heeft kunnen komen (aldus ook TK in punt 76 MvA-TK); met de vaststelling van die bedragen is de Staat gebleven binnen de grenzen van de hem toekomende vrijheid.

11.4 Weliswaar moet met de rechtbank en HP c.s. (o.m. punt 39 MvG) worden vastgesteld dat de Staat in de kwestie 'kopieën uit illegale bron' geen erg consistente lijn heeft gevolgd, doch dit feit kan gelet op het onder 11.3 overwogene niet de daaraan door de rechtbank verbonden gevolgtrekking rechtvaardigen dat het willekeurverbod is overtreden. Het gaat hierbij veeleer om een motiveringsgebrek dat blijkt uit het arrest van de HR van 16 mei 1986 inzake 'Landbouwwliegers' (NJ 1987, 251) op zichzelf niet tot onverbindendheid van de AMvB's kan leiden (zie o.m. MvA-TK punten 310-313). Ook andere door HP c.s. geuite motiveringsklachten (zie bijv. rov. 9.8. *in fine*) kunnen om deze reden niet slagen.

11.5 De in rov. 11.1 genoemde grieven van de Staat c.s. treffen gezien het zojuist overwogene doel: het (Nederlandse en/of Europese) willekeurverbod is niet geschonden. Het beroep van HP c.s. daarop faalt. (...)"

2.69 *Subonderdeel 6.1* voert aan dat het hof in rov. 11.3 en 11.4 niet tot een juist oordeel is gekomen, omdat de Staat niet in redelijkheid tot de 2012/2013 AMvB's heeft kunnen komen. De Staat heeft immers bij de totstandkoming van de 2012/2013 AMvB's betoogd dat de vastgestelde vergoedingen ook betrekking hadden op kopieën uit ongeoorloofde bron (die een substantieel deel van de totale hoeveelheid kopieën uitmaakten) en dat de Staat nu niet meer in redelijkheid het standpunt kan innemen dat diezelfde vergoedingen slechts zien op kopieën uit geoorloofde bron. Daarmee komt de vaststelling van de 2012/2013-AMvB's in strijd met het willekeurverbod, zo *subonderdeel 6.1.3*.

Subonderdeel 6.2 stelt dat het voorgaande temeer klemmt nu de Staat in de nasleep van het arrest van Uw Raad in de zaak *Staat/Norma* met Stichting De Thuis kopie een schikking heeft getroffen waaruit blijkt dat zij het erover eens zijn dat de totale schade in de periode 2007-2012 € 20 miljoen per jaar was (en dus niet € 40 miljoen per jaar, zoals vastgesteld in de AMvB's).

Subonderdelen 6.3 en 6.4 betogen dat de Staat evenmin in redelijkheid tot de 2015-AMvB heeft kunnen komen omdat de Staat al naar gelang het hem uitkomt wisselende

standpunten inneemt ten aanzien van zijn AMvB's en daaronder wisselende grondslagen schuift. Volgens subonderdeel 6.4 getuigt dat van willekeur.

2.70 De klachten van onderdeel 6 zien op het oordeel dat de Staat het willekeursverbod niet heeft geschonden⁴⁴. Over de maatstaf die het hof in rov. 11.2 heeft gegeven wordt niet geklaagd. Uitgangspunt is (daarom) dat er pas sprake is van schending van het willekeursverbod indien een regeling "kennelijk onredelijk" is, hetgeen een ruime vrijheid aan de kant van de regelgever impliceert (rov. 11.2).

2.71 Subonderdeel 6.1 klaagt in wezen dat de in de AMvB's 2012/2013 opgenomen bedragen kennelijk onredelijk zijn omdat de motivering van de Staat voor deze bedragen inconsistent is⁴⁵. Het hof is in rov. 11.4 op dit verwijt ingegaan en heeft daar – in cassatie onbestreden – vastgesteld dat uit rechtspraak van Uw Raad volgt dat een motiveringsgebrek op zichzelf niet tot het onverbindend zijn van AMvB's kan leiden. In het *Landbouwwliegers*-arrest werd door Uw Raad het volgende overwogen⁴⁶:

"6.1 (...) Voorts zullen gebreken in de motivering van het desbetreffende voorschrift of van de bepaling waarop het voorschrift is gegrond op zichzelf niet tot onverbindendheid leiden. Wel zal de motivering mede in aanmerking kunnen worden genomen bij de vraag of dit voorschrift de toetsing aan de boven weergegeven maatstaf kan doorstaan, zoals daarbij ook in aanmerking kan worden genomen of in verband met het voorschrift wellicht aan de daardoor in het gedrang komende belangen is tegemoet gekomen door aan eventuele benadeelden enigerlei vorm van vergoeding toe te kennen."

Nu - in cassatie - uitgangspunt is dat een motiveringsgebrek op zichzelf niet tot onverbindendheid van een AMvB kan leiden⁴⁷, hebben HP c.s. geen belang bij de klacht van subonderdeel 6.1. Een klacht over de (inconsistente) motivering van de bedragen in de AMvB's kan immers niet tot de door HP c.s. in deze zaak gevorderde onverbindendheid van die AMvB's leiden⁴⁸.

2.72 Overigens vind ik het oordeel van het hof in rov. 11.3 niet onbegrijpelijk dat nu de in de AMvB's opgenomen bedragen richtlijnconform zijn, niet kan worden gezegd dat de Staat niet in redelijkheid tot die bedragen heeft kunnen komen. Daarbij acht ik mede van belang

⁴⁴ Anders dan het kopje van onderdeel 6 doet vermoeden zien de klachten niet ook op schending van het zorgvuldigheidsbeginsel waarover het hof in rov. 11.6 e.v. oordeelt. Daartegen zijn geen cassatieklachten gericht.

⁴⁵ Zie bijv. procesinleiding in cassatie onder 6.1.3: "Met het voorgaande is onverenigbaar dat de Staat c.s. *thans* verdedigt dat het € 40 miljoen bruto incassobedrag heeft te gelden als billijke compensatie voor uitsluitend de schade veroorzaakt door thuishopiëren uit *legale* bron (...)."

⁴⁶ HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251, m.nt. M. van Scheltema (*Landbouwwliegers*).

⁴⁷ Ik zie geen reden om de maatstaf uit het *Landbouwwliegers*-arrest aan te passen. Dit wordt in cassatie ook niet aan de orde gesteld.

⁴⁸ Zie in dit verband rov. 3.5 van het bestreden arrest waar het hof – onbestreden – overweegt dat HP c.s. een beroep hebben gedaan op schending van het verbod van willekeur ter onderbouwing van de stelling dat de 2012/2013-AMvB's (en ook de 2015-AMvB) onverbindend zijn.

dat de lat voor het kunnen aannemen van schending van het willekeursverbod heel hoog ligt (zie hiervoor onder 2.70).

2.73 *Subonderdeel 6.2* klaagt in aanvulling op subonderdeel 6.1 naar ik begrijp ook over de door de Staat gegeven motivering van de bedragen in de AMvB's 2012/2013 en faalt daarom eveneens op de hiervoor genoemde gronden.

Overigens mist de klacht van subonderdeel 6.2 ook feitelijke grondslag nu niet vaststaat dat de Staat en Stichting De ThuisKopie het eens zouden zijn dat de totale schade in de periode 2007-2012 € 20 miljoen per jaar was⁴⁹.

2.74 *Subonderdelen 6.3 en 6.4* zien op de AMvB 2015 en klagen dat de Staat ook niet in redelijkheid tot de 2015-AMvB kon komen. HP c.s. voeren daartoe aan dat de Staat ook voor wat betreft deze AMvB steeds wisselende standpunten heeft ingenomen.

2.75 Deze subonderdelen delen naar mij voorkomt op overeenkomstige gronden het lot van de klachten uit subonderdelen 6.1 en 6.2 als hiervoor besproken in 2.71 tot en met 2.73.

3. Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



Advocaat-Generaal

⁴⁹ Zie de s.t. van Stichting De ThuisKopie onder 170 en de s.t. van de Staat onder 7.6 waar wordt opgemerkt dat deze stelling niet opgaat.