

21 september 2012

Eerste Kamer

11/01131

EV/EP

In naam der Koningin

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. ACI ADAM B.V.,
gevestigd te Maastricht,
2. ALPHA INTERNATIONAL B.V.,
gevestigd te Utrecht,
3. AVC NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Haarlemmermeer,
4. B.A.S. COMPUTERS & COMPONENTEN B.V.,
gevestigd te Almere,
5. DESPEC B.V.,
gevestigd te Sneek,
6. DEXXON DATA MEDIA AND STORAGE B.V.,
gevestigd te Bodegraven,
7. FUJI MAGNETICS NEDERLAND,
gevestigd te Kleve, Duitsland,
8. IMATION EUROPE B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
9. MAXELL BENELUX B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
10. PHILIPS CONSUMER ELECTRONICS B.V.,
gevestigd te Eindhoven,
11. SONY BENELUX B.V.,

gevestigd te Badhoevedorp,

12. VERBATIM GmbH,
gevestigd te Eschborn, Duitsland,

EISERESSEN tot cassatie, verweersters in
het voorwaardelijk incidenteel cassatie-
beroep,

advocaat: mr. R.S. Meijer en
 mr. A.M. van Aerde,

t e g e n

1. STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het
voorwaardelijk incidenteel cassatie-
beroep,

advocaat: aanvankelijk mr. R.A.A. Duk en
 mr. P.A. Ruig, thans mr. T. Cohen Jehoram,

2. STICHTING ONDERHANDELINGEN THUISKOPIE
VERGOEDING,
gevestigd te 's-Gravenhage,

VERWEERSTER in cassatie,

niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ACI c.s.,
Thuiskopie en SONT.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 246698/HA ZA 05-2233 van de rechtbank te 's-Gravenhage van 25 juni 2008;
- b. het arrest in de zaak 200.018.226/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 15 november 2010.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben ACI c.s. beroep in cassatie ingesteld. Thuiskopie heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Tegen SONT is verstek verleend.

De advocaat van Thuiskopie heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van eiseressen sub 4, 10 en 11 en overigens tot verwerping. ACI c.s. hebben

geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel beroep.

De zaak is voor ACI c.s. toegelicht door mr. A.M. van Aerde en mr. Y.A. Wehrmeijer, beiden advocaat bij de Hoge Raad en voor Thuiskopie door mr. T. Cohen Jehoram en mr. V. Rörsch, beiden advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt ertoe dat de Hoge Raad het geding schorst en vragen van uitleg als voorgesteld in de alinea's 102 en 126 van de conclusie voorlegt aan het Europees Hof van Justitie.

De advocaat van ACI c.s. heeft bij brief van 25 mei 2012 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep van eiseressen 4, 10 en 11

3.1 Thuiskopie beroept zich op niet-ontvankelijkheid in haar beroep van eiseres onder 4, B.A.S. Computers & Componenten B.V. gevestigd te Almere, aangezien deze partij in appel geen procespartij is geweest en als zodanig voor het eerst in deze procedure optreedt.

3.2 Dit verweer wordt verworpen aangezien, zoals door ACI c.s. in haar akte van 1 juli 2010 in hoger

beroep is gesteld, Nashua Media Products B.V. is overgenomen door B.A.S. Distributie B.V. en deze, als overnemende partij, in hoger beroep de plaats van Nashua Media Products B.V. heeft ingenomen, waartegen door ThuisKopie geen bezwaar is gemaakt. B.A.S. Distributie B.V. is, zo blijkt uit de - door ThuisKopie niet betwiste - reactie van ACI c.s. op het ontvankelijkheidsverweer, een handelsnaam van B.A.S. Computers en Componenten B.V.

3.3 Voorts beroept ThuisKopie zich op de niet-ontvankelijkheid in haar beroep van eiseressen onder 10, Philips Consumer Electronics B.V. gevestigd te Eindhoven en onder 11, Sony Benelux B.V. gevestigd te Badhoevedorp. ThuisKopie heeft ten aanzien van dit ontvankelijkheidsverweer aangevoerd dat de onder 10 en 11 genoemde rechtspersonen niet bestaan nu zij beide niet als zodanig in het Handelsregister voorkomen en over eventuele rechtsopvolgers geen duidelijkheid bestaat.

3.4 Wat betreft Philips Consumer Electronics B.V. heeft te gelden dat zij onder deze naam ook in appel is opgetreden en dat - zoals ACI c.s. met ondersteuning van gegevens uit het Handelsregister hebben aangevoerd - deze

rechtspersoon na een fusie, waarbij zij de verkrijgende rechtspersoon was, thans onder de naam Philips Consumer Lifestyle B.V. optreedt. Een als gevolg van een fusie niet meer bestaande rechtspersoon kan geen rechtsmiddel instellen (HR 9 januari 2004, LJN AN7324, NJ 2005/222), maar dat geval doet zich niet voor ten aanzien van de rechtspersoon die bij de fusie moet worden aangemerkt als de verkrijgende rechtspersoon. Overeenkomstig het bepaalde in art. 2:311 lid 1 BW blijft de verkrijgende rechtspersoon na een fusie bestaan. Nu ThuisKopie geen aanleiding had te betwijfelen dat met de in de cassatiedagvaarding gebruikte benaming de onder die naam ook in appel opgetreden procespartij werd aangeduid, staat een en ander noch aan ontvankelijkheid in cassatie noch aan het verbeteren van de aanduiding van de partij in de weg.

3.5 Anders is het gesteld met Sony Benelux B.V. Nu uit de door ACI c.s. bij haar conclusie van antwoord als bijlage 3 overgelegde gegevens uit het Handelsregister blijkt dat deze rechtspersoon op 1 oktober 2010, derhalve voordat de cassatiedagvaarding was uitgebracht, door fusie is opgegaan in Sony Europe Ltd, een rechtspersoon naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, die als

verkrijgende vennootschap heeft te gelden, bestond Sony Benelux B.V. niet langer en kon zij, gelet op het hiervoor in 3.4 aangehaalde arrest, geen cassatieberoep meer instellen. Zij kan dus in haar beroep niet worden ontvangen, noch kan na het verstrijken van de cassatietermijn Sony Europe Ltd. in haar plaats worden gesteld.

4. Uitgangspunten in cassatie

4.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Art. 1 van de Auteurswet (hierna: Aw) kent aan de maker (of diens rechtverkrijgenden) van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst het uitsluitende recht toe (onder meer) dit werk te verveelvoudigen, behoudens beperkingen bij de wet gesteld. Dit recht wordt hierna aangeduid als het reproductierecht.

(ii) Art. 16c lid 1 Aw behelst een beperking op het reproductierecht die inhoudt, dat niet als inbreuk op het auteursrecht van de maker van het desbetreffende werk wordt beschouwd

"het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt",

(iii) Lid 2 van art. 16c Aw bepaalt:

"Voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid."

De in art. 16c lid 1 Aw neergelegde beperking wordt hierna aangeduid als de thuiskopieregeling, de in lid 2 genoemde billijke vergoeding ook wel als de thuiskopievergoeding.

(iv) ACI c.s. zijn importeurs en/of fabrikanten van 'voorwerpen' als bedoeld in art. 16c lid 2; als zodanig zijn aangewezen lege of blanco informatiedragers zoals CD's en CD-R's.

(v) De thuiskopievergoeding moet door de fabrikanten of importeurs worden betaald aan Thuiskopie, die de ingevolge art. 16d Aw aangewezen rechtspersoon is die met de inning en verdeling van de vergoedingen is belast.

(vi) SONT is de op de voet van art. 16e Aw door de minister aangewezen stichting die de hoogte van de thuiskopievergoeding vaststelt.

4.2 ACI c.s. vorderen in dit geding, kort gezegd en voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de in art. 16c Aw bedoelde billijke vergoeding

uitsluitend is bedoeld om het nadeel te compenseren dat rechthebbenden ondervinden van reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van art. 16c lid 1 Aw vallen en dat bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met schade die het gevolg is van kopiëren uit een illegale - dat wil zeggen: met schending van auteursrecht tot stand gekomen - bron. De rechtbank heeft de vordering in zoverre afgewezen.

4.3 Het hof heeft voor recht verklaard, voor zover in cassatie van belang, dat de in art. 16c Aw genoemde billijke vergoeding uitsluitend bedoeld is het nadeel - te verstaan als: de door de desbetreffende kopieerhandeling gederfde licentievergoeding - te compenseren dat de rechthebbenden ondervinden van de reproductiehandelingen die binnen het toepassingsbereik van art. 16c Aw vallen.

4.4 Het hof heeft daartoe, samengevat, het volgende overwogen.

De regeling van de thuiskopievergoeding is na de totstandkoming van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 - hierna: de

Auteursrechtlijn, afgekort als: ARTl - aan die richtlijn aangepast (rov. 2.4).

De in art. 5 lid 2 onder b ARTl bedoelde billijke compensatie - hierna ook: fair compensation - is, naar het HvJEU heeft beslist in zijn arrest van 21 oktober 2010, C-467/08, LJN BO3185, NJ 2011/509 (Padawan), een geharmoniseerd begrip dat in alle lidstaten die de beperking van art. 5 lid 2 in hun wetgeving hebben opgenomen, eenvormig moet worden uitgelegd, en is alleen bedoeld ter compensatie van het nadeel dat de rechthebbende lijdt als gevolg van het feit dat hij zijn auteursrecht niet kan uitoefenen met betrekking tot de in het artikel genoemde handelingen. Dat geldt ook voor de thuiskopievergoeding van art. 16c lid 2 Aw. Met betrekking tot buiten het bereik van art. 5 lid 2 ARTl en art. 16c lid 1 Aw vallende reproductiehandelingen blijft het verbodsrecht van de auteursrechthebbende in stand. (rov. 3.1-3.2)

Indien moet worden aangenomen dat het maken van privékopieën uit illegale bron niet valt binnen de reikwijdte van art. 5 lid 2 ARTl en art. 16c lid 1 Aw, dient bij de bepaling van de hoogte van de thuiskopievergoeding met dat gebruik geen rekening te worden gehouden (rov. 7.8).

Art. 5 lid 2, aanhef en onder b, ARTl maakt geen onderscheid naar de bron waaruit het te kopiëren werk wordt verkregen. Er kan daarom alleen sprake zijn van strijd met de ARTl indien het downloaden uit illegale bron in strijd moet worden geacht met de in art. 5 lid 5 ARTl neergelegde zogeheten 'driestappentoets' (rov. 7.11).

Ook de tekst van art. 16c Aw bepaalt niets over de al dan niet toelaatbaarheid van reproduceren uit illegale bron. Maar blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de wet tot implementatie van de ARTl moet art. 16c aldus worden uitgelegd dat het kopiëren uit illegale bron toestaat en dat zulks naar de opvatting van de wetgever in overeenstemming is met de ARTl. Aan die opvatting lag kennelijk de overweging ten grondslag dat, zolang technische voorzieningen nog niet in voldoende mate beschikbaar zijn om het maken van ongeoorloofde privékopieën tegen te gaan, het verbodsrecht in de praktijk niet te handhaven is en de belangen van de rechthebbenden daarom beter gediend zijn met een systeem waarin het downloaden uit illegale bron is toegestaan omdat dat een aanspraak op thuiskopievergoeding meebrengt en hun belangen daarom niet onredelijk worden geschaad in de zin van art. 5 lid 5 ARTl. (rov. 7.12-7.13)

Weliswaar brengt dit systeem mee dat het illegaal uploaden wordt gestimuleerd en de rechthebbenden worden benadeeld, maar het is niet uitgesloten dat het toestaan van downloaden uit illegale bron toch niet strijdt met de (derde stap van de) driestappentoets, als daarvoor een afweging van alle omstandigheden nodig is, waaronder de omstandigheid dat het verbod op downloaden uit illegale bron (thans nog) niet te handhaven is, in welk geval de ruime strekking van art. 16c Aw richtlijnconform is (rov. 7.14). Mocht de driestappentoets zich wel verzetten tegen het toestaan van downloaden uit illegale bron, dan is de afstand tussen hetgeen de ARTl voorschrijft en het Nederlandse recht zo groot, dat, gelet op de eisen van rechtszekerheid, de grens van de mogelijkheid van richtlijnconforme uitleg is bereikt (rov. 7.15-7.16). Daarom bestaat geen belang bij het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU omtrent de uitleg van art. 5 lid 2 ARTl.

5. Beoordeling van de middelen in het principale en in het incidentele beroep

5.1.1 Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, ziet de Hoge Raad aanleiding de middelen in beide beroepen gelijktijdig te behandelen. Onderdeel II van het middel in het principale beroep is gericht tegen

rov. 7.15 in verbinding met het slot van rov. 7.12. Het hof heeft daarin geoordeeld dat, ook indien de door de regering gegeven uitleg van art. 16c Aw - inhoudende dat die bepaling ook het privé-kopiëren uit illegale bron en het mede hiervoor opleggen van een billijke vergoeding toestaat - in strijd is met art. 5 lid 5 van de ART1, zulks niet afdoet aan de geldigheid van die uitleg omdat, gelet op de uitlatingen van de regering bij de totstandkoming van de implementatiewet, de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze in het gedrang zou komen wanneer art. 16c Aw in daarvan afwijkende zin zou worden uitgelegd. Het onderdeel klaagt, zakelijk weergegeven, dat het hof aldus de grenzen van de richtlijnconforme wetsuitleg heeft miskend, nu de tekst van art. 16c Aw zich niet verzet tegen een richtlijnconforme uitleg indien art. 5 lid 2 ART1 zou inhouden dat het privé-kopiëren uit illegale bron en het mede hiervoor opleggen van een billijke vergoeding niet is toegestaan.

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 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 Auteursrechtlijn, 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 ARt1 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. Het onderdeel treft dus doel.

5.2.1 Het vorenstaande brengt mee dat het hof niet in het midden mocht laten welke van de twee door partijen

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

Onderdeel I.1.3 klaagt dat het hof in rov. 7.11 een te eenzijdige grammaticale uitleg van de tekst van art. 5 lid 2 onder b ARTl hanteert door te overwegen dat

uit het ontbreken van een expliciet onderscheid tussen de kopie uit legale en illegale bron is af te leiden dat alleen het bepaalde in lid 5 (de driestappentoets) zou kunnen leiden tot een uitsluiting van de exceptie met betrekking tot de illegale thuiskopie.

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

5.2.2 Onderdeel I.1 stelt aldus een vraag van uitleg van de Auteursrechtlijn aan de orde die in de rechtspraak van het HvJEU tot dusverre geen beantwoording heeft gevonden. De Hoge Raad zal daarom aan dat Hof de hierna te vermelden prejudiciële vraag voorleggen.

5.3 In afwachting van de beantwoording van die vraag behoeven de overige klachten van onderdeel I geen behandeling, behoudens het hierna aan de orde te stellen onderdeel I.3.

5.4.1 Het middel in het incidentele beroep - waarvan thans nog niet kan worden vastgesteld of aan de voorwaarde waaronder het is voorgesteld, is voldaan - klaagt dat het hof (met name in rov. 3.2 en 7.8) tot uitgangspunt heeft genomen dat bij het bepalen van de billijke vergoeding geen rekening mag worden gehouden met het kopiëren uit illegale bron indien dat reproduceren niet valt onder de beperking van art. 5 lid 2, aanhef en onder b, ART1 en art. 16c lid 1 Aw. Het betoogt dat het hof miskent dat met de invoering van art. 16c Aw expliciet is bedoeld geen onderscheid te maken tussen kopieën gemaakt uit legale en illegale bron. Dat is geschied, kort gezegd, omdat het moeilijk (zo niet onmogelijk) is vast te stellen tot welke categorie een kopie behoort en het verbodsrecht ter zake van privé-kopiëren in de praktijk niet te handhaven valt, terwijl de rechthebbenden anders geen vergoeding zouden ontvangen voor de illegale openbaarmaking, noch voor de daarvan gemaakte privékopieën (onderdeel 5.3). Geklaagd wordt dat het hof aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat de thuiskopievergoeding slechts is verschuldigd voor reproductiehandelingen die op grond van art. 16c lid 1 Aw niet als auteursrechtinbreuk zijn aan te merken (onderdeel 5.4 en 5.9). Het middel betoogt dat de

driestappentoets onder (bijzondere) omstandigheden kan meebrengen dat bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van de billijke vergoeding rekening mag worden gehouden met het privé-kopiëren uit illegale bron, nu (althans in cassatie) tot uitgangspunt dient dat die vorm van reproduceren een belangrijke en in de praktijk niet te bestrijden schadecomponent vormt, waarvan de rechthebbenden, als gevolg van de grote omvang waarin dat plaatsvindt, grote economische nadelen ondervinden (onderdeel 5.5). Het oordeel van het hof is daardoor ook onverenigbaar met het doel dat met de invoering van de fair compensation is beoogd en de verplichting om bij de vaststelling van het niveau van de fair compensation rekening te houden met het vermoedelijke privégebruik, een en ander als beslist in het hiervoor in 4.4 genoemde Padawan-arrest (onderdeel 5.7).

5.4.2 Het middel stelt daarmee de vraag aan de orde of de Auteursrechtlijn aan de nationale wetgever de ruimte laat een thuiskopievergoedingsregeling in het leven te roepen die ook geldt voor privé-kopiëren dat niet onder de beperking valt die de lidstaten ingevolge art. 5 lid 2, aanhef en onder b, ARTI in hun wetgeving

mogen opnemen en dat dus auteursrechtinbreuk oplevert en als zodanig onderworpen is aan het verbodsrecht van de rechthebbenden. Het is zeer wel denkbaar dat het antwoord op die vraag bevestigend luidt, nu het enkele toekennen van een aanspraak op een fair compensation voor inbreukmakende handelingen niet meebrengt dat die handelingen (alsnog) toegestaan worden, terwijl met een door de rechthebbende ontvangen vergoeding rekening kan worden gehouden bij de vaststelling van de door hem als gevolg van de inbreukmakende kopieën geleden schade, indien het tot een schadeprocedure komt.

5.4.3 Het is denkbaar dat het antwoord op de hiervoor in 5.4.2 vermelde vraag - ingevolge de werking van de driestappentoets - afhankelijk is van het bestaan van technische mogelijkheden die de rechthebbenden in de toekomst wellicht ten dienste zullen staan om het illegaal vervaardigen van privékopieën effectief te verhinderen of te bestrijden.

5.4.4 Hierbij dient voorts betrokken te worden onderdeel I.3 van het principale middel, voor zover dat klaagt over verkeerde toepassing van de in het vijfde lid van art. 5 ART1 neergelegde driestappentoets, doordat het hof

in rov. 7.14 miskent dat de driestappentoets slechts aanleiding kan vormen om een wettelijke beperking terug te dringen - dus om het uitgangspunt van exclusiviteit te herstellen - en niet om het recht verder te beperken en een kopieerhandeling die een illegale inbreuk vormt op het exclusieve reproductierecht te legitimeren door haar onder de uitzondering te brengen.

5.4.5 Ook de in 5.4.1-5.4.4 behandelde klachten stellen vragen van uitleg van de Auteursrechtlijn aan de orde waarover het HvJEU zich nog niet heeft uitgesproken. Ook daaromtrent zal de Hoge Raad het HvJEU daarom prejudiciële vragen stellen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het bij de fair compensation om een door de Auteursrechtlijn geharmoniseerd begrip gaat (Padawan-arrest nr. 37).

5.5 Thuis kopie maakt in cassatie aanspraak op vergoeding van de volledige proceskosten op de voet van art. 1019h Rv. ACI c.s. menen dat Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 (hierna: de Handhavingsrichtlijn), waarop art. 1019h Rv is gebaseerd, in deze toepassing mist. De aanspraken van Thuis kopie die de inzet van dit geding vormen,

lijken niet voort te vloeien uit 'inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten' als bedoeld in art. 2 lid 1 Handhavingsrichtlijn. Maar de handhaving van die aanspraken door Thuis kopie kan mogelijk wel worden bestempeld als een vorm van handhaving van dergelijke rechten. Bovendien kan sprake zijn van handhaving tegen inbreuk bij aanvaarding van het hiervoor in 5.4.2 overwogene. Daarom zal ook over deze vraag van uitleg van de Handhavingsrichtlijn, die in de rechtspraak van het HvJEU nog geen beantwoording heeft gevonden, het oordeel van dat Hof worden gevraagd.

6. Omschrijving van de feiten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 4.1 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan. Voorts dient tot uitgangspunt dat het reproduceren in de privésfeer uit illegale bron op grote schaal plaatsvindt en dat rechthebbenden daarvan een aanmerkelijk nadeel ondervinden.

7. Vragen van uitleg

1. Dient art. 5 lid 2, aanhef en onder b - al dan niet in verbinding met art. 5 lid 5 - Auteursrecht richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de daar bedoelde beperking

van het auteursrecht geldt voor aan de in dat artikel vermelde eisen beantwoordende reproducties, ongeacht of de exemplaren van het werk waaraan die reproducties zijn ontleend, rechtmatig - dat wil zeggen: zonder schending van de auteursrechten van de rechthebbenden - ter beschikking zijn gekomen van de betrokken natuurlijke persoon, of geldt die beperking slechts voor reproducties die zijn ontleend aan exemplaren die zonder auteursrechtinbreuk aan de betrokken persoon ter beschikking zijn gekomen?

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

b. Indien het antwoord op vraag 1 luidt als aan het slot daarvan vermeld, is dan een regel van nationaal recht die ertoe strekt dat ter zake van reproducties, door een natuurlijke persoon voor privégebruik gemaakt en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, een billijke vergoeding verschuldigd is, ongeacht of de vervaardiging van die reproducties ingevolge art. 5 lid 2

Auteursrechtlijn geoorloofd is - en zonder dat die regel afbreuk doet aan het verbodsrecht van de rechthebbende en diens aanspraak op schadevergoeding - strijdig met art. 5 Auteursrechtlijn, dan wel met enige andere regel van Europees recht?

Is voor de beantwoording van deze vraag, in het licht van de 'driestappentoets' van art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn, van belang dat technische voorzieningen om het maken van ongeoorloofde privékopieën tegen te gaan (nog) niet beschikbaar zijn?

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

compensation, verklaringen voor recht geeft ten laste van de bedoelde organisatie, die zich daartegen verweert?

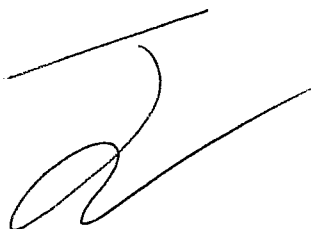
8. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de onder 7 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is vastgesteld op 30 augustus 2012 en gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren J.C. van Oven, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser en M.A. Loth, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer J.C. van Oven op 21 september 2012.



J.C. van Oven

