

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/02270
Zitting 27 oktober 2023

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurseem

In de zaak

Stichting De Thuis kopie

tegen

1. HP Nederland B.V.
2. Dell B.V.
3. Stichting Overlegorgaan Blanco Informatiedragers

Partijen worden hierna verkort aangeduid als Thuiskopie respectievelijk HP, Dell en Stobi. Verweersters gezamenlijk worden aangeduid als HP c.s.

Deze auteursrechtzaak ziet op de thuiskopieregeling van art. 16c Auteurswet (Aw) en de vraag of smartphones, pc's en laptops kunnen worden onderworpen aan de thuiskopieheffing voor het maken van 'offline streaming copies', ook wel 'tethered downloads' genoemd, van auteursrechtelijk beschermde werken. Dat zijn kopieën van werken die door aanbieders van betaalde streamingdiensten zoals Spotify op verzoek van een gebruiker van de dienst (de abonnee) worden opgeslagen op een gegevensdrager, zodat de gebruiker die werken ook *offline* kan afspelen. De Haagse rechtbank oordeelde dat offline streaming copies niet als thuiskopie kwalificeren volgens art. 16c lid 1 Aw. Het Haagse Hof heeft daarentegen geoordeeld dat kopieën die een professionele/commerciële opdrachtnemer voor een natuurlijk persoon maakt niet onder de thuiskopieregeling van art. 16c Aw vallen en dat offline streaming copies dergelijke opdracht kopieën zijn, zodat zij niet kunnen worden verdisconteerd in de thuiskopieheffing. Thuiskopie klaagt in cassatie over het oordeel dat offline streaming copies niet kwalificeren als thuiskopieën volgens art. 16c Aw¹ (onderdelen 1-2) en dat een onbegrijpelijk oordeel is gegeven over het makerschap van de offline streaming copy (onderdeel 3) en een onjuist en onbegrijpelijk oordeel over het andere karakter van zo'n kopie (onderdeel 4) Onderdeel 5 klaagt over het oordeel dat de rechthebbende betaling ontvangt voor offline streaming copies en onderdeel 6 is een veegklacht. De positie van Thuiskopie is heel kort gezegd dat het offline streaming proces geen commerciële opdracht kopie is, maar het door de gebruiker van die dienst benutten van een faciliteit die de commerciële dienstverlener verschaft aan de gebruiker om zelf die offline kopie te maken. De vraag of de hofuitleg van art. 16c Aw en het oordeel dat offline streaming copies geen thuiskopieën zijn verenigbaar zijn met art. 5 lid 2 sub b Auteursrecht richtlijn (ArI), waarvan art. 16c Aw de implementatie vormt, lijkt mij, ondanks tamelijk overvloedige jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJEU) over deze richtlijn bepaling, geen *acte éclairé*, maar mogelijk wel een *acte clair*. Omdat hierover gerede twijfel mogelijk is, concludeer ik zekerheidshalve tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU. Deze zaak hangt samen met zaak 22/02230, waarin SONT in cassatie komt tegen hetzelfde hofarrest als in de onderhavige zaak en waarin ik vandaag overeenkomstig concludeer. Onderdeel 1 van het cassatiemiddel van Thuiskopie komt overeen met onderdeel 2 van het middel van SONT (offline streaming copies zijn wel thuiskopieën in de zin van art. 16c Aw), terwijl onderdelen 2 en 3 van Thuiskopie ook congrueren met onderdeel 2 van SONT, met dien verstande dat subonderdeel 2.4 van SONT meer algemeen klaagt dat offline streaming copies niet mogen worden uitgesloten op grond van de Auteursrecht richtlijn, terwijl subonderdelen 2.3 en 2.4 van het Thuiskopie beroep het oordeel in rov. 4.7 aanvallen dat de gestelde extra eis dat geen sprake mag zijn van commerciële opdracht kopieën aansluit bij tekst en doelstelling van de Auteursrecht richtlijn. Onderdeel 4 van Thuiskopie over rov. 4.11 is vergelijkbaar met onderdeel 3 van SONT en onderdeel 5 van Thuiskopie over rov. 4.1 ontbreekt in het middel van Sont, zoals onderdeel 1 van SONT (grenzen rechtsstrijd) ontbreekt in het middel van Thuiskopie. De cassatieberoepen in beide zaken stemmen zodoende in sterke mate overeen.

¹ De aanleiding voor deze zaak is overigens het SONT-besluit uit 2018. Inmiddels is er een nieuw SONT-besluit voor 2023-2024 waarin 'offline streaming copies' n.a.v. het bestreden hof-arrest *niet* meer zijn meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding, zie Stcrt. 2022, nr. 30241.

1. Feiten²

- 1.1 HP en Dell zijn producenten van ICT-apparatuur zoals pc's, laptops en smartphones.
- 1.2 Stobi behartigt de belangen van alle partijen (fabrikanten, importeurs, distributeurs en agenten) die geraakt worden door de heffing van de thuiskopievergoeding op 'blanco informatiedragers' (voorwerpen die bestemd zijn om beelden, geluid of informatie op vast te leggen, zoals USB-sticks).
- 1.3 Thuiskopie is krachtens artikel 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuiskopievergoeding.
- 1.4 Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (hierna: 'SONT')³ is op grond van art. 16e Aw belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. In SONT zijn (organisaties van) rechthebbenden en betalingsplichtigen vertegenwoordigd. De rechthebbenden worden vertegenwoordigd door Thuiskopie, de betalingsplichtigen door Stobi en FIAR (de Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied). Het bestuur van SONT is zodanig vastgesteld dat belangen van de rechthebbenden en de betalingsplichtigen op evenwichtige wijze zijn vertegenwoordigd (zie art. 16e Aw). Dit bestuur heeft een door de minister benoemde voorzitter.
- 1.5 Tijdens de vergadering van SONT van 30 augustus 2017 is het SONT-besluit 2018 aangenomen. Daarin heeft SONT de voorwerpen en tarieven van de thuiskopievergoeding vastgesteld voor de periode van 1 januari 2018 tot en met 31 december 2020.
- 1.6 In het SONT-besluit 2018 zijn – naar blijkt uit de daarin opgenomen tabellen 1 en 3 – als voorwerpen van de thuiskopievergoeding onder meer aangewezen (met daarachter de tarieven voor achtereenvolgens de periode 2015-2017 en de periode 2018-2020):

<i>PC/Laptop/notebook/server/mediacenter</i>	€ 3,50	€ 2,60
<i>Tablet</i>	€ 3,50	€ 2,60
<i>Smartphone/Telefoon met MP3-speler</i>	€ 3,50	€ 4,70
<i>USB Sticks</i>	€ -	€ 0,60

In tabel 2 '*Als vergoedingsplichtig mee te nemen herkomstcategorieën*' staan als voor het SONT-besluit 2018 mee te nemen herkomstcategorieën onder meer vermeld:

betaalde download streaming dienst

Onder het kopje '*Cloud*' is in het SONT-besluit 2018 het volgende vermeld:

Uit het Kantaronderzoek blijkt voorts dat de thuiskopieplichtige werken in toenemende mate in de cloud worden opgeslagen (personal lockers). Cloudopslag wordt met name gebruikt in combinatie met de PC/laptop, tablet en smartphone, waarbij gebruikers de cloud vooral gebruiken als backup-medium en bestanden automatisch laten synchroniseren. Gelet op de omvang van het thuiskopiëren op personal lockers in de cloud is er aanleiding om hiervoor een vergoeding te introduceren. De vergoeding is verwerkt in de tarieven van voorwerpen die hiervoor met name gebruikt worden. Hoewel de kopie wordt vastgelegd op de server van de clouddienst zijn het hoofdzakelijk deze voorwerpen waarmee de consument toegang heeft tot de cloud en de kopie maakt. In het Copydan-arrest heeft het Hof van Justitie van de EU bevestigd dat de richtlijn

² De feiten zijn ontleend aan het bestreden arrest: Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2289, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power, Computerrecht 2023/118 m.nt. J. van Helden en M de Wijs, rov. 1.7 t/m 1.13.

³ SONT is als gezegd eiseres in cassatie in de samenhangende zaak 22/02230 tegen hetzelfde bestreden arrest.

Auteursrecht zich niet verzet tegen een regeling die voorziet in een billijke compensatie voor reproducties van beschermde werken die een natuurlijke persoon vervaardigt vanaf of met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.

1.7 Tijdens de vergadering van de SONT van 15 februari 2018 is (het voorstel tot) het SONT-besluit 2018 opnieuw in stemming gebracht en met een meerderheid van één stem aangenomen.

2. Procesverloop⁴

2.1 HP c.s. hebben in eerste aanleg in een procedure tegen SONT en Stichting De Thuis kopie gevorderd:

- I. voor recht te verklaren dat geen billijke compensatie zoals genoemd in artikel 5 lid 2 b) Arl en artikel 16c Aw verschuldigd is voor *offline streaming copies*;
- II. voor recht te verklaren dat hardware media waarmee toegang gekregen kan worden tot (back up) kopieën die elders (bij een aanbieder in de cloud) zijn opgeslagen, niet belast worden met een heffing ter compensatie van beweerdelijke schade, die zou zijn veroorzaakt door de eerder bedoelde elders opgeslagen kopie;
- III. het SONT-besluit 2018 te vernietigen.

2.2 In het vonnis van 18 september 2019 heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen, onder veroordeling van HP c.s. in de proceskosten⁵.

2.3 HP c.s. zijn in hoger beroep gekomen tegen het vonnis en hebben grief 1 gericht tegen de afwijzing van vordering I en grief 2 tegen de afwijzing van vordering II.

2.4 SONT en Stichting De Thuis kopie hebben – in eerste aanleg en hoger beroep – aangegeven elkaars verweren over te nemen, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

2.5 Het hof heeft het vonnis in eerste aanleg vernietigd en voor recht verklaard dat geen billijke compensatie ex art. 16c Aw verschuldigd is voor offline streaming copies/tethered downloads, en het meer of anders gevorderde afgewezen. Het hof heeft daartoe, voor zover in cassatie relevant, het volgende overwogen:

“4. Vordering I: offline streaming copies/tethered downloads

4.1 Bij de in vordering I bedoelde *offline streaming copies* gaat het om *downloads/copies* die offline (buiten internet om, dus op het apparaat zelf) beschikbaar worden gesteld in het kader van een betaalde streamingdienst, meer in het bijzonder een streamingdienst die zich erdoor kenmerkt dat de aanbieder van die dienst de zeggenschap over het voortbestaan van de kopie behoudt, de gebruiker deze niet verder kan gebruiken en dat de rechthebbende wordt betaald. Het voordeel van deze faciliteit is dat de abonnee van een betaalde streamingdienst (bijvoorbeeld Spotify) deze gedownloade *copies* ook kan afspelen wanneer er geen internettoegang is. Streamen is namelijk alleen mogelijk bij internettoegang. In het SONT-besluit 2018 zijn *offline streaming copies* aangeduid als: *‘betaalde downloads streaming dienst’* (zie o.m. punt 17 ID en punt 4.1 CvA-S). In hoger beroep zijn partijen deze downloads *‘tethered downloads’* gaan noemen, en het hof zal deze term overnemen. De aanbieder van de streamingsdienst die *tethered downloads* mogelijk maakt zal hierna de ‘aanbieder’ worden genoemd, de gebruiker van die dienst, doorgaans een natuurlijke persoon/particulier, zal ook worden aangeduid als: de ‘gebruiker’.

4.2 In het kader van haar grief 1 heeft HP c.s. betoogd dat een *tethered download* niet een ‘thuis kopie’ is, dus niet een kopie die door een natuurlijke persoon voor een louter persoonlijk doeleinde wordt gemaakt, zie de punten 18-20 MvG. Ter onderbouwing van dit betoog heeft HP

⁴ Het procesverloop is gedeeltelijk ontleend aan het bestreden arrest, rov. 2.1-3.3.

⁵ Rb. Den Haag 18 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9876.

c.s. het volgende gesteld over de gang van zaken in het geval de gebruiker gebruik maakt van de *tethered download*-faciliteit binnen zijn betaalde streaming-abonnement (zie de punten 4, 8, 9, 19 en 20 MvG):

- a) de *tethered download* wordt aangeboden als integraal onderdeel van de abonnementsdienst van de aanbieder, zodat de aanbieder daar een commercieel doel mee heeft;
- b) de gebruiker geeft – door te drukken op de knop ‘download’ – aan welke downloadbare werken (muziek, films, kortweg ‘content’) hij *offline* als *tethered downloads* ter beschikking wil hebben;
- c) de aanbieder plaatst de door de gebruiker aangegeven content op een speciaal door hem geselecteerd deel van het geheugen van de *device* (bijvoorbeeld een smartphone) van de gebruiker, die dat deel aan de aanbieder ter beschikking heeft gesteld. De gebruiker bepaalt de opslaglocatie niet en heeft daarin zelf geen enkele keuzevrijheid of bewegingsruimte. Hij kan de content ook niet ergens anders neerzetten;
- d) de aanbieder slaat de content op in een door hem bepaalde encryptie methode, en alleen hij kan de content decrypten;
- e) de content blijft door technische beschermingsmaatregelen binnen de streamingfaciliteit; de gebruiker kan deze niet overdragen naar een ander medium;
- f) na verloop van tijd (bij het eindigen van het abonnement, in andere door de gebruikersvoorwaarden bestreken gevallen en indien de rechthebbende de toestemming intrekt), wordt de op de *device* van de gebruiker opgeslagen content automatisch verwijderd.

Deze feitelijke stellingen zijn door SONT c.s. niet betwist (zie o.m. punt 3.17 en 3.19 e.v. MvA-S en punt 31 MvA-T), zodat zij als vaststaand worden beschouwd.

4.3 Op de zitting van 10 mei 2021 heeft HP c.s. (in punt 31 PA-H) – ter uitwerking van haar betoog dat een *tethered download* niet een thuiskopie is omdat deze niet door een natuurlijk persoon voor een persoonlijk doel wordt gemaakt, maar door een aanbieder [lees: aanbieder, A-G] met een commercieel doel (zie punt 20 MvG) – aangevoerd dat er sprake is van inmenging van de aanbieder die een commercieel oogmerk heeft, en dat daarom die reproductie buiten het bereik van artikel 16c Aw valt. Daaraan heeft zij, in punt 32 PA-H en naar aanleiding van een vraag van het hof, toegevoegd dat een aanbieder als Spotify de kopie in opdracht van de gebruiker maakt.

4.4 In artikel 16b lid 1 Aw, dat ziet op traditionele vormen van reproduceren zoals overschrijven en fotokopiëren, is bepaald dat van een privé-kopie niet alleen sprake is als een natuurlijke persoon die voor zijn eigen gebruik bestemde kopie zelf vervaardigt, maar ook als hij een ander de opdracht tot vervaardiging daarvan geeft. Deze ‘opdracht’-regel ontbreekt in artikel 16c Aw, dat ziet op de reproductie van muziek, bewegend beeld en op digitale kopieën (zie rov. 1.6). In de – door het hof op de zitting van 10 mei 2021 ter sprake gebrachte – Memorie van Toelichting op de aanpassingswet van (o.m.) de Aw aan de Arl (kamerstuk 28 482, nr. 3) is hierover onder de kop ‘artikel 16c’ het volgende vermeld:

‘Wel wordt benadrukt dat de regeling niet uitsluit dat een ander ten behoeve van de natuurlijke persoon de reproductie vervaardigt. (...) Dit moet aldus worden verstaan dat een kopie gemaakt in opdracht dus kan zijn toegelaten maar ook dat een privé-kopie niet slechts rechtmatig is indien de natuurlijke persoon voor wie de kopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf maakt. Het kan tegelijkertijd niet zo zijn dat een opdrachtnemer, direct of indirect, met oogmerk handelt. In dat geval is niet van een toegelaten privé-kopie sprake’.

In de Nota naar aanleiding van het nadere verslag (kamerstuk 28 482, nr. 8) is deze passage – onder de kop ‘Artikel 16b en 16c’ – als volgt verduidelijkt:

‘(...) Bedoeld is dat een privé-kopie slechts onder bepaalde voorwaarden is toegestaan, namelijk wanneer het gaat om een kopie voor eigen oefening, studie of gebruik, zonder direct of indirect commercieel oogmerk. Dat sluit uit dat dergelijke kopieën in opdracht door een professionele opdrachtnemer worden gemaakt. Anderzijds wil de regeling ook niet in het privé-domein van de gebruiker treden door bijvoorbeeld het maken van een privé-kopie door een familielid zonder commercieel oogmerk te verbieden. (...)’.

In de Eerste kamer heeft de Minister – in de Nadere memorie van antwoord (kamerstuk 28 482, nr. E) – hierover het volgende opgemerkt:

*‘Artikel 16c
(...)*

De aan het woord zijnde leden vroegen voorts of het op grond van het wetsvoorstel aan instellingen die werken ter beschikking hebben, is toegestaan om ook apparatuur beschikbaar

te stellen om werken voor privé-gebruik in elektronische vorm te reproduceren en deze uit te printen of per e-mail door te zenden naar een eigen adres. Het beschikbaar stellen van dergelijke apparatuur door die instellingen waarmee natuurlijke personen in de gelegenheid worden gesteld om op grond van artikel 16c van het wetsvoorstel voor hun eigen studie of gebruik kopieën te vervaardigen, is op zichzelf beschouwd toegestaan. Artikel 16c van het wetsvoorstel staat er evenwel aan in de weg dat die instellingen ook in opdracht van natuurlijke personen kopieën gaan vervaardigen.'

De onderstrepingen zijn door het hof aangebracht.

4.5 Uit deze passages uit de parlementaire geschiedenis op artikel 16c Aw komt naar voren dat een kopie van muziek of bewegend beeld of een digitale kopie niet zonder meer de status van thuiskopie in de zin van dat artikel verliest wanneer hij door een ander in opdracht van een natuurlijke persoon wordt gemaakt maar dat dit wel zo is wanneer die ander daarbij met commercieel oogmerk/professioneel handelt. Het beroep dat ter bestrijding van deze gevolgtrekking door SONT c.s. op de zitting van 10 mei 2021 (buiten de PA-S en PA-T om) is gedaan op hetgeen tijdens de behandeling van de aanpassingswet in de Eerste Kamer aan de orde is gekomen over het door instellingen beschikbaar stellen van apparatuur om werken te kopiëren, stuit af op de hiervoor weergegeven opmerkingen van de minister in de Eerste Kamer.

4.6 Artikel 16c Aw moet derhalve aldus worden uitgelegd dat van een thuiskopie geen sprake is wanneer de kopie in opdracht van een natuurlijke persoon is gemaakt door een derde die professioneel/met commercieel oogmerk handelt.

4.7 Of ook artikel 5 lid 2 b) Arl aan de hoedanigheid van thuiskopie de eis stelt dat deze niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer is vervaardigd, kan overigens in het midden blijven. Het staat de lidstaten immers vrij om de beperkingen van artikel 5 leden 2 en 3 Arl slechts gedeeltelijk in te voeren, zie o.m. de punten 34 e.v. van *VG Wort*, en ook punt 37 van de conclusie van de Advocaat-Generaal bij dit arrest. Nederland mag dus extra eisen stellen aan een thuiskopie, waarbij van belang is dat de hier aan de orde zijnde extra eis, dat de kopie niet door commercieel/bedrijfsmatige opdrachtnemer mag worden gemaakt, in ieder geval aansluit bij de tekst en doelstelling van artikel 5 lid 2 b) Arl – zo die eis daar niet al in ligt besloten of daaruit niet al voortvloeit – zodat die voorwaarde niet incoherent is en niet een ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert.

4.8 Uit de onder 4.2 vermelde feiten blijkt dat de gebruiker het kopieerproces van de *tethered download* in gang zet – zie het aldaar onder b) vermelde feit – en dat het de aanbieder is die dat kopieerproces vervolgens feitelijk uitvoert en voltooit. Dit handelen van de aanbieder vindt plaats naar aanleiding van een signaal van de gebruiker (het drukken op de knop 'download') om dat te gaan doen. Dit betekent dat de aanbieder in opdracht van de gebruiker handelt. Niet betwist is dat de aanbieder hierbij met een commercieel oogmerk handelt.

4.9 Dat, zoals SONT op de zitting van 10 mei 2021 (eveneens buiten de PA-S en PA-T om) nog heeft aangevoerd, de Nederlandse wetgever met de buitensluiting van door commerciële opdrachtnemers vervaardigde kopieën het oog had op de situatie dat een derde tegen betaling een DVD/CD voor een natuurlijke persoon kopieert, maar niet op de situatie die aan de orde is bij *tethered downloads*, valt niet in te zien. Bij de *tethered download* situatie zet de gebruiker het kopieerproces in gang, en bij de DVD/CD-kopieer-situatie niet, maar dit geringe verschil kan in het licht van het feit dat in beide situaties sprake is van een opdracht, geen gewicht van betekenis in de schaal leggen.

4.10 Een en ander voert tot de conclusie dat een *tethered download* niet een thuiskopie in de zin van artikel 16c Aw is.

4.11 Voor deze conclusie pleit tevens dat de *tethered* [lees: *tethered*, A-G] *download* een ander karakter heeft dan een thuiskopie omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt. Hij bepaalt niet alleen zelf welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, maar kan ook zelf (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de *tethered downloads* wordt geblokkeerd of dat een download wordt verwijderd.

4.12 In hoger beroep (zie punt 1.6 MvA-S) heeft SONT haar in de eerste aanleg gevoerde niet ontvankelijkheidsverweer ten aanzien van Stobi (punten 2.1-2.3 CvA-S) niet gehandhaafd.

4.13 Vordering I van HP c.s. is toewijsbaar, zij het om de redenen die zijn genoemd in rov. 4.7 alleen voor zover zij ziet op artikel 16c Aw. Voor tegenbewijslevering zoals door SONT is aangeboden in punt 6 MvA-S is geen plaats omdat in de redeneringen die het hof heeft gebezigd om tot dit oordeel te komen, geen elementen voorkomen die zich lenen voor tegenbewijs door middel van getuigen.”

2.6 Thuiskopie heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. HP c.s. hebben verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna zijdens Thuiskopie is gerepliceerd en zijdens HP c.s. is gedupliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel wordt voorafgegaan door een inleiding en bevat zes onderdelen, waarvan onderdelen 1, 2 en 4 zijn onderverdeeld in subonderdelen.

Onderdeel 1 klaagt dat het oordeel in rov. 4.10 en het dictum dat offline streaming copies niet als thuiskopie in de zin van art. 16c Aw kwalificeren, onjuist is. Subonderdeel 1.1 richt een rechtsklacht tegen rov. 4.5 en 4.6 waarin het hof heeft geoordeeld dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat art. 16c Aw zo moet worden uitgelegd dat van een thuiskopie geen sprake is als deze wordt gemaakt door een ander in opdracht van een natuurlijke persoon en die ander daarbij met commercieel oogmerk heeft/professioneel handelt. Subonderdeel 1.3⁶ richt een rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 4.9 waarin het hof heeft geoordeeld dat de Nederlandse wetgever bij de uitsluiting van de thuiskopieregeling van opdrachtkopieën gemaakt door professionele/commerciële opdrachtnemers ook het oog had op de situatie die aan de orde is bij offline streaming copies. Subonderdelen 2.1 en 2.2 richten rechtsklachten tegen het oordeel in rov. 4.7 dat in het midden kan blijven of art. 5 lid 2 onder b Arl aan de hoedanigheid van een thuiskopie de eis stelt dat deze niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer is vervaardigd. Subonderdelen 2.3 en 2.4 richten respectievelijk een rechts- en motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.7 dat de eis dat de kopie niet mag zijn gemaakt door een commercieel/bedrijfsmatige handelende opdrachtnemer aansluit bij de tekst en doelstelling van art. 5 lid 2 onder b Arl, zo die eis daar al niet in besloten ligt of daar niet al uit voortvloeit, zodat die voorwaarde niet incoherent is en geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert. Onderdeel 3 richt een motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.8 dat de gebruiker het kopieerproces van offline streaming copies in gang zet, dat het de streamingdientaanbieder is die het kopieerproces feitelijk uitvoert en voltooit en dat die aanbieder in opdracht handelt van de gebruiker. Subonderdelen 4.1 en 4.2 bevatten een rechts- respectievelijk motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.11 dat een offline streaming copy een ander karakter heeft dan een thuiskopie omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt. Onderdeel 5 behelst een rechts- en motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.1 dat de rechthebbende voor een offline streaming copy wordt betaald. Onderdeel 6 bevat een loutere veegklacht.

Onderdeel 1 (zijn offline streaming copies thuiskopieën?)

⁶ Subonderdeel 1.2 ontbreekt. Vgl. s.t. HP c.s. voetnoot 14.

- 3.2 In onderdeel 1 klaagt ThuisKopie dat het oordeel in rov. 4.10 en het dictum dat offline streaming copies niet als thuisKopie in de zin van art. 16c Aw kwalificeren en dat daarvoor geen billijke compensatie is verschuldigd, onjuist is. Offline streaming copies voldoen namelijk aan de voorwaarden van een thuisKopie als bedoeld in art. 16c Aw, zoals dat moet worden uitgelegd volgens art. 5 lid 2 onder b Arl. Het zijn namelijk reproducties, op een voorwerp bestemd om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, gemaakt door natuurlijke personen voor privégebruik en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk.

Inleiding

- 3.3 Dit is de plaats voor een korte schets van de achtergrond van de thuisKopieregeling. Welke thuisKopieregeling heeft de Nederlandse wetgever precies voor ogen gestaan bij de aanpassing van art. 16c Aw ter implementatie van art. 5 lid 2 sub b Arl en is die beoogde thuisKopieregeling verenigbaar te achten met de Auteursrechtlijn?
- 3.4 Het auteursrecht kent een aantal wettelijke beperkingen in de vorm van handelingen die niet als auteursrechtinbreuk worden beschouwd⁷. De beperking die in deze zaak speelt, is het vervaardigen van een 'thuisKopie': natuurlijke personen mogen binnen zekere grenzen gebruik maken van auteursrechtelijk beschermde werken in de vorm van reproductie⁸ voor eigen oefening, studie of gebruik. Art. 16c lid 1 Aw (nieuw) bevat daarvoor de volgende regeling:
- “Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.”
- 3.5 Een reproductie die aan deze omschrijving voldoet wordt een 'thuisKopie' genoemd en deze beperking op het auteursrecht de 'thuisKopieregeling'⁹. Art. 16c lid 2 Aw bepaalt dat voor thuisKopieën een billijke vergoeding verschuldigd is aan de maker of aan diens rechtverkrijgenden, waarbij de verplichting tot betaling van die vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen uit lid 1. De billijke vergoeding van lid 2 wordt 'thuisKopievergoeding'¹⁰ genoemd.
- 3.6 ThuisKopie is krachtens art. 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuisKopievergoeding onder de rechthebbenden¹¹. De hoogte van de thuisKopievergoeding wordt op grond van art. 16e Aw vastgesteld door een stichting waarbij het bestuur zodanig is samengesteld dat de belangen van de makers of hun rechtverkrijgenden en de

⁷ Zie hfst. 1, par. 6 Auteurswet, getiteld 'De beperkingen van het auteursrecht'.

⁸ 'Verveelvoudigen' uit art. 1 Aw is ruimer dan het reproductierecht, zie Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24, waar art. 2 Arl over gaat. Reproductie ziet op het vervaardigen van (identieke) kopieën, ook wel één op één kopieën genoemd. Zie Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.33 en D.J.G. Visser, T&C IE, commentaar op art. 16c Aw, aant. 1.

⁹ Deze laatste term gebruikt de Hoge Raad ook in HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14 m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/532 (*ThuisKopie*), zie rov. 4.1 onder (iii).

¹⁰ Idem.

¹¹ Zie rov. 1.9. Het bestreden arrest is gewezen tussen HP c.s. (appellanten) en SONT en ThuisKopie (geïntimeerden). ThuisKopie heeft ook cassatieberoep ingesteld tegen het arrest en in die samenhangende zaak 22/02270 concludeer ik als gezegd vandaag ook.

betalingsplichtigen op evenwichtige wijze worden behartigd. Deze stichting is SONT¹². HP en Dell zijn als producenten van ICT-apparatuur betalingsplichtigen volgens art. 16c lid 2 Aw, terwijl Stobi de belangen behartigt van alle partijen (fabrikanten, importeurs, distributeurs en agenten) die geraakt worden door de heffing van de thuiskopievergoeding op 'blanco informatiedragers' (voorwerpen die bestemd zijn om beelden, geluid of informatie op vast te leggen, zoals USB-sticks)¹³.

- 3.7 De betekenis van deze beperking op het auteursrecht was aanvankelijk beperkt: de wetgever van 1912 dacht voornamelijk aan het overschrijven, vertalen of naschilderen van een werk voor privédoeleinden en meende dat het arbeidsintensieve karakter hiervan (destijds kon dat vrijwel alleen met de hand gebeuren) ervoor zorgde dat het nadeel voor auteurs beperkt bleef¹⁴. Het kleinschalig karakter van het kopiëren voor eigen gebruik kon billijken dat kopiëren voor privégebruik buiten het bereik van het auteursrecht werd gehouden, omdat werd aangenomen dat de exploitatiemogelijkheden van de rechthebbende niet noemenswaardig zouden worden benadeeld¹⁵.
- 3.8 Het privékopieëren is met het voortschrijden van de techniek inmiddels steeds simpeler geworden. Eerst door technieken als fotokopiëren en de bandrecorder, later door de cassette- en videorecorder en weer later met PC's, laptops, smartphones, tablets, waarmee allerlei beschermde werken kunnen worden opgeslagen, vermenigvuldigd en verspreid¹⁶. Tegenwoordig worden op grote schaal (digitaal) privékopieën van beschermde werken gemaakt, met (zeer) nadelige exploitatiebeïnvloeding. Het eerder genoemde '*de minimis*' argument voor de thuiskopieregeling lijkt daarmee niet meer onverkort op te gaan¹⁷. Desalniettemin heeft die ontwikkeling geen einde gemaakt aan de thuiskopieregeling in het digitale tijdperk. Er zijn andere, zowel praktische als rechtspolitieke, gronden ter rechtvaardiging van de thuiskopieregeling. Zo is het handhaven van een verbod op kopiëren voor eigen gebruik door particulieren praktisch hoogst bezwaarlijk en wordt het ook – meer principieel – bezwaarlijk geacht in verband met de privacy van natuurlijke personen¹⁸. Daarnaast speelt bij de uitzondering voor privékopieëren ook het grondrecht op informatievrijheid van art. 10 EVRM een rol¹⁹.

¹² Zie rov. 1.10. SONT staat voor Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding.

¹³ Zie rov. 1.7-1.8.

¹⁴ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.32, met de toevoeging dat het nadeel ook toen toch ook al gevoeld werd bij muziek- en toneeluitgaven, die veelvuldig werden overgeschreven.

¹⁵ Zie A-G Huydecoper in zijn conclusie vóór HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14 m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/532 (*Thuiskopie*), nr. 13.

¹⁶ Idem, nr. 15.

¹⁷ Toch heeft dit argument voor de wetgever nog een rol gespeeld in 2004, omdat bij reprografisch verveelvoudigen van 'enkele exemplaren' voor eigen gebruik geen billijke vergoeding nodig werd geacht conform art. 16b Aw, zie Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24: "Tegelijkertijd omvat art. 16b reproductiehandelingen waarvoor in beginsel redelijke tegemoetkoming is verschuldigd, maar waarvan op dit moment door de geringe betekenis en omvang niet aannemelijk is dat daarop ook aanspraak bestaat". In lid 5 is wel geregeld dat eventueel bij algemene maatregel van bestuur kan worden ingegrepen met de bepaling dat een billijke tegemoetkoming is verschuldigd.

¹⁸ Zie A-G Huydecoper in zijn al aangehaalde conclusie voor het *Thuiskopie*-arrest, nr. 14.

¹⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 13.

- 3.9 Rechthebbenden worden door het thuis kopiëren in beginsel benadeeld²⁰ en de thuis kopieervergoeding beoogt in een vergoeding voor dit nadeel te voorzien²¹. Het is vanuit die gedachte dan ook mogelijk dat bij de thuis kopieervergoeding rekening wordt gehouden met het gegeven dat rechthebbenden in andere vorm vergoeding hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, in welke gevallen geen specifieke of afzonderlijke thuis kopieervergoeding meer gerechtvaardigd is²². Bij het bepalen van het niveau van de vergoeding moet op grond van de Auteursrecht richtlijn ook rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in die richtlijn bedoelde technische voorzieningen²³.
- 3.10 In de jaren negentig was de verwachting dat technische voorzieningen uiteindelijk het reproduceren in de digitale omgeving effectief tegen zouden kunnen gaan. De regering heeft bij de aanpassing van art. 16c Aw ter implementatie van de Auteursrecht richtlijn de verwachting uitgesproken dat in de toekomst voor de thuis kopieervergoedingsregeling geen of minder behoefte kan bestaan wanneer het privé kopiëren technologisch zou zijn te reguleren²⁴. A-G Huydecoper meende in 2012 nog dat die technische voorzieningen zich niet hebben doorgezet en dat een oplossing van het probleem langs deze weg ook niet binnen afzienbare tijd te verwachten viel²⁵. Daarin is weinig veranderd.

Art. 16c (nieuw) Auteurswet nader beschouwd

- 3.11 De Auteurswet, de Wet op de naburige rechten (Wnr) en de Databankenwet zijn in 2004 aangepast aan de Auteursrecht richtlijn²⁶. Toen zijn ook art. 16b en 16c Aw aangepast in verband met de implementatie van art. 5 lid 2 sub b Arl.
- 3.12 Onder het daarvoor geldende systeem was in art. 16b Aw jo. art. 10 Wnr het kopiëren voor eigen oefening, studie of gebruik geregeld. Deze bepaling zag in beginsel op de verveelvoudiging van elk type werk en ander beschermd materiaal. Art. 16c Aw (oud) jo. art. 10 Wnr kende vervolgens voor muziek en bewegend beeld een compensatie toe aan rechthebbenden in de vorm van een heffing op voorwerpen bestemd om werken ten gehore te brengen of te vertonen²⁷. Een algemene compensatieregeling voor het kopiëren voor

²⁰ Het HvJEU heeft dit ook verschillende keren geoordeeld: “de handeling die erin bestaat dat een natuurlijk persoon voor privédoeleinden een kopie maakt zonder voorafgaandelijk toestemming daarvoor te vragen aan de houder van het uitsluitende reproductierecht van een beschermd werk, moet namelijk worden geacht de houder van dat recht schade te kunnen berokkenen”, zie HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 (*Austro-Mechana*), punt 39, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak (en zie ook punt 43).

²¹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 20: “In feite worden daarmee [een zekere compensatie in verband met het regelen van een beperking, A-G] de voor rechthebbenden onevenredige nadelen verbonden aan een bepaalde beperking opgeheven”. HP c.s. hebben ook aangevoerd dat er in feite geen nadeel wordt geleden door rechthebbenden omdat zij een licentievergoeding krijgen voor de streaming en de rechthebbenden van twee walletjes willen eten, zie s.t. HP c.s. 1.5, aan het eind, onder verwijzing naar MvG 35-38.

²² Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 21.

²³ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 21.

²⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 25 en p. 46.

²⁵ Zie A-G Huydecoper in zijn conclusie vóór HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14 m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/532 (*Thuis kopie*), nr. 17. HP c.s. betogen evenwel dat bij offline streaming copies de rechthebbenden inmiddels zodanige ‘volmaakte greep’ hebben op het thuis kopiëren, dat ook daarom voor offline streaming copies geen vergoeding verschuldigd is, zie s.t. HP c.s. 1.6.

²⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 2.

²⁷ Art. 16c lid 1 Aw (oud) luidde als volgt: “Voor de verveelvoudiging die met inachtneming van artikel 16b, eerste lid, voor eigen oefening, studie of gebruik geschiedt door vastlegging van een werk of een gedeelte daarvan op een voorwerp dat bestemd is om daarop vastgelegde beelden of geluiden ten gehore te brengen of te vertonen, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een vergoeding verschuldigd”.

eigen oefening, studie of gebruik kende de wet toen niet, omdat de regeling alleen gold voor muziek en bewegend beeld en dat was in zoverre niet conform de Auteursrechtlijn. Bovendien zag de compensatieregeling alleen op bepaalde informatiedragers, te weten op voorwerpen die werken kunnen vertonen of ten gehore brengen.

- 3.13 In dat kader is art. 16c Aw aangepast om buiten twijfel te stellen dat de compensatieregeling ook van toepassing is op andere werken dan muziek en bewegende beelden, zoals digitale informatiedragers of andere voorwerpen die dienen om beschermd materiaal vast te leggen²⁸. Art. 16c Aw ziet daarmee nu op het vastleggen van muziek en (stil of bewegend) beeld en tekst, waaronder het digitaal kopiëren, maar met uitzondering van het reprografisch verveelvoudigen²⁹. Hoewel de regeling dus niet alleen ziet op digitaal kopiëren, is deze daarvoor wel het meest relevant³⁰. Art. 16b Aw ziet daarentegen op meer 'traditionele' vormen van kopiëren, zoals overschrijven, naschilderen, e.d.³¹. Het privé kopiëren is daarmee nu gesplitst geregeld in art. 16b en 16c Aw³².
- 3.14 Beoogd werd om een moderne thuis kopiëregeling te creëren aangepast aan de digitale ontwikkelingen met een heffing op informatiedragers, zolang er nog geen technische mogelijkheden zijn ter regulering van het privé kopiëren³³.
- 3.15 Over de wettelijke beperkingen merkt de regering op dat de Auteursrechtlijn aan lidstaten een aantal opties biedt, een keuzemogelijkheid die valt te verklaren uit de verschillende tradities en culturen in de lidstaten die verschillende eigen wensen hadden³⁴. Daarbij stond voor ogen dat de grens wordt gevormd door art. 5 lid 5 Arl, dat bepaalt dat beperkingen slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast en alleen wanneer daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de *normale exploitatie* van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (de zogenoemde 'driestappentoets', die hierna in 3.53 e.v. nader aan de orde komt)³⁵. Ook wordt onder ogen gezien dat de Auteursrechtlijn geen criterium bevat om beperkingen te kiezen die inspelen op de behoefte van de informatiemaatschappij. De regering heeft daarom bij de uitvoering van art. 5 Arl zelf enkele uitgangspunten geformuleerd³⁶.
- 3.16 Bij de implementatie van art. 5 lid 2 sub b Arl is als uitgangspunt gehanteerd dat de bestaande beperking voor privé kopiëren zoveel mogelijk gehandhaafd moest blijven³⁷. Over de ratio van de thuis kopiëregeling bevat de MvT het volgende:

“De regering hecht betekenis aan een zekere vrijstelling voor privé-gebruik, aangezien het auteursrecht slechts in beperkte mate rechtstreeks op het handelen van de individuele consumenten van toepassing behoort te zijn. Voorts wordt gemeend dat belangrijke nadelen zijn verbonden aan een intensieve handhaving van dergelijke regels in de privé-sfeer. Tegelijkertijd wordt erkend dat met de ontwikkeling van de nieuwe technologieën, de mogelijkheden van de

²⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24.

²⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24.

³⁰ Zie Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 46: “Hoewel daartoe niet beperkt, valt onder het voorgestelde artikel 16c met name het digitale domein”.

³¹ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.33.

³² Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.33 en zie ook Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

³³ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4.

³⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

³⁵ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 18 en Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

³⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

³⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

nieuwe economie en de keuzevrijheid van de consument geen behoefte is aan een volledige vrijstelling van hetgeen zich afspeelt in de privé-sfeer en dat de consument de vrijheid moet hebben een keuze te maken uit het product of de dienst die hij of zij wenst te ontvangen, de prijs die daarvoor wordt betaald en de beperkingen of juist de vrijheden die daaraan zijn verbonden.”³⁸

3.17 Beoogd is zodoende een zekere, maar geen volledige, vrijstelling voor het kopiëren voor privégebruik met een aanpassing van de wetstekst aan de richtlijn. De achtergrond daarvan was niet dat de destijds bestaande wettelijke beperking inhoudelijk afweek van wat de richtlijn toelaat, maar dat het in de eerste plaats met het oog op harmonisatie van de interne markt de voorkeur had om de tekst in overeenstemming met die van de richtlijn te brengen en in de tweede plaats om gevolg te geven aan het stelsel van de richtlijn dat in beginsel elke privé-kopie aan de compensatieregeling is onderworpen en dat in het bijzonder, aldus overweging 38 van de richtlijn, aannemelijk is dat het digitaal kopiëren voor privégebruik op grotere schaal zal plaats vinden (dan het analoog kopiëren) en een grotere economische impact zal hebben³⁹.

3.18 Ik citeer het volgende uit de artikelsgewijze toelichting op art. 16c Aw (nieuw) over een eventuele inperking om *in opdracht* een privé-kopie te maken:

“Aan de «inperking» van de mogelijkheid om in opdracht een privé-kopie te maken is vanwege de formulering van het eerste lid (zonder commercieel oogmerk) geen behoefte. De regeling van het huidige vierde lid van artikel 16b moet namelijk geacht zijn te zijn begrepen in de voorwaarden waaronder beroep op het eerste lid van artikel 16c mogelijk is. Dat betekent dat de norm zoals die nu geldt, namelijk dat de bepalingen van het eerste lid van artikel 16b met betrekking tot een in opdracht vervaardigde verveelvoudiging niet van toepassing zijn op de verveelvoudiging welke plaatsvindt door het vastleggen van een werk of een gedeelte daarvan op enig voorwerp dat bestemd is een werk ten gehore te brengen of te vertonen, ook van toepassing is op de reproducties als bedoeld in het nieuwe eerste lid van artikel 16c. Wel wordt benadrukt dat de regeling niet uitsluit dat een ander ten behoeve van de natuurlijke persoon de reproductie vervaardigt. De Europese Commissie heeft in haar advies van 3 april 2001 over de amendementen van het Europees Parlement gesteld dat de woorden «gemaakt» door in artikel 5 lid 2 sub [lees: b, A-G] ook het kopiëren voor en namens een natuurlijke persoon voor privé-gebruik kunnen dekken. Dit moet aldus worden verstaan dat een kopie gemaakt in opdracht dus kan zijn toegelaten maar ook dat een privé-kopie niet slechts rechtmatig is indien de natuurlijke persoon voor wie de kopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf maakt. Het kan tegelijkertijd niet zo zijn dat een opdrachtnemer, direct of in indirect, met commercieel oogmerk handelt. In dat geval is niet van een toegelaten privé-kopie sprake.”⁴⁰ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

3.19 Hieruit blijkt dat beoogd is met de thuiskopieregeling aan te sluiten bij art. 5 lid 2 sub b Arl en dat deze een geoorloofde opdracht-thuiskopie mogelijk maakt, maar niet als de opdrachtnemer daar een commercieel oogmerk mee heeft.

3.20 In de Tweede Kamer is vervolgens gevraagd om te verduidelijken waarom in het voorgestelde art. 16c lid 1 Aw niet een inperking van opdracht-kopieën is opgenomen en of van iedere gebruiker kan worden verwacht dat hij zelf de noodzakelijke apparatuur bezit voor het maken van een reproductie⁴¹. De regering antwoordde daar als volgt op:

“Er zijn, gelet op de schaal waarop en de economische impact waarmee het kopiëren voor privé-gebruik zoals voorzien in artikel 16c plaatsvindt, goede redenen om het kopiëren in opdracht hier

³⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

³⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

⁴⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 46.

⁴¹ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 4 (Verslag), p. 14.

in te perken.⁴² Bij nota van wijziging is in artikel 16c, eerste lid, bepaald dat het maken van een privé-kopie in opdracht is toegestaan (vergelijk artikel 16b, eerste lid). In het nieuwe achtste lid is vervolgens opgenomen dat die uitsluitend voor zichzelf in opdracht vervaardigde reproductie beperkt moet blijven tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring (vergelijk de besloten kring in artikel 12, vierde lid, van de Auteurswet 1912).

De leden van de CDA-fractie vroegen in te gaan op de overweging of van iedere gebruiker kan worden verwacht dat hij zelf de noodzakelijke apparatuur bezit voor het maken van een reproductie. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn, waarop de onderhavige beperking is gebaseerd, blijkt dat niet van iedere gebruiker wordt verwacht dat hij zelf de noodzakelijke apparatuur bezit voor het maken van een kopie voor privé-gebruik. Door een amendement van het Europese Parlement zijn in artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn de woorden «voor privé-gebruik door een natuurlijke persoon» vervangen door de woorden «gemaakt door een natuurlijk persoon voor privé-gebruik». De Europese Commissie heeft in haar reactie daarop gesteld dat de woorden «gemaakt door» ook het kopiëren voor en namens een natuurlijke persoon voor privé-gebruik kunnen dekken. Volgens de Europese Commissie zou dit ook inhouden dat mocht de begunstigde van de onderhavige beperking niet zelf over de noodzakelijke apparatuur voor het maken van een reproductie beschikken, de technische of andere middelen voor het maken daarvan worden verstrekt (COM (2001) 170 def).⁴³ [onderstreping A-G]

- 3.21 Vervolgens is art. 16c Aw aangepast, waarbij kopiëren in opdracht was toegestaan (lid 1), maar beperkt tot opdrachten aan personen uit de familie-, vrienden-, of daaraan gelijk te stellen kring (lid 8)⁴⁴. Dit bleek echter niet de bedoeling te zijn geweest van de betreffende vragenstellers in het parlement. Zij wilden het kopiëren in opdracht juist inperken om misbruik van de thuiskopieregeling te voorkomen en vonden de door de regering voorgestelde kring die in opdracht mocht kopiëren te ruim⁴⁵. Ook andere Kamerleden stelden kritische vragen over de reikwijdte van het nieuw voorgestelde art. 16c Aw en vonden die te ruim⁴⁶.
- 3.22 In de Nota naar aanleiding van het nadere verslag is daarop door de regering als volgt gerespondeerd:

“De leden van de CDA-fractie en van de PvdA-fractie kwamen terug op het kopiëren in opdracht en hun voorstel voor een regeling daarvan in artikel 16c. Ook de leden van de VVD-fractie vroegen of in het voorgestelde nieuwe eerste lid sprake is van een forse uitbreiding van de thuiskopieregeling. De voorgestelde nieuwe redactie van artikel 16c, eerste lid, beoogde de bepaling meer in lijn te brengen met de redactie van artikel 16b, eerste lid, en hield niet in een uitbreiding van de regeling. Deze leden zij evenwel toegegeven dat de bepaling in een digitale omgeving tot misverstanden omtrent de betekenis en reikwijdte aanleiding kan geven. Bedoeld is dat een privé-kopie slechts onder bepaalde voorwaarden is toegestaan, namelijk wanneer het gaat om een kopie voor eigen oefening, studie of gebruik, zonder direct of indirect commercieel oogmerk. Dat sluit uit dat dergelijke kopieën in opdracht door een professionele opdrachtnemer worden gemaakt. Anderzijds wil de regeling ook niet in het privé-domein van de gebruiker treden door bijvoorbeeld het maken van een privé-kopie door een familielid zonder commercieel oogmerk te verbieden. Het kopiëren in opdracht van een virtuele vriendenkring, een situatie die de leden van de PvdA-fractie schetsen, valt buiten het bereik van de regeling en zal dus niet zijn toegestaan. Om de bedoeling van de bepaling tot uitdrukking te brengen, is het beter niet te spreken van het kopiëren van enkele exemplaren en opdracht. Bij nota van wijziging is de reactie van het lid in deze zin aangepast.”
(...)

⁴² Aanwijzing hiervoor is ook considerans 44 van de Arl en punt 27 van het *ACI Adam/Thuiskopie*-arrest HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2015/4 m.nt. A. Ringnalda, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm.

⁴³ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 32.

⁴⁴ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 3.

⁴⁵ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 7 (Nader Verslag), p. 9.

⁴⁶ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 7 (Nader Verslag), p. 10.

Een ander verschil is dat artikel 16c in tegenstelling tot artikel 16b het kopiëren in opdracht niet toestaat.

(...)

Evenmin is toegestaan een privé-kopie in opdracht van derden te maken of een privé-kopie af te geven. Van witwassen van illegale kopieën, wat de leden van de VVD-fractie vrezen, kan dus geen sprake zijn.⁴⁷ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

3.23 Het voorgestelde art. 16c Aw werd dus opnieuw aangepast door in het geheel niet meer te spreken over kopiëren in opdracht⁴⁸.

3.24 Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zijn opnieuw vragen gesteld over de reikwijdte van de thuiskopieregeling en over de rol van bibliotheken en andere instellingen die werken ter beschikking hebben bij het maken van kopieën⁴⁹. De regering heeft – in lijn met de eerdere uitspraken – aangegeven dat apparatuur voor het vervaardigen van thuiskopieën door derden ter beschikking kan worden gesteld, maar dat art. 16c Aw eraan in de weg staat die derden ook in opdracht van natuurlijke personen kopieën vervaardigen:

“De aan het woord zijnde leden vroegen voorts of het op grond van het wetsvoorstel aan instellingen die de werken ter beschikking hebben, is toegestaan om ook apparatuur beschikbaar te stellen om werken voor privé-gebruik in elektronische vorm te reproduceren en deze uit te printen of per e-mail door te zenden naar een eigen adres. Het beschikbaar stellen van dergelijke apparatuur door die instellingen [bibliotheken, musea en archieven, A-G], waarmee natuurlijke personen in de gelegenheid worden gesteld om op grond van artikel 16c van het wetsvoorstel voor hun eigen oefening studie of gebruik kopieën te vervaardigen, is op zichzelf beschouwd toegestaan. Artikel 16c van het wetsvoorstel staat er evenwel aan in de weg dat die instellingen ook in opdracht van natuurlijke personen kopieën gaan vervaardigen.”⁵⁰ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

3.25 Dit leidt tot het volgende beeld van de voor de door de wetgever beoogde thuiskopieregeling:

- Het vervaardigen van reproducties van een werk of een gedeelte daarvan door een natuurlijke persoon is geen inbreuk op het exclusieve reproductierecht, mits het reproduceren geschiedt zonder commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.
- De thuiskopieregeling sluit niet uit dat een ander de reproductie maakt ten behoeve van een natuurlijke persoon. Er is dus niet alleen sprake van een rechtmatige thuiskopie indien de natuurlijke persoon voor wie de thuiskopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf heeft gemaakt.
- Er kan ook sprake zijn van een thuiskopie indien technische of andere middelen voor het maken van dergelijke kopieën door derden worden verstrekt waarmee de natuurlijke persoon in de gelegenheid wordt gesteld voor eigen oefening of gebruik kopieën te vervaardigen.
- Onder de thuiskopieregeling vallen echter *niet* kopieën die *in opdracht* van een natuurlijke persoon zijn gemaakt door een opdrachtnemer die direct of indirect met *commercieel oogmerk* handelt.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13.

⁴⁸ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 9 (Tweede nota van wijziging), p. 1-2.

⁴⁹ Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. D (Nader voorlopig verslag), p. 2.

⁵⁰ Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

- Onder de thuiskopieregeling vallen ook *niet* kopieën die in opdracht van een natuurlijke persoon zijn gemaakt door instellingen als bibliotheken, musea en archieven en (andere) *professionele opdrachtnemers*.

- 3.26 In de literatuur wordt regelmatig verondersteld dat ‘in opdracht kopiëren’ helemaal niet onder de thuiskopieregeling valt. Zo is er volgens Groen uitsluitend sprake van thuiskopieën indien de reproducties door de privégebruiker zelf worden gemaakt: “Een belangrijk verschil met art. 16b Aw is dat de reproducties uitsluitend door de privégebruiker zelf mogen worden gemaakt en hij anderen daartoe derhalve geen opdracht mag geven.”⁵¹. Groen geeft daarbij in voetnoot 1 het volgende voorbeeld: “Men mag wel bijv. een cd lenen van de buurman, om vervolgens voor eigen gebruik een kopie te maken. De buurman vragen een kopie te maken, mag dus niet”⁵². Spoor/Verkade/Visser stellen in hun handboek Auteursrecht ook (voorzichtig) dat ‘in opdracht kopiëren’ niet onder de regeling van art. 16c Aw valt: “Een mogelijk verschil is, dat artikel 16c – evenals het corresponderende artikel 5 lid 2 sub b Arl – niet voorziet in de door artikel 16b geboden mogelijkheid om kopieën voor eigen gebruik in opdracht door een ander te laten maken.”⁵³. Visser ventileert dezelfde opvatting in T&C IE, te weten dat kopiëren ten behoeve van een derde niet is toegestaan, ook niet indien dit gebeurt in diens opdracht en voor diens privégebruik⁵⁴. Ook Seignette meent dat art. 16c Aw in tegenstelling tot art. 16b Aw niet toestaat dat een privéreproductie door een ander wordt gemaakt⁵⁵.
- 3.27 Er zijn voor deze opvatting goede argumenten te vinden, met name de categorische uitsluiting van opdrachtkopieën in een tweetal passages uit de parlementaire geschiedenis⁵⁶. Ikzelf denk dat ook een meer genuanceerde visie mogelijk is, namelijk dat *niet* is beoogd het kopiëren in opdracht in het privé-domein *volledig* uit te sluiten van de thuiskopieregeling. De bedoeling was immers enerzijds om uit te sluiten dat opdracht-kopieën door een professionele opdrachtnemer konden worden gemaakt, maar anderzijds zat ook duidelijk voor dat het niet de bedoeling was om in het privé-domein van de gebruiker te treden door bijvoorbeeld het maken van een privé-kopie door een familielid zonder commercieel oogmerk te verbieden. Die bedoeling heeft de wetgever beter tot uitdrukking willen brengen door helemaal niet meer van opdracht te spreken in art. 16c Aw⁵⁷. Ook in de nieuw voorgestelde bepaling is dus volgens de bedoeling van de wetgever wél toegestaan dat *een familielid zonder commercieel oogmerk in opdracht* een thuiskopie maakt, ook al werd dat niet meer met zoveel woorden in de tekst tot uitdrukking gebracht. Uitdrukkelijk uitgesloten was evenwel het kopiëren *in opdracht van een virtuele vriendenkring* (waarmee de wetgever dus niet helemaal terugtrad uit het privé-domein). Voor deze zaak maakt deze nuancering

⁵¹ A.P. Groen in: Geerts & Verschuur, Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2022/608, zonder bronvermelding hiervoor.

⁵² Dat dat niet mag, volgt ook al uit art. 16c lid 7 Aw.

⁵³ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.37, onder verwijzing naar Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13.

⁵⁴ D.J.G. Visser, T&C IE, commentaar op art. 16c Aw, aant. 2. Visser verwijst niet naar een bron voor deze opvatting, behalve dat ook hier, net als door de in de hoofdtekst aangehaalde auteurs, wordt opgemerkt dat de regeling van art. 16c Aw op dit punt verschilt van art. 16b Aw, hetgeen lijkt te duiden op een *a contrario* uitleg van art. 16c Aw.

⁵⁵ J.M.B. Seignette, De Auteurswet gewijzigd: artikel 16b en c Auteurswet (de privé-kopie), *AMI* 2006/1, p. 21. Seignette leidt uit de parlementaire geschiedenis af dat de wetgever aanvankelijk nog wel enige ruimte heeft willen bieden voor opdrachtkopieën in de privésfeer, maar dit uiteindelijk weer uit het wetsvoorstel heeft gehaald.

⁵⁶ “Een ander verschil is dat artikel 16c in tegenstelling tot artikel 16b het kopiëren in opdracht niet toestaat.” en “Evenmin is toegestaan een privé-kopie in opdracht van derden te maken of een privé-kopie af te geven.”, zie Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13.

⁵⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12.

denk ik niet uit, omdat ik het met genoemde auteurs eens ben *dat in ieder geval kopiëren gemaakt door professionele en/of commerciële opdrachtnemers* niet onder de Nederlandse thuiskopieregeling vallen.

- 3.28 Hiermee is nog niet beantwoord de ons in deze zaak bezig houdende vraag of de wetgever offline streaming copies heeft willen uitsluiten van, of daarentegen juist heeft begrepen onder de thuiskopieregeling. Dat daarover niets is te vinden in de parlementaire stukken is niet vreemd: streaming en tethered downloads bestonden destijds nog niet⁵⁸. Maar ook destijds stond wel voor ogen dat de techniek in de digitale omgeving met sprongen vooruit ging, zoals blijkt uit het gehanteerde uitgangspunt van *technologieneutrale formuleringen*⁵⁹ en uit de beschouwingen over technische beschermingsmaatregelen die kopiëren in de privésfeer (in de toekomst) mogelijk zouden kunnen controleren en reguleren⁶⁰. De wetgeving was dan ook bedoeld om technische ontwikkelingen in de toekomst te kunnen opvangen. Dit betekent dat voor de vraag of offline streaming copies als thuiskopie kwalificeren kan worden bezien wat de ratio is van de thuiskopieregeling.

*De Auteursrechtlijn*⁶¹

- 3.29 De vraag doemt op of de aldus begrepen Nederlandse thuiskopieregeling uit art. 16c Aw (nieuw) een implementatie is die spoort met de Auteursrechtlijn, waarin de heffingstelsels voor thuiskopievergoedingen in beperkte mate zijn geharmoniseerd sinds 2001.
- 3.30 Art. 2 Arl bepaalt dat lidstaten ten behoeve van auteurs met betrekking tot hun werken dienen te voorzien in een uitsluitend recht om toe te staan of te verbieden de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke *reproductie* van dit materiaal, met welke middelen of in welke vorm ook ('het reproductierecht').
- 3.31 Art. 5 lid 2 en 3 Arl bevatten vervolgens limitatief⁶² een aantal facultatieve⁶³ 'beperkingen en restricties' die lidstaten op het reproductierecht kunnen aanbrengen ten aanzien van enkele nader omschreven reproducties⁶⁴. Voor onze zaak gaat het om art. 5 lid 2 sub b Arl, waarin staat dat beperkingen of restricties gesteld kunnen worden ten aanzien van:

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

- 3.32 In haar conclusie voor het nog te bespreken *VG Wort*-arrest schrijft A-G Sharpston dat het facultatieve karakter van de beperkende maatregelen aan lidstaten een zekere

⁵⁸ S.t. SONT 3.3.2 e.v.; vgl ook subonderdeel 1.3 Thuiskopie.

⁵⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4 en 12.

⁶⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 25-31.

⁶¹ PbEG L 167, p. 10 van 22 juni 2001, in jargon ook wel aangeduid als de 'Infosoc-richtlijn', naar de (verkorte) Engelse titel van de richtlijn, 'Information Society Directive'.

⁶² Considerans 32 Arl.

⁶³ In leden 2 en 3 staat 'kunnen', vaste HvJEU-rechtspraak, zie bijv. de conclusie van A-G Hogan vóór *Austro-Mechana*, 28, onder verwijzing naar HvJEU 10 april 2014, C-435/12, EU:C:2014:254 (*ACI Adam*), punt 21.

⁶⁴ Art. 5 lid 1 Arl bevat een *verplichte* uitzondering op het reproductierecht voor bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen.

handelingsvrijheid geeft⁶⁵: verdergaande beperkingen dan toegestaan in art. 5 leden 2 en 3 Arl zijn niet richtlijnconform, maar minder vergaande maatregelen wel. Een voorbeeld van het eerste is dat een lidstaat niet met een beroep op art. 5 lid 2 sub b Arl alle door een natuurlijke persoon op enige drager gemaakte reproducties mag uitsluiten zonder te onderscheiden naar het oogmerk waarvoor deze reproducties worden gemaakt. Dat gaat verder dan art. 5 lid 2 sub b Arl toestaat, omdat het moet gaan om reproducties zonder commercieel oogmerk. Een toegestane beperking die minder ver gaat dan mogelijk zou zijn, is een regeling die ziet op reproducties door particulieren op papier voor persoonlijke studie; daarin zijn de elementen ‘op welke drager dan ook’ en ‘privé-gebruik zonder commercieel oogmerk’ vernauwd ten opzichte wat de richtlijn mogelijk maakt. Lidstaten kunnen dus niet alleen kiezen *of*, maar binnen zekere grenzen ook *hoe* zij de uitzonderingen uit art. 5 lid 2 sub b Arl implementeren⁶⁶.

- 3.33 Ik wijs op deze plaats alvast even terug naar hetgeen hiervoor in 3.19-3.26 ter sprake kwam: de restrictie uit art. 16c Aw (nieuw) dat opdracht kopieën door een professionele opdrachtnemer niet onder de Nederlandse thuiskopie-uitzondering op het reproductierecht vallen, betekent niet dat als art. 5 lid 2 sub b Arl die inperking niet zou kennen – en een opdracht kopie gemaakt door een professionele opdrachtnemer dus wel onder een volgens art. 5 lid 2 sub b Arl vallend thuiskopiestelsel mogelijk is – de Nederlandse thuiskopieregeling op dit punt niet conform de richtlijn is. Immers in lijn met A-G Sharpston in haar conclusie voor *VG Wort* zijn *minder vergaande maatregelen* (opdracht kopieën door commerciële/professionele opdrachtgevers vallen *buiten* de thuiskopieregeling en dus onder het ‘gewone’ reproductierecht van de rechthebbende) die dus *minder beperkingen op het reproductierecht* van de rechthebbende opleveren, *wel* richtlijnconform. Het is goed dat in het achterhoofd te houden bij de nu volgende verdere analyse⁶⁷.
- 3.34 Art. 5 lid 2 sub b Arl heeft aanleiding gegeven tot een reeks arresten van het HvJEU in Luxemburg⁶⁸ (hierna ook: het Hof), waarvan ik er een aantal uitlicht – hetgeen, zo meld ik op deze plaats alvast, geen finale duidelijkheid lijkt te hebben gecreëerd voor de vragen die ons in deze zaak bezig houden, al valt te beargumenteren dat hier sprake is van een *acte clair* (hierna uitgewerkt in 3.71).

⁶⁵ A-G Sharpston in haar conclusie van 24 januari 2013 (ECLI:EU:C:2013:34) vóór HvJEU 27 juni 2013, C-457/11-C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426 (*VG Wort*), onder 35-37. Haar conclusie wordt met instemming aangehaald door A-G Hogan in zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 (*Austro-Mechana*), onder 29.

⁶⁶ P. Bernt Hugenholtz, *Flexible copyright*, p. 275-291, in: Ruth L. Okediji (ed.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, 2017, p. 286 wijst erop dat de uitzonderingen van de Auteursrecht richtlijn geen nauw omschreven uitzonderingen zijn, maar eerder ‘prototypes’ die de lidstaten een ruime implementatiemarge geven. Bernd Justin Jütte, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between old paradigms and challenges*, 2017, p. 243 en Rosati, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, 2019, p. 137 wijzen erop dat er veel verschillende implementaties in de lidstaten zijn, met als resultaat een belemmering van effectieve harmonisatie (Jütte) en veel prejudiciële vragen aan het HvJEU of die implementaties in lijn zijn met de Unieregels over privé kopieën (Rosati).

⁶⁷ S.t. HP c.s. 5.5 wijst hier ook op: lidstaten hebben niet de vrijheid om het reproductierecht verder in te perken dan art. 5 lid 2 Arl toelaat, maar zij hebben wel de vrijheid om dat recht minder vergaand in te perken dan op zich is toegelaten in art. 5 lid 2 Arl.

⁶⁸ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht 2019/5.36* spreekt over de ‘overvloedige rechtspraak’ van het HvJEU op dit punt, onder de verzuchting in 5.38 dat de sinds het *Padawan*-arrest (2010) gewezen uitspraken het systeem van billijke vergoeding er niet eenvoudiger op hebben gemaakt.

- 3.35 In *Padawan*⁶⁹ uit 2010 is een aantal principiële vragen beantwoord over de aard, vorm en berekeningsgrondslag van de thuiskopieheffing. Allereerst is daarin echter beslist dat ‘billijke compensatie’ uit art. 5 lid 2 sub b Arl een autonoom Unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten die een privékopie-uitzondering hebben ingevoerd. Dat geldt ongeacht de bevoegdheid van lidstaten om binnen de door het Unierecht gestelde grenzen vorm, financierings- en inningswijze en niveau van de billijke compensatie te bepalen, die bedoeld is als vergoeding van de door de auteur geleden schade door privékopieën (punt 33). Uitgangspunt is volgens *Padawan* dat de ‘billijke vergoeding’ moet worden gezien als ‘vergoeding van de door de auteur geleden schade’ (punt 40). De principiële vraag was of dat kon in de vorm van een *heffingstelsel* en het hof oordeelt dat dat in beginsel kan. In het arrest is uiteengezet dat het gaat om het vinden van een ‘rechtvaardig evenwicht’ tussen de rechten en belangen van de auteurs die een billijke compensatie moeten ontvangen en die van de gebruikers van beschermd materiaal (punt 43 onder verwijzing naar de considerans van de Arl onder 31). Dat hoeft niet te betekenen dat de heffing moet worden opgelegd aan de privékopieerders zelf (hetgeen wel het uitgangspunt is volgens het Hof in punt 45). De lidstaten kunnen voorzien in een systeem waarbij de financiering van de billijke compensatie niet door de betrokken particulieren geschiedt, maar door degenen die over kopieerapparatuur beschikken en die ter beschikking stellen van particulieren of voor hen reproductiediensten verrichten (punt 46). Betalingsplichtigen kunnen de privékopieheffing in de onderzochte Spaanse regeling op zich doorberekenen in de prijs van terbeschikkingstelling van de kopieerapparatuur (punt 48), zodat de privégebruikers uiteindelijk de last dragen. Ook daarmee kan dit ‘rechtvaardige evenwicht’ volgens het Hof worden bereikt (punten 49 en 50). Beslissende maatstaf voor het opleggen van de heffing is volgens punt 56 het ‘vermoedelijke gebruik’, wat af te leiden valt uit de geschiktheid van apparatuur en dragers en de beschikbaarheid daarvan voor het algemene publiek. Het is niet toegestaan een heffing te leggen op apparatuur en dragers die evident bedoeld zijn voor ander gebruik dan het kopiëren voor privégebruik, zoals gebruik door professionele muzikanten en geluidsstudio’s.
- 3.36 In *Thuiskopie/Opus*⁷⁰ van een jaar later is hierop gevarieerd met de beslissing dat de billijke compensatie ook kan worden geïnd bij de verkoper die in een andere lidstaat woont dan de afnemers van de informatiedragers. Opus uit Duitsland verhandelde via internet blanco informatiedragers voornamelijk gericht op Nederlandse klanten, zonder daarvoor in Duitsland of Nederland heffingen af te dragen. De heffingsplicht mocht van het Hof hier worden gelegd op de vanuit Duitsland opererende internethandelaar Opus.
- 3.37 Het is dus niet vereist dat particulieren die privékopieën maken de installaties, apparaten of dragers waarmee de reproducties worden gemaakt zelf bezitten; zij kunnen ook een reproductiedienstverlening van derden ontvangen. Dat is blijkens *VCAST*⁷¹ uit 2017 vaste rechtspraak.
- 3.38 Het *VG Wort*-arrest uit 2013 gaat over de Duitse thuiskopieregeling. Onder verwijzing naar *Padawan* memoreert het Hof eerst dat het bij een billijke compensatie voor thuiskopieën

⁶⁹ HvJEU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, AMI 2012/4 m.nt. J.H. Spoor, IER 2011/26 m.nt. K.J. Koelman, NJ 2011/509 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan*), punten 33 en 40.

⁷⁰ HvJEU 16 juni 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, AMI 2012/3 m.nt. J.H. Spoor, NJ 2011/510 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stg. Thuiskopie/Opus Supplies Deutschland*).

⁷¹ HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (*VCAST*), punt 35.

gaat om schadevergoeding die makers door dat thuis kopiëren leiden, hetgeen van belang is voor de uitleg van art. 5 Arl (punten 31-32). Lidstaten hebben ruimte om de uitzonderingen op het reproductierecht uit leden 2 en 3 van art. 5 Arl met variaties en gradaties te regelen binnen de toegestane mogelijkheden (punten 34 en 36). Dat is een belangrijk aspect voor onze zaak; zie hiervoor in 3.33.

- 3.39 Een volgend belangrijk arrest is *ACI Adam* uit 2014. Daarin is geoordeeld dat art. 5 lid 2 sub b Arl (in samenhang met art. 5 lid 5 Arl) in de weg staat aan een nationale regeling die privé-kopiëren uit ongeoorloofde bron toestaat, zoals tot dan toe in Nederland het geval was⁷². De uitzondering van art. 5 lid 2 Arl op het reproductierecht moet restrictief worden uitgelegd (punten 22, 23 en 30). Dat is blijkens *Copydan*⁷³ van een jaar later vaste rechtspraak. Alle wettelijke beperkingen (zoals art. 16c Aw) moeten voldoen aan de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl (punten 24-25 en 38-41; dit komt nog nader aan bod in 3.67-3.79); vgl. ook art. 13 TRIPs): slechts in bijzondere gevallen toepasselijk, op voorwaarde dat daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad; de driestappentoets dient volgens het Hof te worden gezien als nadere afbakening van de in art. 5 lid 2 van de Arl categoriaal toegestane wettelijke beperkingen (punt 25). Daarbij leidt het Hof uit considerans 44 van de Arl af dat wettelijke beperkingen in een digitale omgeving grotere economische gevolgen hebben, zodat die nog beperkter moeten worden toegepast, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van beschermd werken⁷⁴, terwijl nergens uit de richtlijn blijkt dat lidstaten het toepassingsgebied van uitzonderingen en beperkingen kunnen uitbreiden (punt 27). Een doelstelling van de richtlijn is dat de uitzonderingen van de richtlijn een evenwicht moet verzekeren tussen de rechtstradities van de lidstaten en een goed functionerende interne markt (considerans 32 Arl). Dit brengt mee dat wanneer lidstaten een uitzondering implementeren, zij die coherent moeten toepassen, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de nagestreefde doelstellingen, zoals het verzekeren van een goede werking van de interne markt (punten 33-34). Ook in dit arrest komt terug dat een andere doelstelling van de richtlijn die van belang is bij de uitleg van restricties, is dat deze een rechtvaardig evenwicht nastreeft tussen enerzijds de belangen en rechten van auteurs en anderzijds de rechten en belangen van gebruikers van beschermd materiaal (considerans 31 Arl, punten 53-57).
- 3.40 In het al genoemde *Copydan*-arrest uit 2015, een casuïstische zaak over thuis kopiëervergoeding voor reproducties gemaakt met geheugenkaarten van mobiele telefoons (die een intern geheugen hebben (volgens Deens recht niet heffingsplichtig), maar daarnaast over een uitneembare geheugenkaart (wel onder de Deense heffing vallend) beschikken) waarbij onduidelijk is of daarbij het maken van privékopieën de voornaamste functie is of niet, is als vaste rechtspraak bevestigd dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben om de verschillende aspecten van een billijk compensatiestelsel

⁷² HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:245, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2016/186, IER 2015/4 m.nt. A. Rignalda, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm (*ACI Adam/Thuis kopie*), punten 31-41 en 53-57, bevestigd in HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punten 74-79).

⁷³ HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punt 87, met de toevoeging dat de uitzonderingen zich daarmee alleen uitstrekken tot de uitdrukkelijk bedoelde gevallen.

⁷⁴ Considerans 44 geeft aan het hanteren van beperkingen die de Arl toestaat i.o.m. terzake geldende internationale verplichtingen moet zijn (vgl. art. 13 TRIPs), zodat rekening moet worden gehouden met het gegeven dat wettelijke beperkingen in de digitale omgeving een grotere economische impact hebben en dus (nog) beperkter dienen te worden toegepast.

in te richten, voor zover de bepalingen van de richtlijn deze kwestie niet nader regelen. Het is aan de lidstaten om te bepalen wie deze compensatie moet betalen en ook om de vorm, de modaliteiten en het niveau ervan aan te geven⁷⁵. Onder verwijzing naar *Padawan* leert het Hof dat voor een privé-kopieheffing volstaat dat met dragers privé-kopieën *kunnen* worden gemaakt en de dragers aan particulieren ter beschikking zijn gesteld (ongeacht of er *daadwerkelijk* privé-kopieën worden gemaakt, punten 24-25). Multifunctionaliteit en de secundaire aard van de reproductiefunctie kunnen wel de hoogte van de vergoeding beïnvloeden en dat kan ook tot een nihil-heffing leiden (27-29); wanneer dragers of apparaten nauwelijks voor privekopieën worden gebruikt, is een thuiskopievergoeding niet verplicht (aldus punt 28; zie ook punt 72).

3.41 In *Copydan* is verder uitgemaakt dat de lidstaten bij een thuiskopieregeling niet *zonder rechtvaardiging* onderscheid kunnen maken tussen de verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen waarop de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik ziet, of tussen de verschillende categorieën gebruikers van beschermd materiaal (gelijke behandeling, punten 32-33). Dit gebeurde in de onderwerpelijke Deense regeling wel, waarin een onderscheid werd gemaakt tussen dragers waarvoor wel en waarvoor geen thuiskopieheffing gold. Een rechtvaardiging voor zo'n onderscheid kan erin bestaan dat de rechthebbenden voor de dragers die zijn uitgesloten van de compensatieregeling een *andere vorm van compensatie* ontvangen (punt 40). A-G Hogan meent in zijn conclusie uit 2021 voor *Austro-Mechana/Strato*⁷⁶ dat dezelfde benadering behoort te gelden voor diensten. Verder is in *Copydan* uitgewerkt hoe een terugbetalingsregeling in elkaar moet zitten als ten onrechte een thuiskopieheffing is opgelegd in bepaalde gevallen (aan handelaren in plaats van particulieren). Iets soortgelijks over een recht op terugbetaling wanneer de apparatuur of gegevensdrager door de uiteindelijke verwerver wordt gebruikt op een manier die niet onder art. 5 lid 2 onder b Arl was al bekend uit *Amazon/Austro Mechana*⁷⁷ over de Oostenrijkse thuiskopieregeling. Ook is in *Copydan* uitgemaakt dat een vrijstelling van een thuiskopieheffing voor *de minimis* gevallen mogelijk is (punten 56-62). Een ander aspect uit *Copydan* is dat de vraag kan zijn of er ruimte is voor een thuiskopieheffing voor thuiskopieën waarvoor al langs andere weg was betaald (er dus al toestemming was van de rechthebbende). Onder verwijzing naar *VG Wort* leert *Copydan* in punten 65-67 (anders dan A-G Cruz Villalón had voorgesteld in zijn conclusie onder 58-65) dat toestemming voor het maken van privékopieën nooit rechtsgevolg kan hebben voor de vraag of een thuiskopieheffing mogelijk is, met als resultaat dat veel rechthebbenden voor privékopieën een dubbele vergoeding incasseren (NJ-annotator Hugenholtz noemt als voorbeeld: van iTunes en uit de thuiskopieheffing) en dat een gebruiksvoorwaarde die privékopieën verbiedt in lidstaten met een privékopie-exceptie ongeldig is. Hugenholtz typeert dit in zijn noot als een dwingendrechtelijke status van art. 16c Aw. Ik blijf dit een vrij duistere weg vinden die in *VG Wort* is ingeslagen, maar die wordt ondanks een contraire conclusie in *Copydan* bevestigd. Zoals ook al in *VG Wort* aan de orde was geweest, rees in *Copydan* opnieuw de vraag hoe het dan zit met 'technische beschermingsmiddelen', zoals bijvoorbeeld een kopieerslot. Dat leidt volgens het hof

⁷⁵ HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punt 20 onder verwijzing naar HvJEU 16 juni 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, AMI 2012/3 m.nt. J.H. Spoor, NJ 2011/510 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Thuiskopie/Opus*), punt 23 en HvJEU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 (*Amazon/Austro Mechana*), punt 20.

⁷⁶ Zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*), onder 31.

⁷⁷ HvJEU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 (*Amazon/Austro-Mechana*).

weliswaar niet tot verval van de vergoedingsaanspraak, zoals we al wisten uit *VG Wort*, maar in *Copydan* is genuanceerd dat dat voor de hoogte van de thuiskopieheffing wel gevolgen kan hebben (punt 72). Belangrijker voor onze zaak is wat het Hof leert over de vraag of een thuiskopieheffing mogelijk is voor thuiskopieën gemaakt door een particulier vanaf of met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort. De tekst van art. 5 lid 2 onder b Arl leert niets over inrichtingen waarmee privékopieën worden vervaardigd en of daar van belang is of de maker van privékopieën dat op apparatuur doet in diens eigendom of meer algemeen wat het rechtskarakter is van de betreffende verhouding tussen de kopieerinrichting en de particulier die privékopieert (punt 86). Herhaald wordt in dit verband dat uitzonderingen als in art. 5 lid 2 onder b restrictief moeten worden uitgelegd (punt 87) en dat de richtlijn slechts bepaalde aspecten van het auteursrecht harmoniseert (punt 88 onder verwijzing naar punt 35 uit *Padawan*). Doordat art. 5 lid 2 onder b Arl niets vermeldt over de hier besproken vraag, is door de Uniewetgever te kennen gegeven dat 'deze niet van belang zijn voor het doel waarnaar hij met de gedeeltelijke harmonisatie streeft' (punt 88). Of de inrichting die een particulier gebruikt voor het maken van kopieën voor privégebruik aan hem moet toebehoren of ook aan een derde kan toebehoren, valt volgens het Hof daarom niet binnen de werkingssfeer van art. 5 lid 2 sub b Arl (punt 89). De Commissie had hier ook een koppeling tussen art. 5 lid 5 en art. 5 lid 2 onder b Arl bepleit, maar dat verwerpt het Hof expliciet (punt 90): lid 5 is volgens het Hof 'namelijk niet bedoeld om effect te hebben op de materiële inhoud van de onder [...] lid 2 [...] van deze richtlijn vallende bepalingen, en met name niet om de reikwijdte van de daarin voorziene beperkingen en restricties uit te breiden (zie *ACI Adam e.a.*, ECLI:EU:C:2014:254, punt 26)'.

- 3.42 In de arresten *VCAST* en *Austro-Mechana/Strato* was aan de orde hoe de regeling van art. 5 lid 2 sub b Arl zich verhoudt tot reproductiedienstverlening met behulp van de *cloud*. In beide zaken was bovendien sprake van dienstverlening van derden. Dat komt het dichtst in de buurt van hetgeen in onze zaak aan de orde is.
- 3.43 *VCAST*, een Engelse vennootschap, stelde aan haar klanten een systeem ter beschikking voor video-opname in gegevensopslagruimte in de *cloud* van terrestrisch – dat wil zeggen met hertzgolven via een zendmast – uitgezonden programma's van (met name) RTI, een Italiaanse televisieomroep⁷⁸. De klant koos daarbij op de website van *VCAST* een concrete uitzending uit het aanbod van televisiekanalen, het systeem van *VCAST* ving vervolgens met behulp van eigen antennes het televisiesignaal op en nam de gekozen uitzending op in de door de gebruiker in de *cloud* aangegeven opslagruimte⁷⁹. De klant kon vervolgens op ieder gewenst moment het voor hem opgenomen televisieprogramma terugkijken; hij beschikte over een kopie in de *cloud*.
- 3.44 Het Hof oordeelde dat art. 5 lid 2 sub b Arl in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die aan commerciële bedrijven reproductiedienstverlening toestaat, waarbij zonder toestemming van de rechthebbende door middel van een informaticasysteem op afstand in de *cloud* privé-kopieën worden opgeslagen, waarbij die commerciële ondernemingen actief tussenkomen bij de opname van die kopieën (punt 54).

⁷⁸ HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (*VCAST*), punt 14.

⁷⁹ Idem, punt 15. Die gegevensopslagruimte werd door de gebruiker weer bij een andere dienstverrichter gekocht, zodat sprake was van verschillende dienstverleners bij het maken van de kopie; de dienstverlening van de persoon die de opslagruimte in de *cloud* verkocht, speelde in deze zaak verder geen rol.

- 3.45 Dat lijkt erop te duiden dat (actieve) tussenkomst van een (commerciële) derde bij het maken van privé-kopieën niet is toegestaan, maar dat is een te snelle gevolgtrekking. Een belangrijk kenmerk van de dienstverlening van VCAST was namelijk dat dit niet alleen reproductie behelsde, maar óók het ter beschikking stellen van de betrokken werken en dus ook een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 Arl. De thuiskopie-exceptie van art. 5 lid 2 sub b Arl geldt sowieso niet voor mededelingen aan het publiek, omdat de rechthebbende altijd het exclusieve recht heeft om daar al dan niet toestemming voor te geven (punten 37-49). Bovendien moet de beperking van art. 5 lid 2 sub b Arl niet zo worden begrepen dat zij, boven op de uitdrukkelijk vastgelegde beperking, aan de houder van het auteursrecht verplichtingen oplegt om de inbreuken op zijn rechten te gedogen waarmee de vervaardiging van privé-kopieën gepaard kan gaan (punt 34). De dubbele dienstverlening van VCAST, reproductie en ter beschikkingstelling aan het publiek, lijkt in deze zaak de doorslag te hebben gegeven.
- 3.46 De vraag is daarmee nog steeds hoe tussenkomst van commerciële derden moet worden gezien in het licht van art. 5 lid 2 sub b Arl. In zijn conclusie voor het VCAST-arrest⁸⁰ is A-G Szpunar daar op ingegaan (onder 23-28). Hij onderscheidt twee soorten dienstverlening door derden: terbeschikkingstelling van opslagcapaciteit enerzijds en het maken van reproducties anderzijds. Voor bezit en terbeschikkingstelling van opslagcapaciteit is de Unierechtspraak volgens hem vrij duidelijk: lidstaten zijn bevoegd om compensatie te innen bij personen die gegevensdragers of opnameapparatuur aan het publiek ter beschikking stellen en er is geen principieel bezwaar om dit ook te doen wanneer die terbeschikkingstelling geschiedt in de *cloud* (onder 24). Hij vindt hiervoor steun in *Copydan*, dat de billijke compensatie voor thuiskopieën betrekking kan hebben op reproducties die zijn vervaardigd door een natuurlijke persoon met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.
- 3.47 Voor tussenkomst van derden bij het maken van de reproductie zelf betreft, is volgens A-G Szpunar een te strikte uitleg van art. 5 lid 2 sub b Arl niet gerechtvaardigd. Het is volgens hem duidelijk dat bij het maken van een reproductie van een werk en opslag daarvan in de *cloud* de tussenkomst van een derde nodig is, of het nu gaat om de aanbieder van die opslagruimte of een andere persoon. Wanneer de gebruiker namelijk een begin maakt met de reproductie, wordt, min of meer automatisch, een aantal processen in gang gezet die leiden tot een vervaardiging van een kopie van het werk in kwestie. Het enkele feit dat een derde tussenkomt op een wijze die verder gaat dan het eenvoudigweg ter beschikking stellen van gegevensdragers of apparatuur, maakt volgens hem nog niet dat die reproductie moet worden uitgesloten van de werkingssfeer van de thuiskopieregeling. Zolang het de gebruiker zelf is die het initiatief neemt om een reproductie te maken en het voorwerp 'en de overige voorwaarden bepaalt'⁸¹, ziet hij geen relevant verschil tussen die handeling en een reproductie die wordt vervaardigd door diezelfde gebruiker met behulp van apparatuur die hij rechtstreeks kan bedienen. Hij roept in herinnering dat volgens *Padawan* al uitdrukkelijk is toegestaan dat de billijke compensatie betrekking heeft op reproducties die zijn vervaardigd in het kader van het aanbieden van reproductiediensten.

⁸⁰ Conclusie A-G Szpunar van 7 september 2017 (ECLI:EU:C:2017:649) vóór HvJEU 20 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (VCAST).

⁸¹ Wat hij precies bedoelt met 'overige voorwaarden', wordt (mij) niet duidelijk. Mogelijk is dat de voorwaarde dat de gebruiker bepaalt waar de kopie wordt opgeslagen, zie onder 12 van zijn conclusie, waarin hij de dienstverlening van VCAST omschrijft en uitdrukkelijk aangeeft dat de opname die VCAST in opdracht van de klant maakt 'op de door de gebruiker aangegeven gegevensopslagruimte wordt geplaatst'.

- 3.48 Volgens A-G Szpunar zou een uitleg van art. 5 lid 2 sub b Arl waarin *elke* tussenkomst van derden is uitgesloten in de huidige tijd voor problemen zorgen. Tegenwoordig wordt namelijk niet alleen opslagruimte door derden aangeboden, maar ook de software die nodig is om een reproductie te maken. De reproductie waarbij een werk op een aan de betrokken gebruiker toebehorende stoffelijke gegevensdrager, bijvoorbeeld een CD, op de harde schijf van zijn computer wordt gekopieerd (een handeling die bij uitstek onder de uitzondering voor privé-kopieën valt) kan plaats vinden door middel van software die niet op de computer van de gebruiker is geïnstalleerd, maar op afstand als dienst ter beschikking wordt gesteld door een aanbieder. De tussenkomst van die aanbieder is voor de reproductie onontbeerlijk. Het is dan volgens A-G Szpunar niet logisch om die reproductie uit te sluiten van de thuiskopieregeling, terwijl een reproductie door dezelfde gebruiker door op diens computer geïnstalleerde software daar wél onder zou vallen.
- 3.49 Dat deze tussenkomst van een derde bij reproduceren tegen een vergoeding kan geschieden, maakt dat volgens A-G Szpunar niet anders (onder 26). Volgens hem ziet het vereiste dat geen sprake mag zijn van een commercieel oogmerk uit art. 5 lid 2 sub b Arl namelijk niet op de eventuele tussenkomst van een derde, maar op het gebruik dat van de kopie wordt gemaakt door de particuliere persoon.
- 3.50 Het Luxemburgse Hof heeft als gezegd in *VCAST* vervolgens geen oordeel gegeven of kopieën gemaakt door of middels een (*cloud*)dienstverlener onder de werkingssfeer van art. 5 lid 2 sub b Arl kunnen vallen.
- 3.51 In de meest recente zaak uit 2022 over die bepaling, *Austro-Mechana/Strato*⁸² was opnieuw clouddienstverlening aan de orde. Strato verleende een dienst waarbij zij aan haar klanten opslagruimte in de *cloud* ter beschikking stelde en de vraag was of Austro-Mechana (een Oostenrijkse collectieve beheersorganisatie van auteursrechten) daarvoor een billijke vergoeding kon heffen bij Strato. Het HvJEU overwoog eerst dat er sprake was van een reproductie, aangezien de dienstverlening van Strato er met name in bestond een kopie van een werk op te slaan in de *cloud* (punten 17-18). Het begrip 'op welke drager dan ook' van art. 5 lid 2 onder b Arl moet ruim worden uitgelegd en omvat alle dragers waarop een beschermd werk kan worden gereproduceerd, daaronder begrepen servers zoals die bij *cloudcomputing* worden gebruikt (punten 21 en 30). Het feit dat de servers waarop de kopieën worden opgeslagen niet aan Strato toebehoorden maar aan derden, is volgens het Hof niet relevant (punt 23). Geoordeeld wordt dan ook dat art. 5 lid 2 onder b Arl zich mede uitstrekt tot het maken van privé-kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken op een server waarop de aanbieder van cloudcomputingdiensten opslagruimte ter beschikking stelt van een gebruiker (punt 33). Volgens het Hof strookt deze uitleg met het beginsel van technologische neutraliteit, wat meebrengt dat moet worden voorkomen dat de auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie achterhaald wordt of in onbruik raakt door de voortgang van technologische ontwikkeling en de opkomst van nieuwe exploitatievormen van auteursrechtelijk beschermde content. Dit beginsel, dat ook als doelstelling van de Auteursrechtrichtlijn in overwegingen 2 en 5 is verankerd, brengt mee dat rekening moet worden gehouden met technologische ontwikkelingen en met de opkomst van met name digitale dragers en cloudcomputingdiensten (punt 28).

⁸² HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*).

- 3.52 Zodoende lijkt de Unierechtspraak in de richting te wijzen dat ook kopieën die door tussenkomst van derden zijn gemaakt onder art. 5 lid 2 sub b Arl kunnen vallen. Dat lijkt ook te gelden voor derden met een commercieel oogmerk. Dit zou tot de gedachte kunnen leiden dat elke kopie voor privégebruik door een natuurlijk persoon, al dan niet met behulp van een (met commercieel oogmerk handelende) derde gemaakt, onder de werkingssfeer van art. 5 lid 2 onder b Arl valt. Dat is echter niet het geval, omdat uit *ACI Adam* volgt dat de uitzondering voor kopieën voor privégebruik afhankelijk is van de voorwaarde dat de reproductie een geoorloofde bron heeft⁸³. Dat brengt mij bij de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl.

De driestappentoets (art. 5 lid 5 Arl)

- 3.53 Lid 5 van art. 5 Arl bepaalt dat de in de leden 1-4 bedoelde beperkingen en restricties slechts (i) in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast, mits (ii) daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en (iii) de belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (de 'driestappentoets')⁸⁴.
- 3.54 Over de verhouding tussen de driestappentoets en de uitzonderingen van art. 5 lid 2 Arl is in *ACI Adam* (en bevestigd in *Copydan*, punt 90, zie hiervoor in 3.41) geoordeeld dat art. 5 lid 5 Arl geen wijziging aanbrengt in de uitzonderingen van lid 2, in de zin dat lid 5 niet de materiële inhoud van die uitzonderingen definieert en met name niet de reikwijdte daarvan uitbreidt, maar alleen wel de voorwaarden van de toepassing ervan nader preciseert⁸⁵. De driestappentoets speelt zodoende pas een rol op het moment dat de uitzonderingen door de lidstaten worden toegepast en dient als aanknopingspunt voor de uitleg van de uitzonderingen bij de toepassing ervan in het nationale recht van de lidstaten, maar ook voor de uitleg van de bepalingen van de Auteursrechtlijn door het HvJEU zelf⁸⁶. De mogelijkheid van lidstaten om uitzonderingen op het reproductierecht te voorzien (bijvoorbeeld in de vorm van een thuis kopiëestelsel) wordt met andere woorden *beperkt* door de driestappentoets⁸⁷.
- 3.55 Bij de vraag of een bepaalde dienst naar het nationale recht van een lidstaat kan vallen onder de uitzondering op het reproductierecht volgens art. 5 lid 2 sub b Arl moet de

⁸³ HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm, IER 2015/4 m.nt. N. Ringnalda (*ACI Adam*).

⁸⁴ De driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl is gebaseerd art. 9 lid 2 van de Berner Conventie (BC), zie bijv. A-G Szpunar in zijn conclusie vóór HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (*VCAST*), onder 57 en s.t. HP c.s. 1.3 onder verwijzing naar Kamerstukken II 1987-1988, 20 656, nr. 3, p. 2. De driestappentoets uit art. 9 lid 2 BC is vrijwel gelijklopend aan art. 5 lid 5 Arl: 'Het is aan de wetgeving van de landen van Unie voorbehouden in bijzondere gevallen het verveelvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits de verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde schaadt.'

⁸⁵ HvJEU 10 april 2014, C-435/12, EU:C:2014:254, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm, IER 2015/4 m.nt. N. Ringnalda (*ACI Adam*), punten 25 en 26.

⁸⁶ A-G Szpunar in zijn conclusie vóór HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (*VCAST*), onder 58.

⁸⁷ De driestappentoets is uitdrukkelijk niet bedoeld om de uitzonderingen (beperkingen en restricties) uit te breiden, zie o.a. *ACI Adam* en *Copydan* punt 90, beide al aangehaald. Door Nederland was in de *ACI Adam* zaak juist bepleit dat de driestappentoets kan worden gebruikt om de bepalingen van lid 2 en lid 3 van art. 5 Arl op te rekken, maar dat heeft het HvJEU verworpen, in die zin ook Hugenholtz' NJ-noot onder die uitspraak, NJ 2016/186, p. 2386.

driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl in aanmerking worden genomen⁸⁸. Dat heeft A-G Szpunar door-geëxerceerd in zijn conclusie in de al aangehaalde VCAST-zaak en hij kwam (onder 57-69) tot de conclusie dat de door VCAST aangeboden diensten *niet* door de beugel van art. 5 lid 5 Arl konden, omdat zij een aantasting vormde van de normale exploitatie door de rechthebbenden. Zijn beschouwingen zijn naar ik meen voor onze zaak bij uitstek relevant, zodat ik die iets uitvoeriger bespreek nu.

- 3.56 De eerste en derde stap van de driestappentoets neemt Szpunar samen en die combinatie bestaat erin te toetsen of de thuiskopie-uitzondering slechts wordt toegepast in bijzondere gevallen waarin de belangen van de rechthebbenden van auteursrechten niet op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad⁸⁹. Aangezien elke uitzondering op het monopolie van de auteur (op het reproductierecht) hem, als zijnde een beperking van zijn rechten, in zekere mate schaadt, vereist deze regel volgens Szpunar dat de toepassing van een gegeven uitzondering wordt beperkt tot situaties waarin die toepassing wordt gerechtvaardigd door de bestaansredenen (de ratio) van de uitzondering. Het is immers alleen die ratio die de door de toepassing van de uitzondering veroorzaakte schade rechtvaardigt.
- 3.57 De ratio voor de thuiskopie-exceptie kan volgens hem in verschillende factoren worden gezocht, maar algemeen is aanvaard dat de voornaamste ratio is dat het voor de rechthebbenden onmogelijk, althans uiterst moeilijk is om toezicht uit te oefenen op het gebruik dat van hun beschermde rechten wordt gemaakt door personen die daar op legale wijze toegang toe hebben. Dergelijk toezicht zou bovendien een onaanvaardbare inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers kunnen vormen.
- 3.58 Die rechtvaardiging voor een inbreuk op het monopolie van de auteur op diens reproductierecht gaat volgens Szpunar niet op voor de dienst die VCAST aanbood. Die dienst beperkte zich namelijk niet tot de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers, aangezien de voorafgaande fase waarin de reproductie werd vervaardigd en waarin VCAST toegang bood tot televisie-uitzendingen, in de openbare sfeer plaatsvond, in het kader van de economische activiteiten van die onderneming, waarop de rechthebbenden van de auteursrechten eenvoudig toezicht konden uitoefenen. Volgens Szpunar staat er niets aan in de weg dat die rechthebbenden verlangen dat voor die dienst om hun toestemming wordt verzocht en dat VCAST dit verzoek vervolgens ook doet.
- 3.59 Szpunar legt in dat verband de nadruk op het verschil tussen de situatie van VCAST en marktdeelnemers die aan gebruikers apparatuur of gegevensdragers beschikbaar stellen of die reproductiediensten aanbieden. Die apparatuur, gegevensdragers en diensten kunnen namelijk worden gebruikt voor de reproductie van beschermde werken, maar ook voor andere doeleinden. Bovendien is niet van tevoren bekend welke werken eventueel worden

⁸⁸ O.a. A-G Szpunar in zijn conclusie vóór HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (VCAST), onder 59.

⁸⁹ De Nederlandse tekst van art. 5 lid 5 Arl heeft als derde vereiste (derde stap) dat de 'beperkingen en restricties' slechts mogen worden toegepast indien "*de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad*". De zinssnede in de Nederlandse vertaling van de conclusie van A-G Szpunar dat de belangen van de rechthebbende niet op 'ongerechtvaardigde wijze' mogen worden geschaad, is de vertaling van het Franse origineel dat de thuiskopie-uitzondering moet worden toegepast "*dans des cas spéciaux qui ne causent pas un préjudice injustifié aux titulaires des droits d'auteur*", hetgeen woordelijk overeenkomt met de Franse tekst van art. 5 lid 5 Arl. Er is dus geen andere toets bedoeld met het vereiste dat de belangen van de rechthebbende niet op *ongerechtvaardigde wijze* mogen worden geschaad (in plaats van dat deze *niet onredelijk* mogen worden geschaad).

gereproduceerd en wie dus de rechthebbenden zijn. Het zou daarom volgens hem zinloos zijn om van die marktdeelnemers te verlangen dat zij de rechthebbenden van de auteursrechten om toestemming verzoeken voor de verkoop of verhuur van die apparatuur of het verrichten van die diensten. Een dienst zoals VCAST aanbiedt heeft daarentegen uitsluitend tot doel om van tevoren concreet aangewezen (want van de programmering van de televisiekanalen deel uitmakende) werken beschikbaar te stellen en te reproduceren, waarbij de rechthebbenden van de auteursrechten dus bekend zijn.

- 3.60 Volgens A-G Szpunar schaadt de toepassing van de thuiskopie-exceptie op diensten die eenvoudig onder de werking van het normale monopolie van de rechthebbenden kunnen worden verricht, de rechthebbenden op ongerechtvaardigde wijze. Hij maakt daarbij de vergelijking met de regel uit *ACI Adam* dat toepassing van de thuiskopie-exceptie op kopieën van werken op basis van illegale bronnen een ongerechtvaardigd nadeel voor de rechthebbenden zou opleveren, aangezien zij dan verplicht zouden zijn om gevallen van piraterij te dulden buiten situaties waarin de gebruikers de werken in hun persoonlijke levenssfeer benutten.
- 3.61 Bij de tweede stap van de driestappentoets, het vereiste dat geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk, moet worden nagegaan welke schade concreet wordt geleden door de rechthebbenden.
- 3.62 Volgens A-G Szpunar vormt alleen al het feit dat het voor de rechthebbenden als gevolg van de te ruime afbakening van de reikwijdte van de thuiskopie-exceptie onmogelijk is om toezicht uit te oefenen op de exploitatie van hun werken door derden, een inbreuk op de normale exploitatie van het werk, aangezien dat toezicht buiten het op legitieme gronden aan de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker voorbehouden terrein, tot de normale exploitatie behoort.
- 3.63 Bovendien wijst Szpunar erop dat de dienst van VCAST betekent dat door middel van de opname van een televisie-uitzending die uitzending ten eerste buiten het daarvoor geprogrammeerde tijdvak kan worden bekeken en dat daarvan in de tweede plaats een kopie kan worden bewaard om deze een tweede keer te kunnen bekijken of te verplaatsen naar een ander apparaat dan het televisietoestel, bijvoorbeeld een draagbaar apparaat. De dienst van VCAST vormt zo gezien een andere dienst naast de aanvankelijke uitzending. De televisieomroepen zouden die dienst zelf kunnen leveren en op die manier de werken waarvan zij de rechten houden kunnen exploiteren en extra inkomsten kunnen realiseren. Het feit dat deze dienst wordt verricht door VCAST zonder toestemming van die televisieorganisaties doet dus afbreuk aan die vorm van exploitatie van die werken.
- 3.64 Een andere reden waarom de dienst van VCAST volgens A-G Szpunar afbreuk doet aan de normale exploitatie van die werken, is dat de rechthebbenden met name inkomsten verkrijgen uit reclame-inkomsten. Die inkomsten zijn de tegenprestaties in het kader van de exploitatie van de werken waarvan die organisaties de auteursrechten houden. De uitzending van de werken trekt immers kijkers aan, hetgeen de reden is dat adverteerders bereid zijn om zendtijd in te kopen. VCAST concurreerde dus rechtstreeks met die organisaties op de reclamemarkt. Het feit dat VCAST zonder toestemming die werken exploiteerde, had tot gevolg dat die concurrentie oneerlijk was. Het toestaan daarvan uit hoofde van de thuiskopieregeling doet volgens Szpunar daarom noodzakelijkerwijs afbreuk aan de normale exploitatie van die werken.

- 3.65 A-G Szpunar concludeert dan ook dat de toepassing van de uitzondering van art. 5 lid 2 sub b Arl op een dienst als die van VCAST afstuit op de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl (onder 70). Het Hof kwam aan deze voor onze zaak belangrijke kwestie vervolgens helaas niet toe⁹⁰.

Tussenevaluatie en vooruitblik

- 3.66 De vraag of art. 5 lid 2 sub b Arl zo kan worden uitgelegd dat offline streaming copies onder de werkingssfeer van die bepaling vallen, is nog niet beantwoord door het HvJEU, zodat geen sprake is van een *acte éclairé*. Er is naar ik meen wel te beargumenteren dat hier sprake is van een *acte clair*, maar alvorens die te bespreken geef ik hier alvast te kennen dat volgens mij over de juiste toepassing van het Unierecht hier redelijkerwijs twijfel kan bestaan, zodat het stellen van prejudiciële vragen geïndiceerd lijkt in deze bodemzaak, net als in de parallelle SONT-zaak.
- 3.67 Voor de argumentatie dat hier sprake kan zijn van een *acte clair* moet in de eerste plaats worden bedacht dat de betrokkenheid van derden niet zonder meer in de weg staat aan toepassing van de thuiskopie-exceptie uit art. 5 lid 2 onder b Arl. De thuiskopie-exceptie uit art. 5 lid 2 sub b Arl geldt tekstueel voor een reproductie ‘door een natuurlijk persoon voor privé-gebruik gemaakt’, maar het HvJEU legt die bepaling niet strikt uit. De tussenkomst van derden bij het maken van een kopie verhindert niet dat die kopie onder de werkingssfeer van art. 5 lid 2 sub b Arl kan vallen. Zowel gevallen waarin die tussenkomst alleen bestaat uit het ter beschikking stellen van apparatuur, als die waarin dat meer behelst (reproductiedienstverlening), kunnen onder de werkingssfeer van art. 5 lid 2 sub b Arl vallen, zo volgt uit de rechtspraak van het HvJEU.
- 3.68 Een tweede belangrijk aspect is de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl, die in aanmerking moet worden genomen bij de toepassing van nationale thuiskopieregelingen, omdat de nationaal geïmplementeerde uitzondering uit art. 5 lid 2 onder b Arl aan de driestappentoets uit lid 5 moet voldoen. Op grond van de driestappentoets dient de toepassing van de thuiskopieregeling zowel te worden beperkt tot (i) bepaalde bijzondere gevallen, zoals situaties die worden gerechtvaardigd door de ratio van de regeling, te weten het praktisch en principieel bezwaarlijk zijn van handhaving van auteursrechten in de persoonlijke levenssfeer van gebruikers, als tot (ii) situaties waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie door de rechthebbenden, zodat de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk worden geschaad. Ik zal hierna beargumenteren dat zowel de ratio, als de normale exploitatie in het geding lijken te komen, als offline streaming copies onder de Nederlandse thuiskopie-exceptie zouden worden gebracht.
- 3.69 Een derde springend element is de kwestie of het uitsluiten van opdrachtkopieën zoals offline streaming copies van de thuiskopieregeling valt binnen de grenzen waarin een lidstaat de werkingssfeer van art. 5 lid 2 onder b Arl mag beperken, wanneer hij die bepaling omzet in een nationale regeling. Die grenzen zijn hier dat er niet zonder rechtvaardiging onderscheid mag worden gemaakt tussen verschillende goederen of diensten waarvoor een billijke vergoeding wordt geheven of niet en dat de nationale wetgeving niet in strijd mag zijn met,

⁹⁰ HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (VCAST), punt 53.

of anderszins afbreuk mag doen aan, de doelstelling die wordt nagestreefd met de Auteursrechtlijn⁹¹.

- 3.70 Daarbij lijkt mij goed om in het achterhoofd te houden de basale gedachte die ik hiervoor 3.33 heb vooropgezet: de restrictie uit art. 16c Aw (nieuw) dat opdrachtkopieën door een professionele opdrachtnemer niet onder de Nederlandse thuiskopie-uitzondering op het reproductierecht vallen, betekent niet dat indien art. 5 lid 2 sub b Arl die inperking niet zou kennen – en een opdrachtkopie gemaakt door een professionele opdrachtnemer dus *wel* onder een volgens art. 5 lid 2 sub b Arl vallend thuiskopiestelsel *mogelijk* zou zijn – de Nederlandse thuiskopieregeling, die die mogelijkheid niet opneemt maar juist uitsluit van de nationale thuiskopie-exceptie, op dit punt niet conform de richtlijn is. Immers in lijn met A-G Sharpston in haar conclusie voor *VG Wort* zijn *minder vergaande maatregelen* (opdrachtkopieën door professionele opdrachtgevers vallen *buiten* de thuiskopieregeling en dus onder het ‘gewone’ reproductierecht van de rechthebbende) die dus *minder beperkingen op het reproductierecht* van de rechthebbende opleveren dan volgens de richtlijn in principe mogelijk zouden zijn, *wel* richtlijnconform (als aan de driestappentoets wordt voldaan en geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt in de in de vorige twee nummers bedoelde zin, voeg ik nu aan die basale gedachte toe).
- 3.71 Een gezichtspunt is dat deze aldus begrepen basale gedachte (met inbegrip van de aanvullingen) op zich lijkt te sporen met het stelsel dat uit de rechtspraak van het HvJEU volgt. Een Leitmotiv in die rechtspraak is immers dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben om de verschillende aspecten van een billijk compensatiestelsel voor thuiskopieën in te richten en dat het aan de lidstaten is om te bepalen wie de billijke compensatie uit art. 5 lid 2 sub b Arl moet betalen en ook om de vorm, modaliteiten en het niveau daarvan aan te geven. Daar lijkt mij in te passen dat het een lidstaat toegestaan is om (onder evenbedoelde voorwaarden) opdrachtkopieën door een professionele opdrachtnemer *niet* onder de betreffende lidstatelijke thuiskopie-exceptie te laten vallen. Gezien werd bovendien dat een rechtvaardiging voor het onderscheid maken tussen verschillende categorieën gebruikers van beschermd materiaal erin kan bestaan dat rechthebbenden al een andere vorm van compensatie ontvangen of waarvoor al langs andere weg is betaald, zoals kort gezegd een licentievergoeding bij het Spotify-model. Ook daar lijkt mij in te passen dat opdrachtkopieën in de vorm van tethered downloads niet worden meegenomen in het Nederlandse thuiskopieheffingsstelsel. Als uitzondering op het reproductierecht van de rechthebbenden moet de thuiskopie-exceptie ook nog eens volgens vaste rechtspraak van het HvJEU restrictief worden toegepast, hetgeen nog beperkter dient te zijn in een digitale omgeving, en deze moet bovendien voldoen aan de driestappentoets. Zoals we in de bespreking van de klachten zullen zien, zijn offline streaming copies te zien als een normale vorm van exploitatie en die zou in strijd met de driestappentoets worden belemmerd als offline streaming copies onder de thuiskopieheffing zouden vallen. Dat kan allemaal in de richting wijzen dat de door de Nederlandse wetgever beoogde uitzondering op de thuiskopie-uitzondering voor opdrachtkopieën gemaakt door een commerciële/professionele opdrachtnemer richtlijnconform is. Of dat alles genoeg is om een *acte clair* aan te nemen in de onderhavige zaak (zie ook hierna in 3.95), is een beslispunt

⁹¹ Zie o.m. A-G Hogan in zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*), onder 30-31.

(hetzelfde geldt voor de SONT-zaak); zekerheidshalve stel ik in de nu volgende bespreking voor om wel prejudiciële vragen hierover te stellen aan het HvJEU.

3.72 Bezien wij tegen deze achtergrond de klacht van onderdeel 1.

Onderdeel 1 (offline streaming copies zijn thuiskopieën)

3.73 Onderdeel 1 bestrijdt alleen het oordeel in rov. 4.10 en het dictum dat offline streaming copies geen thuiskopieën zijn als bedoeld in art. 16c Aw. Dat geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat offline streaming copies reproducties zijn op een voorwerp bestemd om een werk ten gehore te brengen, te vertonen, of weer te geven, gemaakt door een natuurlijke persoon voor privégebruik en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk. Het onderdeel licht dit standpunt niet nader toe, ook niet bij s.t.; hetgeen bij repliek 1-3 nog wordt aangevoerd hierover, is tardief: Thuiskopie stelt daar dat in onderdeel 1 ‘principiëleel’ aan de orde is gesteld dat offline streaming copies als thuiskopie kwalificeren bij een juiste uitleg van art. 16c Aw conform art. 5 lid 2 onder b Arl.

3.74 Het hof heeft in rov. 4.1-4.11 geoordeeld dat offline streaming copies geen thuiskopie zijn. Nu Thuiskopie in de Procesinleiding niet concretiseert waarom dit rechtsoordeel onjuist zou zijn (maar dat pas summierlijk bij repliek en dus te laat doet), is niet tijdig voldoende duidelijk aangegeven waarom dit oordeel volgens Thuiskopie onjuist is. De klacht voldoet zo niet aan de daaraan te stellen eisen⁹² en lijkt mij al om die reden te moeten stranden. Het is ook geen inleiding op subonderdelen 1.1 en 1.3 (subonderdeel 1.2 ontbreekt), want die zijn niet gericht tegen rov. 4.10 en het dictum, zoals onderdeel 1, maar tegen rov. 4.4-4.6 en 4.9. Ik zie geen ruimte voor welwillende lezing hier; het lijkt een soort ‘vooropgestelde’ veegklacht. Intussen is dit wel de kern die partijen in beide cassatieprocedures verdeeld houdt. In het vervolg van de bespreking van onderdelen 1.1-3 wordt wel duidelijk dat indien de kwestie of offline streaming copies wel of geen thuiskopie kunnen zijn geen *acte clair* is – en dat dat wèl zo is, is best te verdedigen, zoals hiervoor is uiteengezet in 3.71 – er hier prejudiciële vragen in de rede liggen die in de conclusie in de parallelle SONT-procedure ook worden voorgesteld als vragen 1) en 2) in 3.113 en die in het verdere verloop van de bespreking in de onderhavige zaak identiek geformuleerd zullen worden in 3.96.

3.75 Subonderdeel 1.1 beklagt als onjuist de oordelen in rov. 4.5 en 4.6 dat opdrachtkopieën aan derden die met commercieel oogmerk handelen zijn uitgesloten als thuiskopie. Daarmee heeft het hof volgens de klacht de twee volgende, in onderlinge samenhang te beschouwen, punten miskend: (i) de parlementaire geschiedenis leert dat van een toegelaten privékopie sprake is als een privépersoon voor het maken van een kopie voor privégebruik gebruik maakt van een technische faciliteit die door een derde ter beschikking wordt gesteld, terwijl (ii) daarbij niet relevant is dat de aanbieder van die faciliteit een commercieel oogmerk heeft. Waar art. 16c Aw voorschrijft dat het kopiëren moet gebeuren ‘zonder direct of commercieel oogmerk’ – zo formuleert de klacht het, bedoeld zal zijn: ‘zonder direct of indirect commercieel oogmerk’, zoals de wetstekst van art. 16c lid 1 Aw luidt – gaat het namelijk om het oogmerk van de gebruiker van de kopieerfaciliteit, en niet de aanbieder van die faciliteit, waarbij de klacht verwijst naar art. 16 b (niet c) Aw en art. 5 lid 2 onder b Arl. Logischerwijs heeft een faciliteit waarmee offline streaming copies kunnen worden gemaakt een commercieel oogmerk bij het aanbieden van

⁹² B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel e.a. (red.), Cassatie 2019/106.

die faciliteit, maar dat is volgens de klacht niet relevant voor de kwalificatie van de gemaakte kopie als thuiskopie.

- 3.76 Nog daargelaten dat de verwijzing naar art. 16b Aw hier niet op zijn plaats is, omdat hier art. 16c Aw van toepassing is, mist deze klacht feitelijke grondslag, omdat de aangevallen oordelen in rov. 4.5 en 4.6 de punten (i) en (ii) uit subonderdeel 1.1 niet miskennen. Het ter beschikking stellen van middelen door een derde (handelend met commercieel oogmerk of niet, dat doet er niet toe) aan een privékopieerder om deze laatste *zelf* een privékopie te laten maken, is een toegestane thuiskopie opleverende figuur waarvoor een billijke vergoeding kan worden gevraagd. Dat moet worden onderscheiden van het als particulier opdracht geven aan een derde om *die derde zelf* een privékopie te laten maken *voor die particulier*; als die derde dat doet met commercieel oogmerk, is geen sprake van een thuiskopie in de zin van art. 16c Aw volgens de parlementaire geschiedenis. Het hof heeft dit niet miskend met zijn aangevallen beslissingen in rov. 4.5 en 4.6. Daar loopt onderdeel 1.1 op stuk.
- 3.77 Anders gezegd: Thuiskopie doelt met (i) op het onderscheid dat in de parlementaire geschiedenis wordt gemaakt tussen een onder de thuiskopieregeling vallend gebruik van (technische) apparatuur van derden om zelf, als particulier, een thuiskopie te vervaardigen en de geen thuiskopie opleverende variant van het in opdracht kopiëren door een commercieel/professioneel handelende derde ten behoeve van die particulier⁹³. Het hof heeft niet miskend dat een natuurlijke persoon bij het maken van een thuiskopie wel apparatuur van derden mag gebruiken; het heeft nergens geoordeeld dat dit niet zou mogen. Wel heeft het hof uit de parlementaire geschiedenis afgeleid dat de wetgever kopieën die in opdracht van een natuurlijke persoon zijn gemaakt door een professionele/commerciële derde ten behoeve van die natuurlijke persoon heeft willen uitsluiten van de thuiskopieregeling (rov. 4.4-4.6). Dit volgt ook inderdaad uit de parlementaire geschiedenis⁹⁴, zodat de uitleg op grond van de parlementaire geschiedenis in rov. 4.5 en van art. 16c Aw in rov. 4.6 niet onjuist is. Thuiskopie lijkt art. 16c Aw overigens zelf ook op die manier uit te leggen, althans in ieder geval voor zover het commerciële derden betreft. Zij stelt immers uitdrukkelijk dat zodra een derde met een commercieel oogmerk voor anderen kopieën gaat maken, van een toegelaten thuiskopie geen sprake is⁹⁵.
- 3.78 Dat óók uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een natuurlijke persoon bij het vervaardigen van een privékopie gebruik mag maken van (technische) middelen die door een derde ter beschikking zijn gesteld, doet aan die uitleg met andere woorden niet af. In haar toelichting bij het subonderdeel stelt Thuiskopie weliswaar verschillende keren dat zich in deze zaak een dergelijk geval voordoet⁹⁶, maar dat ziet op de vraag of offline streaming copies kwalificeren als opdrachtkopie dan wel als kopieën die door een natuurlijke persoon met behulp van (technische) middelen van derden zijn vervaardigd. Voor zover Thuiskopie over die kwalificatie klaagt in subonderdeel 1.1, mist het feitelijke grondslag, omdat het hof

⁹³ Zie o.a. Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

⁹⁴ Zie o.a. Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13 en Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

⁹⁵ S.t. Thuiskopie 29.

⁹⁶ S.t. Thuiskopie 22, 26 en 28.

in de door het subonderdeel bestreden rechtsoverwegingen niet offline streaming copies heeft gekwalificeerd, maar (de parlementaire geschiedenis en) art. 16c Aw heeft uitgelegd⁹⁷.

- 3.79 Dat maakt ook dat het hof niet heeft miskend dat het niet relevant is of de aanbieder van een faciliteit waarvan een natuurlijke persoon gebruik maakt om een kopie te maken een commercieel oogmerk heeft of niet, punt (ii) uit de klacht. Dat het hof dat heeft miskend, blijkt nergens uit. Het hof heeft als gezegd wel – en terecht – geoordeeld dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat art. 16c Aw zo moet worden uitgelegd dat een derde die een commercieel oogmerk heeft niet in opdracht van een natuurlijke persoon een privékopie voor die natuurlijke persoon kan maken die onder de thuiskopieregeling valt. Het feit dat de natuurlijke persoon zélf geen direct of indirect commercieel oogmerk mag hebben bij het kopiëren van een beschermd werk, zoals Thuiskopie omstandig betoogt⁹⁸, doet daar niet aan af. Beide zijn waar. Thuiskopie suggereert dat uit het feit dat de natuurlijke persoon geen commercieel oogmerk mag hebben zou volgen dat niet relevant is of de derde een commercieel oogmerk heeft, maar dat is niet zo.
- 3.80 Subonderdeel 1.1 is tevergeefs voorgesteld.
- 3.81 In subonderdeel 1.3⁹⁹ klaagt Thuiskopie dat het oordeel in rov. 4.9 onjuist is, althans ontoereikend is gemotiveerd, waarin het hof heeft geoordeeld dat de Nederlandse wetgever met de buitensluiting van door commerciële opdrachtnemers vervaardigde kopieën niet alleen het oog had op de situatie dat een derde tegen betaling een DVD/CD voor een natuurlijke persoon kopieert, maar ook op de situatie van de offline streaming copy. Daartoe heeft het hof overwogen dat bij offline streaming copies de gebruiker het kopieerproces in gang zet en bij de DVD/CD kopieersituatie niet, maar dat dit geringe verschil in het licht van het feit dat in beide situaties sprake is van een opdracht (aan een derde met commercieel belang) geen gewicht van betekenis in de schaal kan leggen. Daarmee is volgens Thuiskopie ten eerste miskend dat de wetgever niet het oog kan hebben gehad op offline streaming copies omdat dergelijke technologie ten tijde van de uitlatingen in de parlementaire geschiedenis nog niet bestond en ten tweede dat het punt van de vergelijking met de DVD/CD-kopieersituatie niet zozeer is wie de opdracht tot de kopie geeft of het kopieerproces in gang zet, maar dat de bedoeling van de wetgever was te verbieden dat professionele opdrachtnemers kopieën van CD's en DVD's konden maken. De bedoeling was niet te verbieden dat privépersonen zelf gebruik maakten van faciliteiten ter beschikking gesteld door professionele partijen.
- 3.82 De klacht dat het hof heeft miskend dat de wetgever niet het oog kan hebben gehad op offline streaming copies omdat die technologie ten tijde van de totstandkoming van het huidige art. 16c Aw nog niet bestond, faalt. Je kan dat argument in de eerste plaats net zo goed omdraaien (evenmin overtuigend): offline streaming copies kwalificeren niet als thuiskopie, omdat de wetgever dergelijke kopieën niet op het oog had bij het invoeren van de thuiskopieregeling¹⁰⁰. De vraag is juist hoe om moet worden gegaan met dit soort

⁹⁷ Het hof kwalificeert de offline streaming copies in rov. 4.8-4.10, terwijl het subonderdeel is gericht tegen rov. 4.5-4.6.

⁹⁸ S.t. Thuiskopie 30-41.

⁹⁹ Subonderdeel 1.2 ontbreekt.

¹⁰⁰ Dat de Nederlandse wetgever niet bekend was met streaming en offline streaming copies, dan wel tethered downloads, is aannemelijk omdat streamingsdienaastaanbieders zoals Netflix en Spotify destijds nog niet bestonden. De wetgever lijkt zich echter wel terdege bewust te zijn geweest van de online levering van muziek, informatie en beeld, waarbij de regering dacht aan het *'tegen betaling van Internet downloaden van muziek en*

gevolgen van de voortschrijdende techniek, met in het achterhoofd dat in het auteursrecht gepoogd wordt (ook hier¹⁰¹) techniekneutraal wet te geven, zodat die zo *future-proof* mogelijk is. Beoogd is zodoende dat kopieën gemaakt met modernere technieken dan destijds bekend, ook onder de thuiskopieregeling (en onder de uitzonderingen daarop, zoals opdracht kopieën) zouden vallen. Het komt dus aan op de aard en strekking van die regeling. De vraag is zo bezien dus of offline streaming copies, gezien de door de wetgever genoemde gevallen die het wel en niet onder de thuiskopieregeling heeft willen scharen en de ratio van de thuiskopieregeling, als thuiskopieën moeten worden gekwalificeerd. Het hof heeft dat niet miskend. Daar stuit deze klacht op af.

- 3.83 De tweede klacht faalt eveneens. Dat de wetgever niet heeft bedoeld te verbieden dat natuurlijke personen ('privépersonen', zoals het subonderdeel ze noemt, particulieren; het is duidelijk wie worden bedoeld) zelf gebruik maken van faciliteiten ter beschikking gesteld door professionele partijen, heeft het hof niet miskend, omdat nergens het tegendeel is geoordeeld. Het hof heeft geoordeeld dat van die situatie geen sprake is bij het maken van offline streaming copies, maar dat sprake is van een door de wetgever van de thuiskopieregeling uitgesloten opdracht kopie (rov. 4.1-4.10). Dat oordeel behelst geen ontkenning van het wel toegestaan zijn dat natuurlijke personen privé kopieën maken met behulp van apparatuur van derden. Voor zover de klacht nog aanvoert dat de wetgever met de uitsluiting van opdracht kopieën door commerciële/professionele opdrachtnemers alleen zou hebben bedoeld te verbieden dat professionele opdrachtnemers kopieën konden maken van CD's en DVD's, slaagt dat ook niet. Ik zie voor dat standpunt geen aanwijzing in de parlementaire geschiedenis en Thuiskopie licht deze zo begrepen klacht ook niet nader toe. Voor zover Thuiskopie zou klagen dit volgt uit het gegeven dat de wetgever niet het oog kon hebben gehad op offline streaming copies omdat die destijds niet bestonden, heeft daarvoor te gelden hetgeen in het vorige nummer is besproken.
- 3.84 De motiveringsklacht, tot slot, slaagt niet bij gebrek aan belang nu het aangevallen oordeel een rechtsoordeel is; bij een motiveringsklacht tegen een rechtsoordeel bestaat geen belang in cassatie¹⁰².

Onderdeel 2 (verhouding tussen art. 16c Aw en art. 5 lid 2 sub b Arl)

- 3.85 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het oordeel in rov. 4.7 dat in het midden kan blijven of art. 5 lid 2 onder b Arl aan de hoedanigheid van een thuiskopie de eis stelt dat deze niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer is vervaardigd, omdat het de lidstaten vrij staat de beperkingen van art. 5 lid 2 Arl slechts gedeeltelijk in te voeren en Nederland dus extra eisen mag stellen aan een thuiskopie en dus ook de hier bedoelde extra eis mag stellen, om de volgende drie redenen onjuist is. Het HvJEU heeft in de eerste plaats geoordeeld dat het voor de vraag of sprake is van een thuiskopie niet relevant is of de aanbieder van de clouddiensten waarmee de kopie op een server wordt opgeslagen al dan niet een commercieel oogmerk heeft. Het HvJEU heeft in de tweede plaats geoordeeld dat lidstaten weliswaar over discretionaire ruimte beschikken bij de invoering van de in art. 5 lid 2 Arl neergelegde beperkingen, maar dat zij die ruimte niet zodanig mogen gebruiken dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de doelstellingen van deze richtlijn, waaronder het

film', zie Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 9. Hoe dit paste binnen de thuiskopieregeling wordt echter niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4, 12 en 17.

¹⁰² B.T.M. van der Wiel in: Van der Wiel e.a. (red.), Cassatie 2019/113.

bieden van een hoog beschermingsniveau voor auteurs en het voorkomen dat de auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie achterhaald raakt door de voortgang van de technologische ontwikkeling en de opkomst van nieuwe vormen van exploitatie van auteursrechtelijke content. Ten derde heeft het HvJEU geoordeeld dat de lidstaten wanneer zij voorzien in de in de Auteursrechtlijn bedoelde uitzonderingen en beperkingen, het toepassingsgebied daarvan nog meer mogen beperken wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken, maar dat de lidstaten niet de mogelijkheid hebben het toepassingsgebied van dergelijke uitzonderingen of beperkingen uit te breiden. Volgens de klacht is het stellen van de extra eis dat de kopie niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer is vervaardigd om deze redenen in strijd met art. 5 lid 2 onder b Arl.

- 3.86 Het subonderdeel voert drie arresten van het HvJEU aan (*Austro-Mechana/Strato*¹⁰³, *Funke Medien*¹⁰⁴ en *ACI Adam*¹⁰⁵) en baseert daarop drie verschillende argumenten dat art. 5 lid 2 onder b Arl geen ruimte biedt voor de eis dat commerciële opdrachtkopieën niet onder de thuiskopieregeling vallen.
- 3.87 Ik begin met het derde en laatste argument. Uit het *ACI Adam*-arrest blijkt dat de Uniewetgever heeft willen toestaan dat lidstaten, wanneer zij voorzien in de in de richtlijn bedoelde uitzonderingen en beperkingen, het toepassingsgebied daarvan nog meer zouden mogen beperken wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken, maar dat lidstaten niet de mogelijkheid hebben het toepassingsgebied van dergelijke uitzonderingen of beperkingen uit te breiden. Dat de extra eis die voor de Nederlandse thuiskopieregeling geldt in strijd zou zijn met dit oordeel, zoals Thuiskopie betoogt, zie ik niet¹⁰⁶. De eis dat een privékopie niet mag worden vervaardigd door een commercieel/professioneel handelende derde breidt het toepassingsgebied van de thuiskopieregeling volgens mij niet uit, maar beperkt die juist. Door het stellen van die eis vallen dergelijke kopieën immers niet onder de thuiskopieregeling, terwijl de thuiskopieregeling de door het HvJEU bedoelde beperking vormt op het exclusieve reproductierecht.
- 3.88 Het tweede argument van subonderdeel 2.1 is dat de extra eis die het Nederlandse recht stelt aan thuiskopieën afbreuk doet aan de doelstellingen van de Auteursrechtlijn. De klacht noemt twee concrete doelstellingen waaraan de extra eis afbreuk zou doen, namelijk het bieden van een hoog beschermingsniveau voor auteurs en het voorkomen dat de auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie achterhaald raakt door de voortgang van technologische ontwikkelingen en de opkomst van nieuwe technologieën. De ruimte die lidstaten hebben om de beperkingen en uitzonderingen van art. 5 leden 2 en 3 Arl te implementeren wordt inderdaad begrensd door de eis dat de nationale wetgeving niet in strijd mag zijn met, of anderszins afbreuk mag doen aan de doelstellingen van de

¹⁰³ HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*).

¹⁰⁴ HvJEU 29 juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, Mediaforum 2020/9 m.nt. S.M. Kingma, NJ 2020/352 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Funke Medien*).

¹⁰⁵ HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm, IER 2015/4 m.nt. N. Ringnalda (*ACI Adam*).

¹⁰⁶ Thuiskopie licht dat ook niet toe. Zij licht bij s.t. 42-48 alleen de eerste twee argumenten toe.

Auteursrechtlijn¹⁰⁷. De twee genoemde doelstellingen zijn bovendien doelstellingen van de Auteursrechtlijn¹⁰⁸.

- 3.89 Hier lijkt mij met de extra eis juist geen afbreuk aan te worden gedaan. Thuis kopie stelt dat de consequentie van de extra eis is dat auteurs niet worden gecompenseerd voor offline streaming copies¹⁰⁹, maar het tegendeel is het geval. Bij offline streaming copies worden de rechthebbenden juist wel betaald (rov. 4.1) en wel in de vorm van een vergoeding per stream; het is in wezen een primaire exploitatievorm voor rechthebbenden, waarvoor de eerder besproken ratio voor toepassing van een thuis kopievergoeding niet opgaat¹¹⁰. Zo bezien doet deze extra eis dus ook geen afbreuk aan een hoog beschermingsniveau voor auteurs, omdat het offline primaire exploitatie in streamverband faciliteert, in plaats van dat rechthebbenden hier genoeg zouden moeten nemen met een thuis kopievergoeding¹¹¹. Thuis kopie betoogt ook nog dat de extra eis leidt tot een onacceptabel verschil in bescherming in de verschillende lidstaten¹¹². Dit is een misverstand, omdat bij art. 5 ArI slechts sprake is van beperkte harmonisatie¹¹³ en er niet zoiets is als een 'Europese thuis kopieregeling'. De lidstaten is juist veel ruimte gelaten om een thuis kopieregeling wel of niet in te voeren met als gevolg dat de nationale stelsels variëren van een algehele uitzondering van thuis kopieën op het exclusieve reproductierecht, via gradaties van beperkingen daarop, tot het helemaal niet invoeren van een uitzondering voor thuis kopieën¹¹⁴. Van strijd met de doelstellingen van de richtlijn lijkt mij dan ook geen sprake hier; variatie is inherent aan beperkte harmonisatie. Ik wijs er overigens op dat er ook vergelijkbare thuis kopiestelsels als het onze bestaan, zoals het Duitse bij voorbeeld¹¹⁵. Meer in het algemeen verliest Thuis kopie hier volgens mij uit het oog dat de *thuis kopie-exceptie zelf een uitzondering is op de hoofdregel van het exclusieve reproductierecht* van de rechthebbende en dat binnen een stelsel dat mogelijk maakt om ook helemaal af te zien van invoering van een thuis kopie-exceptie naast gradaties in de lidstatelijke excepties, verschillen gegeven zijn.

¹⁰⁷ A-G Hogan in zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana*), onder 31.

¹⁰⁸ Zie HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana*), punten 16, 25 en 28.

¹⁰⁹ S.t. Thuis kopie 46.

¹¹⁰ S.t. HP c.s. 1.5-1.6, 7.2 en 4.11 en dupliek 3.2.

¹¹¹ S.t. HP c.s. 5.17 stellen dat de klacht miskent dat het extra eisen stellen aan *beperkingen* op het reproductierecht sowieso geen afbreuk kan doen aan de genoemde doelstellingen van de richtlijn, omdat daardoor het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende een navenant ruimer bereik krijgt. Zie ook de vooropstelling hiervoor in 3.33.

¹¹² S.t. Thuis kopie 46.

¹¹³ De Nederlandse wetgever was zich daar ook van bewust, omdat de Auteursrechtlijn 'binnen de aangegeven kaders de vaak cultureel en maatschappelijk bepaalde verscheidenheid aan beperkingen tussen de lidstaten heeft willen respecteren', zie Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 8.

¹¹⁴ Ierland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk hebben geen thuis kopieregeling, terwijl in de EU-lidstaten die deze wel hebben de heffingsregelingen sterk uiteen lopen, zowel wat betreft de belaste voorwerpen, als ten aanzien van de hoogte van de heffing. Zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* 2019/5.36.

¹¹⁵ In par. 53 Urheberrechtsgesetz wordt het Urheberrecht (auteursrecht) beperkt in het geval van 'Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch'. Deze bepaling bevat m.a.w. een met de thuis kopieregeling vergelijkbare regeling. De Duitse regeling is een implementatie van de Auteursrechtlijn en geldt ook voor digitale verveelvoudiging, zie Dreier, aant. 3 bij par. 53, in: Dreier & Schulze, *Kommentar Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz & Kunsturhebergesetz*, 2015. Par. 53, lid 1, tweede zin bepaalt dat het kopiëren voor het privégebruik van natuurlijke personen door derden, buiten gevallen waarin op papier of een vergelijkbare analoge drager wordt gekopieerd, slechts is toegestaan in het geval de derde de kopie 'unentgeltlich' (gratis) vervaardigt. Zie hierover ook Dreier, aant. 3 en 13-17 en bij par. 53, in: Dreier & Schulze, a.w.

- 3.90 Thuis kopie betoogt verder dat de extra eis in strijd is met de doelstelling van de Auteursrecht richtlijn om te voorkomen dat de auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie achterhaald raakt door de voortgang van de technologische ontwikkeling en de opkomst van nieuwe vormen van exploitatie van auteursrechtelijke content¹¹⁶. Ook dit argument lijkt mij niet op te gaan in het geval van offline streaming copies. Thuis kopie betoogt ook hier namelijk dat de rechthebbenden moeten worden gecompenseerd voor de (voor hen nadelige) consequenties van die nieuwe technologieën zoals offline streaming copies (s.t. 48). Daarmee doelt Thuis kopie er kennelijk op dat de auteursrechthebbenden een billijke vergoeding moeten ontvangen voor de schade die zij lijden door offline streaming copies. In het geval van offline streaming copies staat echter vast dat rechthebbenden daarvoor betaald worden (rov. 4.1) en is de schadeloosstellingsnotie niet aan de orde bij deze vorm van primaire exploitatie, zoals we hiervoor al hebben gezien.
- 3.91 In het verlengde daarvan ligt het volgende, de opmaat tot de al aangestipte voor te stellen prejudiciële vragen, dezelfde die in de parallelle zaak van SONT worden voorgesteld. Er zijn (ook) andere argumenten die ervoor pleiten dat de uitkomst waar het hof toe komt – offline streaming copies zijn commerciële opdracht kopieën die buiten de thuis kopieregeling vallen – materieel juist is hier. Dat wordt inzichtelijk aan de hand van de *ratio* van de thuis kopieregeling en de *driestappentoets*. Dat zou maken dat (ook) belang bij cassatie hier kan ontbreken. Het argument van Thuis kopie op grond van *Austro-Mechana/Strato* dat het voor de vraag of sprake is van een thuis kopie als bedoeld in art. 5 lid 2 onder b Arl niet relevant is of de aanbieder van de clouddiensten waarmee de kopie op een server wordt opgeslagen al dan niet een commercieel oogmerk heeft, is mogelijk juist, maar laat volgens mij onverlet dat offline streaming copies weinig kans maken om door de driestappentoets heen te komen, terwijl evenmin de *ratio* voor een thuis kopieheffing voor offline streaming copies opgeld lijkt te doen, als eerder besproken.
- 3.92 De *ratio* van de thuis kopieregeling is als gezegd dat het auteursrecht niet, althans met ‘mindere kracht’, geldend is te maken door auteursrechthebbenden op massaal gedeelde content in de privésfeer, omdat het praktisch en principieel ondoenlijk en bezwaarlijk geacht wordt om het auteursrecht in die sfeer te handhaven. Die rechtvaardiging van de thuis kopieregeling lijkt mij niet op te gaan bij de offline streaming copies-dienstverlening van streamingsdienstaanbieders. Die dienstverlening beperkt zich immers niet tot de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers, aangezien de voorafgaande fase waarin streamingsdienstaanbieders zoals Netflix en Spotify toegang bieden tot werken van rechthebbenden en de reproducties die worden vervaardigd, in de openbare sfeer plaatsvindt in het kader van de economische activiteiten van die ondernemingen¹¹⁷. De rechthebbenden kunnen daar ook eenvoudig zelf toezicht op uitoefenen. Niets staat eraan in de weg dat rechthebbenden toestemming verlangen voor hun dienstverlening hier (het aanbieden van offline streaming copies aan abonnees) en dat streamingsdienstaanbieders daartoe aan hen een verzoek doen. Dat is ook wat er feitelijk in de praktijk gebeurt bij offline streaming copies¹¹⁸. De besproken *ratio* voor de thuis kopieregeling vormt hier dus geen rechtvaardiging voor een thuis kopieheffing ter delging van schade die voor de rechthebbenden zou voortvloeien uit online streaming copies; we zullen zo meteen ook zien

¹¹⁶ S.t. Thuis kopie 47-48.

¹¹⁷ Vgl. s.t. HP c.s. 1.4, waar HP c.s. betogen dat voor thuis kopieën kenmerkend is dat zij zich onttrekken aan de waarneming, controle en beheersing van de rechthebbenden. Het is het hiervoor gereleveerde betoog van A-G Szpunar in zijn conclusie vóór VCAST, zie hiervoor in 3.57-3.65.

¹¹⁸ S.t. HP c.s. 1.2, 1.5 en op verschillende andere plaatsen, alsmede dupliek 3.2.

dat de licentievergoedingen voor online en offline streaming copies *gelijk* zijn. De ratio voor de thuiskopieregeling laat zich hier niet gelden.

- 3.93 In dit verband moet bedacht worden (verder in de lijn van A-G Szpunar in zijn conclusie in de *VCAST*-zaak) dat de dienstverlening van streamingsdienstaanbieders zoals Netflix en Spotify verschilt van marktdeelnemers die aan gebruikers van beschermde content apparatuur of gegevensdragers beschikbaar stellen of die reproductiediensten aanbieden. Die apparatuur, gegevensdragers en diensten kunnen namelijk worden gebruikt voor de reproductie van beschermde werken, maar óók voor andere doeleinden. Bovendien is niet van tevoren bekend welke werken eventueel worden gereproduceerd en wie dus de rechthebbenden zijn. Een clouddienstverlener die opslagruimte in de cloud aanbiedt, weet niet wat de gebruiker daarmee gaat doen. Het kan zijn dat hij die opslagruimte gebruikt om eigen foto's en dergelijke op te slaan, maar hij kan die opslagruimte ook gebruiken voor kopieën van beschermde werken. De offline streaming copy-diensten zoals Netflix en Spotify die aanbieden, hebben daarentegen uitsluitend tot doel om van tevoren concreet aangewezen werken beschikbaar te stellen en te reproduceren, waarbij de rechthebbenden bekend zijn. Streamingsdienstaanbieders bieden met andere woorden geen 'kopieerfaciliteiten' waarmee kopieën kunnen worden gemaakt van willekeurig welk werk¹¹⁹, zoals clouddienstverleners dat wel doen. De diensten van streamingsdienstaanbieders zijn zodoende eenvoudig onder het normale monopolie van de rechthebbenden te exploiteren, het exclusieve reproductierecht. Het brengen van die offline streaming dienstverlening onder de thuiskopieregeling zou de wettige belangen van rechthebbenden daarom onredelijk schaden, een element uit de driestappentoets.
- 3.94 De thuiskopieregeling vindt zijn begrenzing ook in de eis dat de regeling geen afbreuk mag doen aan de normale exploitatie van werken, zo hebben we gezien. Dat volgt ook uit de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl, die weliswaar niet met zoveel woorden in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd, maar waarover in de wetsgeschiedenis is gezegd dat die wel kan dienen om een richtlijnconforme uitleg te geven van een bepaalde wettelijke beperking¹²⁰. Dienstverlening in de vorm van offline streaming copies is te zien als een normale (primaire) exploitatie door de rechthebbende¹²¹, omdat hij de streamingsdienstaanbieder daarvoor een licentie verleent en daarvoor een licentievergoeding ontvangt¹²². Door de streamingsdienstaanbieder wordt bijgehouden hoe vaak het werk offline wordt afgespeeld en dit wordt aan de rechthebbende gerapporteerd¹²³. De rechthebbende wordt namelijk per luisterbeurt van de offline streaming copy betaald door de streamingsdienstaanbieder, waarbij die vergoeding bovendien hetzelfde is als bij (online) streaming zelf¹²⁴. Streamingsdienstaanbieder Spotify geeft op haar website aan dat de gebruiker minstens eenmaal per dertig dagen online moet gaan, zodat Spotify kan tellen hoe vaak de offline streaming copy is afgespeeld en Spotify op basis daarvan de rechthebbende kan betalen, en dat de offline streaming copy automatisch wordt verwijderd als de abonnee

¹¹⁹ Dupliek 3.2, zie ook dupliek 3.3 over het verschil van een tethered download via Apple Music met het voorbeeld uit s.t. Thuiskopie 3.4.16-3.4.18 van een naderhand gekopieerd iTunes bestand dat volgens Thuiskopie op één lijn gezet kan worden daarmee (quod non).

¹²⁰ Zie Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 18 en Kamerstukken I 2003/2004, 28 482, E, p. 2.

¹²¹ Vgl. s.t. HP c.s. 1.5-1.6, 7.2 en 4.11 en dupliek 3.2.

¹²² S.t. HP c.s. 4.11.

¹²³ S.t. HP c.s. 1.5 en MvG 19 sub v en voetnoot 13.

¹²⁴ MvG 19, onder v en voetnoot 13 en prods. 8 en 9-1B, waarnaar wordt verwezen in s.t. HP c.s. 1.5.

zich niet aan die voorwaarde houdt¹²⁵. De faciliteit van offline streaming copies staat rechthebbenden dus toe om werken te exploiteren ook wanneer de consument geen, of een zwakke internetverbinding heeft (het is immers offline). Het is een bijkomende, maar 'normale', zo men wil primaire (licentie-)exploitatievorm, naast de exploitatie via (online) streaming. Indien offline streaming copies zouden worden aangemerkt als thuiskopieën, zou dat (potentieel) afbreuk doen aan die normale exploitatie. Streamingsdienaantbieders zouden dan immers geen licentie meer hoeven te ontvangen voor het aanbieden van offline streaming copies en dus ook geen, althans in ieder geval minder, vergoeding betalen aan rechthebbenden¹²⁶.

3.95 De vraag of offline streaming copies sowieso buiten de thuiskopieregeling vallen vanwege de driestappentoets kan als een *acte clair* worden gezien, zo valt te betogen (zie 3.71 hiervoor), maar daar lijkt wel gereede twijfel¹²⁷ over mogelijk, zodat het dienstig voorkomt daar vragen over te stellen aan het HvJEU, alvorens tot een finale bespreking te komen van subonderdeel 2.1¹²⁸.

3.96 Ik stel daarom voor om het HvJEU hierover de volgende vragen te stellen, indien geen *acte clair* kan worden aangenomen¹²⁹:

- 1) Dient art. 5 lid 2 onder b Auteursrechtlijn – in verbinding met art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn – aldus te worden uitgelegd dat reproducties met de kenmerken genoemd in rov. 4.2 van het in cassatie bestreden arrest in het hoofdgeding onder a) tot en met f) ('offline streaming copies' of 'tethered downloads' genoemd) niet onder die uitzondering/beperking op het exclusieve reproductierecht van art. 2 Auteursrechtlijn in de zin van art. 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn vallen?

¹²⁵ Zie prod. 9-1B waarnaar wordt verwezen in s.t. HP c.s. 1.5.

¹²⁶ Vgl. s.t. HP c.s. 5.17.

¹²⁷ Heel kort gezegd is de positie van Thuiskopie (net als van SONT in de parallelle procedure betoogt in subonderdeel 2.1) dat niet de streamingdienst, maar de gebruiker hier de kopie maakt met behulp van het interne technische kopieerproces of technische faciliteit dat de streamingdienst ter beschikking stelt, zie s.t. 4, 8, 16-18, 20, 22, 26, 28 en 41. Dit lijkt de elementen c-f uit rov. 4.2 van het hofarrest uit het oog te verliezen, of acht die aspecten voor de vraag of sprake is van een thuiskopie niet van belang. HP c.s. bestrijden bij dupliek 3.2 dat apps als Spotify en Netflix 'kopieerfaciliteiten' zijn in de door Thuiskopie bedoelde zin van klassiek, maar in een nieuw jasje (omdat hiermee geen kopieën te maken zijn van welk werk dan ook buiten de rechthebbende om). Hiermee lijkt wel geïllustreerd dat over deze kwestie gereede twijfel mogelijk is; ATR-annotatoren Van Loon en Power (ATR 2022/6 p. 178, l.k., 1^e al.) zijn kritisch over de lijn van het hof in de bestreden uitspraak: 'op zijn minst voor discussie vatbaar' is hun kenschets, onder verwijzing naar de al aangehaalde conclusie van A-G Szpunar voor VCAST (alhoewel die conclusie volgens mij, zoals geschetst in de inleiding, juist een *acte clair*-argument kan vormen voor het oordeel dat offline streaming copies niet door de driestappentoets komen, zie daar de gereede twijfel geïllustreerd. De annotatie vervolgt met: 'Bovendien weten we uit de rechtspraak van het HvJ EU dat het facultatieve karakter van de excepties uit de Infosoc-richtlijn begrensd wordt door de vereiste uniforme uitleg van autonome unierechtelijke begrippen' (onder verwijzing naar *Deckmyn*, *ACI Adam* en *Padawan*) en dat deze rechtspraak 'op zijn minst [noopt] tot enige voorzichtigheid bij afwijkende interpretaties door de nationale rechter – ook als het een facultatieve beperking betreft.' Ook Thuiskopie geeft aan dat 'niet uit te sluiten is' dat hier geen sprake is van een *acte clair*, in welk geval het in de rede ligt om prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van art. 5 lid 2 onder b Arl, aldus s.t. Thuiskopie 5 en 11 (zonder daar zelf voorstellen voor te doen).

¹²⁸ Aan het moeten passeren van de driestappentoets en de mogelijkheid om exploitatie van offline streaming copies te (moeten) zien als normale exploitatie, besteden de cassatiestukken van Thuiskopie geen aandacht.

¹²⁹ Dezelfde vragen heb ik voorgesteld in de conclusie in de parallelle SONT-zaak in 3.113. HP c.s. hebben bij MvG 42 en 51 ook prejudiciële vragen voorgesteld v.z.v. geen sprake zou zijn van een *acte clair*. H.P. c.s. hebben geen prejudiciële vragen gesuggereerd bij s.t., maar bij dupliek 1.1 n.a.v. de bij s.t. van Thuiskopie 5 en 11 gesuggereerde mogelijkheid dat vragen gesteld moeten worden aangegeven dat, zo daartoe zou worden overgegaan, zij zich daarover nog willen kunnen uitlaten, onder verwijzing naar de door HP c.s. bij grieven al voorgestelde vragen. Daartoe bestaat thans in de eerste plaats gelegenheid bij Borgersbrief.

- 2) Is daarbij een relevant gezichtspunt dat het begrijpen van 'offline streaming copies' in de in vraag 1) bedoelde zin onder een nationale regeling tot toekenning van een billijke vergoeding in de zin van art. 5 lid 2 onder 2 Auteursrechtlijn afbreuk doet aan de normale exploitatie van de betreffende werken, waarmee de wettige belangen van de rechthebbende onredelijk worden geschaad in de zin van art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn?
- 3) Indien vragen 1) en/of 2) ontkennend worden beantwoord, dient art. 5 lid 2 onder b Auteursrechtlijn – in verbinding met art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn – aldus te worden uitgelegd dat een nationale regeling tot toekenning van een billijke vergoeding waarbij reproducties die zijn vervaardigd met behulp van derden-opdrachtnemers die een commercieel oogmerk hebben daarvan zijn uitgesloten, daarmee onverenigbaar is?
- 4) Is daarbij een relevant gezichtspunt dat zelfs als art. 5 lid 2 onder b Auteursrechtlijn zou toestaan om de in vraag 3) bedoelde opdracht kopieën in beginsel wel te laten vallen onder een wettelijk stelsel voor het toekennen van een billijke vergoeding in de zin van die bepaling, een nationaal stelsel dat deze opdracht kopieën daarvan echter uitsluit niettemin in overeenstemming is met art. 5 lid 2 onder b Auteursrechtlijn, omdat minder vergaande maatregelen (opdracht kopieën van commerciële opdrachtnemers vallen buiten het nationale billijke vergoedingsstelsel en dus 'gewoon' onder het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende) die dus minder vergaande beperkingen op het exclusieve reproductierecht van de rechthebbende opleveren dan volgens art. 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn in beginsel mogelijk zouden zijn, ook in overeenstemming met art. 5 lid 2 onder b Auteursrechtlijn kunnen zijn, indien tevens aan art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn wordt voldaan en geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende goederen of diensten waarvoor een billijke vergoeding wordt geheven en de nationale regeling geen afbreuk doet aan de doelstellingen die worden nagestreefd met de Auteursrechtlijn?

3.97 Deze vragen zijn deels ook relevant te achten voor enkele volgende te bespreken onderdelen. Zoals bekend bestaat voor partijen gelegenheid om bij Borgersbrief te reflecteren op de voorgestelde vragen en om daarvoor eventuele (nadere) suggesties te doen.

3.98 In subonderdeel 2.2 klaagt ThuisKopie dat het oordeel in rov. 4.7 tevens rechtens onjuist is omdat het hof heeft miskend dat de Nederlandse wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de ruimte die lidstaten hebben om de uitzonderingen en beperkingen van art. 5 lid 2 onder b Arl te implementeren. Het subonderdeel voert daartoe aan dat de Hoge Raad in het *ThuisKopie*-arrest heeft geoordeeld dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de implementatiewet blijkt dat de Nederlandse wetgever niets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrechtlijn en het hof art. 16c lid 1 Aw daarom richtlijnconform had dienen uit te leggen en niet zelfstandig een extra eis, die niet is terug te vinden in de Auteursrechtlijn, kon formuleren.

3.99 Het *ThuisKopie*-arrest had, voor zover hier relevant, betrekking op de vraag of art. 16c Aw het kopiëren uit illegale bron en het mede hiervoor opleggen van een billijke vergoeding toestaat. Het hof had geoordeeld dat de Nederlandse wetgever dit inderdaad toe had gestaan en dat gelet op die uit de totstandkomingsgeschiedenis van de implementatiewet blijken de bedoeling van de wetgever daaraan niet kon afdoen dat dit wellicht in strijd was

met art. 5 lid 2 Arl, omdat de rechtszekerheid anders op onaanvaardbare wijze in het gedrang zou komen¹³⁰. Het hof achtte zich dus, wat de specifieke vraag naar het kopiëren uit illegale bron betreft, vanwege de rechtszekerheid niet gehouden tot richtlijnconforme uitleg van art. 16c Aw. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof in dit geval niet van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg had mogen afzien:

“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 Thuis kopie 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 Arl 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.”¹³¹

- 3.100 Uit dit oordeel volgt volgens mij in weerwil van Thuis kopie’s stellingname *niet* dat de Nederlandse wetgever *geen* gebruik heeft willen maken van de implementatieruimte die de Auteursrechtlijn biedt. Thuis kopie betoogt kennelijk dat het oordeel dat de wetgever de Auteursrechtlijn getrouw wilde omzetten¹³², betekent dat Nederland geen extra eisen heeft gesteld aan thuis kopieën, maar dat lijkt mij daar niet uit te volgen. Indien Nederland namelijk binnen de Unierechtelijke grenzen gebruik heeft gemaakt van de implementatieruimte die de richtlijn biedt, is dat immers nog steeds het getrouw omzetten van die richtlijn¹³³ en kan art. 16c Aw ook richtlijnconform worden uitgelegd. ‘Getrouw omzetten’ is ambivalent in een geval als hier waarin lidstaten een aanzienlijke ruimte hebben om een richtlijn bepaling te implementeren. Dat kan hier immers variëren van een algehele uitzondering op het exclusieve reproductierecht tot allerlei minder verstrekkende modaliteiten. De omzetting (implementatie) zou alleen dan niet getrouw zijn als de Nederlandse wetgever in strijd met de verplichtingen of de implementatievrijheid van de Auteursrechtlijn een daar niet mee sporende nationale thuis kopieregeling zou hebben ingevoerd. Dat zou het geval zijn wanneer de richtlijn geen ruimte zou laten voor het niet als thuis kopie aanmerken van commerciële opdracht kopieën. Zoals uit de voorafgaande bespreking duidelijk zal zijn, meen ik dat die ruimte er wel degelijk is en dat zelfs te verdedigen valt dat dat een *acte clair* is, maar dat zekerheidshalve daar beter de hiervoor in 3.96 voorgestelde prejudiciële vragen 3) en 4) kunnen worden voorgelegd aan het HvJEU.
- 3.101 Uit het fiscale *Wandelvierdaagse*-arrest¹³⁴ volgt bovendien volgens mij niet, zoals Thuis kopie in haar s.t. 50 ingang wil doen vinden, dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis ondubbelzinnig uitdrukking moet hebben gegeven aan de welbewuste bedoeling om gebruik te maken van de vrijheid die art. 5 lid 2 onder b Arl biedt. Dat arrest had betrekking op de

¹³⁰ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14 m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/532 (*Thuis kopie*), rov. 5.1.1.

¹³¹ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, IER 2013/14 m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/532 (*Thuis kopie*), rov. 5.1.3.

¹³² S.t. Thuis kopie 50. Thuis kopie noemt het daar ook nog ‘één-op-één’ omzetten.

¹³³ Vgl. s.t. HP c.s. 5.21.

¹³⁴ HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291 m.nt. R.J.G.M. van Widdershoven, BNB 2007/277 m.nt. D.B. Bijl (*Wandelvierdaagse*).

grens die richtlijnconforme uitleg vindt in *contra legem* interpretatie van het nationale recht; richtlijnconforme interpretatie kan in verband met het rechtszekerheidsvereiste niet leiden tot uitleg in strijd met de wet. Er is dus eerst uitleg van het nationale recht nodig om te bepalen of een nationale bepaling richtlijnconforme uitleg toelaat. In *Wandelvierdaagse* was de vraag of ook als de bewoordingen van de nationale bepaling richtlijnconforme uitleg toelaten, die verplichting tot richtlijnconforme uitleg desalniettemin kan afstuiten op een wetshistorische uitleg van de nationale bepaling. De Hoge Raad oordeelde dat in dat geval voor richtlijnconforme uitleg alleen dan geen plaats is, indien in de wetsgeschiedenis toelichtingen en uitlatingen zijn gedaan die ondubbelzinnig uitdrukking geven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten¹³⁵.

- 3.102 De *Wandelvierdaagse*-casus zag op het geval dat de wetgever welbewust wilde afwijken van waartoe de richtlijn verplichtte, dan wel wilde afwijken van de vrijheid die de richtlijn bood. Dat speelt niet in onze zaak. De klacht uit subonderdeel 2.2 is juist dat de wetgever niet de ruimte heeft gebruikt die de richtlijn de lidstaten biedt om de uitzonderingen en beperkingen van art. 5 Arl te implementeren, omdat met *Wandelvierdaagse* in de hand zou blijken dat dit pas kan als de wetgever dat ondubbelzinnig heeft aangegeven. De vraag of de wetgever de implementatieruimte die een richtlijn biedt heeft gebruikt, is een andere dan die of de wetgever heeft willen afwijken van een richtlijn. Alleen op die tweede vraag ziet het *Wandelvierdaagse*-arrest.
- 3.103 Dat het hof hier, zoals ThuisKopie stelt in haar s.t. 50, 'later alsnog' gebruik heeft gemaakt van de ruimte die de richtlijn biedt door de extra eis te stellen (nadat de wetgever die extra eis niet zou hebben gesteld), lijkt mij feitelijke grondslag missen. Het hof heeft immers terecht uit de parlementaire geschiedenis afgeleid dat de wetgever kopieën van de thuiskopieregeling heeft willen uitsluiten die door een commerciële dan wel professionele opdrachtnemer voor een particulier zijn gemaakt.
- 3.104 Afhankelijk of dit als *acte clair* kan worden gezien, of dat langs de lijn van de voorgestelde prejudiciële vragen hierover opheldering moet worden verkregen, is volgens mij hetzij binnen de grenzen van de implementatievrijheid gebleven bij de omzetting met het gewraakte vereiste van uitgesloten commerciële opdracht kopieën, ofwel moet over deze kwestie eerst duidelijkheid worden verschaft door het HvJEU (vgl. de in 3.96 voorgestelde vragen 3) en 4)). Deze opheldering is denk ik niet nodig (en dan zou belang in cassatie ontbreken bij subonderdeel 2.2), als de offline streaming copies al door de driestappentoets van de thuiskopieregeling buiten de deur worden gehouden van de thuiskopieheffing (de materie van de in 3.96 voorgestelde vragen 1) en 2)).
- 3.105 Subonderdeel 2.3 richt een rechtsklacht tegen rov. 4.7: dat de extra eis dat de kopie niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer mag worden gemaakt aansluit bij de tekst en doelstelling van art. 5 lid 2 onder b Arl, zo die eis daar niet al in besloten ligt of daaruit niet al voortvloeit, zodat die voorwaarde niet incoherent is en geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert, is volgens ThuisKopie in al haar onderdelen onjuist. Die eis sluit namelijk niet aan bij de tekst van art. 5 lid 2 onder b Arl en evenmin bij de doelstelling van de richtlijn, namelijk het creëren van een hoog

¹³⁵ HR 17 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291 m.nt. R.J.G.M. van Widdershoven, BNB 2007/277 m.nt. D.B. Bijl (*Wandelvierdaagse*), rov. 3.4.

beschermingsniveau ten gunste van auteurs. Dit maakt dat het oordeel dat die eis niet incoherent is en geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert, ook onjuist, maar dat oordeel is tevens om een andere reden onjuist. Met het stellen van die eis ontstaat een onderscheid tussen verschillende technologieën en verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen. Het maken van een kopie met een DVD of het opslaan van een kopie in de cloud zou dan wel als een thuiskopie kwalificeren, maar een offline streaming copy niet. Dat onderscheid is ongerechtvaardigd en in strijd met het beginsel van technologische neutraliteit waar de richtlijn vanuit gaat, aldus deze klacht.

- 3.106 Het hof heeft in rov. 4.7 voorafgaand aan de hier aangevallen passages geoordeeld dat Nederland op grond van de Auteursrechtlijn ruimte heeft om extra eisen te stellen aan een thuiskopie, nu lidstaten volgens onder andere *VG Wort* vrij zijn staat om de beperkingen op het reproductierecht uit art. 5 leden 2 en 3 Arl gedeeltelijk in te voeren. Daarop aansluitend is het hof in de hier bestreden passages uit rov. 4.7 (vanaf “*waarbij van belang is (...)*”) nader ingegaan op de extra eis dat de kopie niet door een commercieel/bedrijfsmatige opdrachtnemer mag worden gemaakt ten behoeve van een particulier. Het hof heeft in die passages kennelijk geoordeeld dat Nederland niet alleen ruimte heeft om extra eisen te stellen, maar dat ook deze extra eis verenigbaar is met de richtlijn. Daaraan ligt het oordeel ten grondslag dat het gaat om een eis die aansluit bij de tekst en doelstelling van art. 5 lid 2 onder b Arl, waaruit het hof afleidt dat de eis niet incoherent is en niet een ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert. Het hof overweegt ook nog dat de eis mogelijk al besloten ligt in, of voortvloeit uit art. 5 lid 2 onder b Arl zelf, maar laat in het midden of dat daadwerkelijk het geval is.
- 3.107 Ook hiervoor geldt dat belang bij deze klachten ontbreekt als de uitkomst wordt, al dan niet na het stellen van prejudiciële vragen, dat offline streaming copies niet door de driestappentoets komen en buiten het thuiskopieheffingsstelsel vallen – bijvoorbeeld bij positieve beantwoording van vragen 1) en 2) uit 3.96. Vervolg vragen 3) en 4) stellen in de kern de in de klacht opgeworpen problematiek aan de orde – waar dus alleen aan toe hoeft te worden gekomen bij negatieve beantwoording van vragen 1) en 2); dit alles tenzij op grond van een *acte clair* redenering wordt gevonden dat de hier bestreden ruimte er gewoon is en de klacht daarop afketst. Steun voor de visie dat die ruimte er lijkt te zijn, vind ik in de betrekkelijk recente conclusie van A-G Hogan conclusie voor *Austro-Mechana/Strato*¹³⁶. De ruimte voor lidstaten is sinds *Copydan* allereerst begrensd door het vereiste dat lidstaten geen uitvoeringsregeling voor de billijke compensatie kunnen vaststellen waarbij zonder enige rechtvaardiging onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen waarop de uitzondering voor het privé kopiëren ziet, of tussen verschillende categorieën gebruikers van beschermd materiaal¹³⁷. Volgens A-G Hogan dient dezelfde benadering te gelden voor diensten¹³⁸. De nationale wetgeving mag volgens A-G Hogan tot slot niet in strijd zijn met, of anderszins afbreuk doen aan het doel dat wordt nagestreefd met de Auteursrechtlijn¹³⁹. Hij

¹³⁶ A-G Hogan in zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*), onder 29-31.

¹³⁷ HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punt 33.

¹³⁸ A-G Hogan in zijn conclusie van 23 september 2021 (ECLI:EU:C:2021:763) vóór HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*), onder 31.

¹³⁹ Idem. In de oorspronkelijke Engelse versie van de conclusie heeft hij het over “*the underlying purpose of Directive 2001/29*”, wat m.i. het beste kan worden vertaald met “het onderliggende doel van de Auteursrechtlijn”, omdat hij het in pt. 36 heeft over “*the principal objectives pursued by Directive 2001/29*”, waarmee hij op de verschillende

benadrukt bij wijze van voorbeeld dat het van belang is dat lidstaten die ervoor kiezen om gebruik te maken van de uitzondering in art. 5 lid 2 onder b Arl dit doen op een wijze die technologisch neutraal is.

- 3.108 Over de klachten inhoudelijk in dit stadium nog het volgende.
- 3.109 Volgens Thuiskopie is dit vereiste in strijd is met de doelstelling van de Auteursrechtlijn om een hoog beschermingsniveau aan auteurs te bieden. Dat vormt een herhaling van zetten uit subonderdeel 2.1 en strandt op de bij de bespreking daarvan aangegeven gronden.
- 3.110 Dat bij het uitsluiten van commerciële opdrachtkopieën een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt en dit tot een non-technologie-neutrale regeling zou leiden, zoals de klacht verder gaat, zie ik niet. Het argument is dat de uitsluiting van commerciële opdrachtkopieën leidt tot een ongerechtvaardigd onderscheid in behandeling tussen verschillende technologieën en verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen. Als voorbeeld wordt aangevoerd dat het maken van een kopie met een DVD of het opslaan van een kopie in de cloud dan wel als een thuiskopie zou kwalificeren, terwijl het maken van een offline streaming copy dat niet zou zijn, maar dit lijkt mij geen zuivere voorstelling van zaken. De extra eis is op zichzelf immers technologie-neutraal geformuleerd¹⁴⁰ en vanwege de feiten uit de zaak toegepast op offline streaming copies. Het vereiste bepaalt niets over de technologie waarmee de derde de kopie vervaardigt, zodat een commerciële opdrachtkopie met een DVD of in de cloud evenmin als thuiskopie geldt¹⁴¹ – anders dan Thuiskopie hier suggereert. Met techniekneutraliteit levert dit zodoende geen spanning op en tot een niet gerechtvaardigd verschil in behandeling leidt dit qua resultaat ook niet: er wordt immers al voor de offline streaming copies betaald aan de rechthebbenden door de streamingdienaarbieder, zo hebben we gezien¹⁴². Daar komt bij dat er voor veel meer kopieën van werken op apparaten geldt dat dit geen thuiskopieën zijn, omdat sprake is van primaire exploitatie, zoals bij een krantenabonnement waarbij een krant (ook) op een smartphone of tablet van de abonnee wordt gereproduceerd¹⁴³. Daar is al voor betaald en ook daar bestaat geen rechtvaardiging voor een dubbele compensatie in de vorm van een thuiskopieheffing erbij, die de betreffende normale exploitatie onnodig geweld aan zou doen.
- 3.111 Dit is naar ik meen wat er in dit stadium inhoudelijk over de klachten van subonderdeel 2.3 moet worden gezegd.
- 3.112 In subonderdeel 2.4 richt Thuiskopie vervolgens een motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.7 dat de het vereiste van non-commerciële opdrachtkopie aansluit bij de tekst en doelstelling van art. 5 lid 2 onder b Arl, zo die eis daar niet al in besloten ligt of daaruit niet al voortvloeit, zodat die voorwaarde niet incoherent is en niet een ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert. Dat is ontoereikend gemotiveerd, nu niet wordt aangegeven waarom deze eis aansluit bij de tekst en doelstelling van art. 5 lid 2 onder b Arl en waarom

doelstellingen van de richtlijn doelt. Bij de uitdrukking '*the underlying purpose*' wijst hij in voetnoot 12 op art. 5 lid 5 Arl waarin de driestappentoets is neergelegd.

¹⁴⁰ In gelijke zin s.t. HP c.s. 5.32

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² In gelijke zin s.t. HP c.s. 5.34.

¹⁴³ Voorbeeld gegeven in s.t. HP c.s. 1.6, waarin ook het voorbeeld wordt gegeven van een betaalde game of app op een smartphone, maar dat lijkt uit het oog te verliezen dat software o.g.v. art. 45n Aw niet onder de thuiskopie-exceptie valt, zodat het reproductierecht op apps ten volle kan worden geëxploiteerd, zoals SONT terecht aanvoert bij dupliek 1.1.5 in de parallelle procedure.

die voorwaarde niet incoherent is en geen ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert.

- 3.113 Hier kan ik kort over zijn. De klacht valt een rechtsoordeel aan met een motiveringsklacht. Dat kan niet tot cassatie leiden, omdat een rechtsoordeel niet met succes met een motiveringsklacht kan worden bestreden¹⁴⁴.

Onderdeel 3 (oordeel over de maker van de kopie)

- 3.114 Volgens onderdeel 3 is oordeel in rov. 4.8 ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft daar geoordeeld dat de gebruiker bij offline streaming copies het kopieerproces in gang zet en dat de aanbieder dat kopieerproces vervolgens feitelijk uitvoert en voltooit. Dat handelen van de aanbieder vindt plaats naar aanleiding van een signaal van de gebruiker (het drukken op de knop 'download') en dat betekent dat de aanbieder in opdracht van de gebruiker handelt. De klacht hiertegen is dat de aanbieder het kopieerproces niet uitvoert. Het feit dat de gebruiker de downloadoptie (de faciliteit) moet gebruiken die de aanbieder ter beschikking stelt, betekent niet dat daarom de aanbieder het kopieerproces uitvoert. Het blijft immers de gebruiker zelf die opdracht geeft om het verder automatisch lopende procedé in gang te zetten en te voltooien op het eigen apparaat; daar komt geen eigen activiteit of initiatief van de aanbieder bij kijken (waarbij wordt verwezen naar de conclusie van A-G Szpunar voor VCAST onder 25)¹⁴⁵. Daarbij moet worden bedacht dat ook bij andere technieken waarmee thuiskopieën worden gemaakt derden een rol kunnen spelen, terwijl dat laatste niet in de weg staat aan de kwalificatie als thuiskopie, zoals bij het maken van een kopie in de cloud. Dat kan de consument namelijk ook niet zelfstandig doen, daarbij zijn beheerders van servers (computers van derden) betrokken (onder verwijzing naar rov. 5.8). Bij het opslaan van een kopie van een werk in de cloud is echter wel sprake van een thuiskopie, zo oordeelt ook het hof in rov. 5.3 en het HvJEU¹⁴⁶.
- 3.115 Het subonderdeel bepleit in wezen het tegenovergestelde van wat het hof heeft geoordeeld in rov. 4.8, te weten dat het niet de streamingdientaanbieder is die het kopieerproces uitvoert, maar de gebruiker. De klacht voert twee argumenten op daarvoor: (i) passeren van de essentiële stelling bij MvA 31 dat de gebruiker zelf opdracht geeft dat een verder automatisch verlopend proces in werking zet en voltooit en (ii) dat in rov. 5.3 wordt geoordeeld dat bij het opslaan van een kopie in de cloud wel sprake is van een thuiskopie, die de consument volgens rov. 5.8 niet zelfstandig kan maken, omdat daarbij de beheerders van servers (computers van derden) zijn betrokken, zodat hier sprake is van innerlijke tegenstrijdigheid in het arrest.
- 3.116 Het niet volgen van (i) maakt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. In de stelling bij MvA 31 gaat Thuiskopie er zelf ook vanuit gaat dat de gebruiker opdracht geeft tot het maken van een kopie. Dat doet het hof ook in rov. 4.2 onder b: door op de download-knop te drukken geeft de gebruiker aan welke werken hij als offline streaming copies ter beschikking wil hebben en in rov. 4.8 oordeelt het hof dat de gebruiker het kopieerproces in gang zet (onder verwijzing naar rov. 4.2 onder b). Volgens Thuiskopie geeft de gebruiker zodoende 'opdracht' om het proces 'in gang te zetten en te voltooien', waaruit ook volgt dat het niet de gebruiker

¹⁴⁴ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel e.a. (red.), Cassatie 2019/113.

¹⁴⁵ Conclusie van A-G Szpunar van 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:649 vóór HvJEU 29 november 2017, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:912, AMI 2018/6 m.nt. J.R. Spauwen, IER 2018/24 m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2019/370 m.nt. P.B. Hugenholtz (VCAST).

¹⁴⁶ Onder verwijzing naar HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 (*Astro-Mechana/Strato*).

zelf is die het kopieerproces uitvoert, anders hoef je daartoe geen opdracht te geven (aan jezelf). Dat bij het maken van de kopie geen 'eigen activiteit of initiatief' van de aanbieder komt kijken, doet aan de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof volgens mij niet af. Dat heeft Thuiskopie namelijk niet aangevoerd in feitelijke instanties en zij maakt niet duidelijk waarom dit relevant is voor de vraag wie de kopie maakt.

3.117 Over (ii) het volgende. Het feit dat bij het maken van een kopie in de cloud computers van derden zijn betrokken en dat dit niet afdoet aan de kwalificatie als thuiskopie, maakt het aangevallen oordeel in rov. 4.8 niet onbegrijpelijk. In de andere passages uit het arrest waar Thuiskopie aan refereert staat niet dat de kopie wordt gemaakt door de computers van de derden, maar juist dat als vaststaand moet worden beschouwd dat smartphones, pc's/laptops of tablets nodig zijn om gegevens in de cloud op te slaan en dat deze voorwerpen kunnen worden gebruikt voor het vervaardigen van privéreproducties c.q. dat vanaf of met behulp van deze voorwerpen kopieën voor privégebruik kunnen worden vervaardigd, zodat de heffing kan worden gelegd op deze door HP c.s. aan particulieren ter beschikking gestelde voorwerpen (rov. 5.8). De betrokkenheid van de cloudcomputers (computers van derden) ziet hier op het feit dat de kopieën op die computers worden opgeslagen. Het hof overweegt in de eerste zin van rov. 5.8 dat de kopie wordt vastgelegd op de server van de clouddienst en het hoofdzakelijk voorwerpen als smartphones e.d. zijn waarmee de consument toegang heeft tot de cloud en de kopie maakt. De consument vervaardigt met andere woorden de kopie met zijn smartphone etc. en die kopie wordt vastgelegd in de cloud (op een server/computer van een derde). Anders dan in het geval van offline streaming copies geeft de consument geen opdracht aan de clouddienstverlener om een kopie te maken, en de clouddienstverlener maakt ook de kopie niet. Als dat wel zo zou zijn, zou dat evenzogoed een uitgesloten commerciële opdrachtkopie zijn. Het onderscheid in de parlementaire geschiedenis tussen reproductie met behulp van apparatuur van een derde en een opdrachtkopie aan een commerciële derde moet worden uitgelegd in het licht van de driestappentoets en dan vallen niet alle commerciële opdrachtkopieën buiten de thuiskopieregeling, maar wel commerciële opdrachtkopieën die niet door de driestappentoets heen komen. Ook zo bezien is van onbegrijpelijkheid in cassatie-technische zin hier geen sprake.

3.118 De klachten van onderdeel 3 stuiten hierop af.

Onderdeel 4 (het karakter van de offline streaming copies)

3.119 In subonderdeel 4.1 richt Thuiskopie een rechtsklacht tegen het oordeel in rov. 4.11 dat een offline streaming copy een ander karakter heeft dan een thuiskopie omdat de rechthebbende¹⁴⁷ de controle over de werken behoudt, aangezien hij bepaalt welke werken

¹⁴⁷ Ten onrechte stelt de Procesinleiding 30 dat hier 'bedoeld zal zijn: de aanbieder, als licentienemer van de rechthebbende' en dat de overweging in rov. 4.11 dat de rechthebbende de controle over de werken behoudt een verschrijving zou zijn; vgl. in dezelfde zin s.t. Thuiskopie 60. Dat lijkt mij bepaald niet het geval: juist omdat de rechthebbende (en niet de streamingdienaarbieder) bepaalt of en in welke mate werken in de vorm van offline streaming copies worden geëxploiteerd, is hier geen sprake van een verschrijving, maar eerder van de kern van de redenering van het hof (en reden waarom pleitbaar is dat sprake is van een *acte clair* dat offline streaming copies niet als thuiskopieën kwalificeren). In zoverre zou ook kunnen worden gezegd dat subonderdeel 4.1 feitelijke grondslag ontbeert, omdat het uitgaat van een oordeel dat het hof niet heeft gegeven. Ook annotatoren S.C. van Loon en L. Power zien dit in de hier bedoelde zin (en dus niet als een verschrijving) in hun noot onder *Austor Mechana/Strato* en het bestreden arrest, ATR 2022/6, p. 178, I.k., 2^e al.: 'Anders dan de rechtbank, acht het Hof daarbij ook nog relevant dat de rechthebbenden tot op zekere hoogte nog steeds over het werk kunnen beschikken (de kopieën kunnen immers worden verwijderd). (vt. 27: R.o. 4.11)'.

aan abonnees ter beschikking worden gesteld en kan bewerkstelligen dat de toegang tot offline streaming copies wordt geblokkeerd of dat een download wordt verwijderd. Dit oordeel geeft volgens ThuisKopie blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat art. 16c Aw en art. 5 lid 2 onder b Arl geen voorwaarden stellen ten aanzien van de gebruiksmogelijkheden van de thuisKopie. Zowel art. 16c Aw als art. 5 lid 2 onder b Arl stellen volgens het subonderdeel geen andere eisen dan dat het moet gaan om gebruik van een kopie zonder commercieel oogmerk en uitsluitend tot eigen oefening, studie of gebruik. Dat de rechthebbende de controle over de werken verliest en/of dat de kopie eeuwig blijft bestaan vormt geen vereiste.

- 3.120 Rov. 4.11 lijkt mij in die zin een overweging ten overvloede dat rov. 4.1-4.10 zelfstandig draagt dat offline streaming copies geen thuisKopieën zijn in de zin van art. 16c Aw. In rov. 4.11 oordeelt het hof dat voor die conclusie ‘tevens’ pleit dat offline streaming copies in zijn ogen een ander karakter hebben dan een thuisKopie. Rov. 4.11 draagt in die zin ook bij aan het oordeel dat bij tethered downloads geen sprake is van thuisKopieën. ThuisKopie heeft bij haar klacht hierover alleen belang als de klachten tegen rov. 4.1-4.10 falen en bij het niet aannemen van een *acte clair* zal daartoe de beantwoording van de te stellen prejudiciële vragen (vgl. hiervoor in 3.96) moeten worden afgewacht.
- 3.121 Inhoudelijk over deze klacht in dit stadium het volgende. Het eerste bezwaar van ThuisKopie tegen het oordeel in rov. 4.11 is dat het hof voorwaarden heeft gesteld aan de gebruiksmogelijkheden van een thuisKopie die in strijd zijn met het recht, omdat art. 16c Aw en art. 5 lid 2 onder b Arl geen andere eisen stellen dan dat het moet gaan om gebruik van een kopie zonder commercieel oogmerk en uitsluitend tot eigen oefening, studie of gebruik. Het hof heeft in rov. 4.11 echter geen *voorwaarden* gesteld aan het gebruik van een thuisKopie door een natuurlijke persoon. Het heeft geoordeeld dat de *rechthebbende controle houdt* over een offline streaming copy. Dat oordeel ziet dus niet op het gebruik dat van een kopie wordt gemaakt door de natuurlijke persoon voor wie de kopie bestemd is (de abonnee van een streamingsdienstabonnement in het geval van een offline streaming copy), laat staan dat het ongeoorloofde voorwaarden zou stellen aan dat gebruik.
- 3.122 Het tweede bezwaar van ThuisKopie is dat het hof heeft miskend dat voor kwalificatie als thuisKopie niet vereist is dat de rechthebbende de controle over de werken verliest en/of dat de kopie eeuwig blijft bestaan. Om met het laatste element te beginnen: het is inderdaad niet vereist om als thuisKopie te kwalificeren dat de kopie ‘eeuwig blijft bestaan’. Ook tijdelijke kopieën kunnen als thuisKopie kwalificeren. Het hof heeft dat echter niet miskend. Het heeft immers nergens in rov. 4.11 geoordeeld dat een offline streaming copy geen thuisKopie is *omdat* het een (potentieel) tijdelijke kopie is. In zoverre mist het subonderdeel feitelijke grondslag. Zie over het tijdelijkheidsaspect nader de bespreking van de motiveringsklacht van subonderdeel 4.2.
- 3.123 Het hof heeft wél geoordeeld dat voor de beoordeling of offline streaming copies kwalificeren als thuisKopieën relevant is dat de rechthebbende de controle behoudt over de werken, maar dat is niet onjuist en evenmin onbegrijpelijk. De ratio achter de thuisKopieregeling is dat bepaalde kopieën van werken niet onder het exclusieve reproductierecht van rechthebbenden vallen, omdat het praktisch en principieel bezwaarlijk is dat rechthebbenden hun reproductierecht handhaven in de privésfeer van natuurlijke personen. Over dergelijke thuisKopieën heeft de rechthebbende dus inderdaad ‘geen controle’, omdat hij daar in beginsel niet geacht wordt te handhaven met alle privacy-aspecten van dien (en het overigens praktisch ook niet doenlijk is). Hij heeft er dus ook geen zicht op wat er met zijn

werken in die privésfeer gebeurt¹⁴⁸. In het geval van offline streaming copies ligt dat anders. Het betreft een normale vorm van (licentie-)exploitatie van werken door rechthebbenden¹⁴⁹. Het kopiëren vindt namelijk plaats met toestemming en onder toezicht van de rechthebbenden. Zij kunnen er immers voor kiezen om via een licentieovereenkomst al of niet toe te staan dat hun werken door streamingsdianstaaanbieders beschikbaar worden gesteld voor offline gebruik en onder welke voorwaarden dat gebeurt¹⁵⁰. Daarop heeft het hof kennelijk het oog gehad met zijn overweging in rov. 4.11 dat de rechthebbende zelf bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld. In die zin is het bepalen welke werken ter beschikking worden gesteld relevant voor het oordeel dat offline streaming copies geen thuiskopieën zijn, omdat het aangeeft dat dit een normale exploitatievorm is. In die context is ook relevant dat de rechthebbende toestemming geeft, dat is namelijk per definitie het geval bij normale exploitatie. Bovendien hebben streamingsdianstaaanbieders controle over die offline streaming copies omdat dergelijke kopieën binnen een technisch beveiligde omgeving worden gezet waardoor de gebruiker deze kopieën niet buiten die omgeving kan brengen (vgl. rov. 4.2 onder c-e). De streamingsdianstaaanbieder kan deze kopieën ook uit die omgeving verwijderen zodra de gebruiker (abonnee) niet langer abonnementsvergoedingen betaalt, en de rechthebbende bepaalt bovendien hoe lang de offline streaming copy blijft staan in de beschermde omgeving (vgl. rov 4.2 onder f)¹⁵¹. Daarop ziet kennelijk de passage in rov. 4.11 dat de rechthebbende kan “(doen) *bewerkstelligen*” dat de toegang tot de tethered downloads wordt geblokkeerd of dat een kopie wordt verwijderd. Dit alles betekent dat het oordeel dat offline streaming copies een ander karakter hebben dan thuiskopieën omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt, ziet op het feit dat het bij offline streaming copies gaat om een normale exploitatievorm. Dat is relevant omdat thuiskopieën nu juist *niet* onder de normale exploitatie van een rechthebbende vallen, maar aan die normale exploitatie schade kunnen toebrengen. Vandaar dat is bepaald dat voor kopieën die onder de thuiskopieregeling vallen een billijke compensatie aan rechthebbenden moet worden betaald. In het geval van offline streaming copies is geen ruimte voor die compensatiegedachte, omdat de rechthebbende juist wordt betaald voor het afspelen van offline streaming copies van zijn werken. Van een verkeerde rechtsopvatting in rov. 4.11 is geen sprake.

- 3.124 Het oordeel in rov. 4.11 lijkt mij dan ook niet onjuist, maar ook hiervoor geldt, het wordt eentonig, dat het dienstig voorkomt – voor het geval geen *acte clair* wordt aangenomen – eerst de beantwoording van de voorgestelde prejudiciële vragen af te wachten.
- 3.125 Tegen rov. 4.11 richt subonderdeel 4.2 ook een motiveringsklacht. Het hof legt volgens de klacht niet uit waarom de door het hof genoemde omstandigheden zouden meebrengen dat geen sprake is van een thuiskopie. De potentiële tijdelijkheid van de kopie is daartoe niet redengevend, aangezien (i) dat vanaf de start van het bestaan van de regeling ook geldt voor andere thuiskopieën zoals kopieën gemaakt op laptops, PC's en smartphones (het geheugen van die voorwerpen kan immers gewist worden), waarvoor wel een billijke compensatie is verschuldigd, en (ii) een offline streaming copy in de praktijk vrijwel even duurzaam is als een klassieke thuiskopie, omdat een streamingsdienst een gemaakte kopie vrijwel nooit verwijdert. Voor wat betreft de door het hof genoemde mogelijkheid de toegang

¹⁴⁸ S.t. HP c.s. 1.5 en 7.5.

¹⁴⁹ Vgl. s.t. HP c.s. 1.5 en 1.6.

¹⁵⁰ S.t. HP c.s. 1.6.

¹⁵¹ S.t. HP c.s. 1.6.

tot de downloads te blokkeren of de downloads te verwijderen geldt dat dit eveneens niet afdoet aan de mogelijkheid de download (lees: de kopie) in eerste instantie te maken, terwijl dáár een billijke compensatie voor moet worden betaald.

3.126 Dit kan niet slagen. Het hof heeft in rov. 4.11 voor zijn oordeel dat een offline streaming copy een ander karakter heeft dan een thuiskopie van belang geacht dat de rechthebbende daarbij de volledige controle over zijn werken behoudt en dat is een beslissend verschil met 'klassieke' thuiskopieën die in de privésfeer worden gemaakt, waar handhaving zowel praktisch ondoenlijk als vanwege privacy-aspecten onwenselijk is en waar zodoende deze controle van de rechthebbende ontbreekt en hij schade lijdt, waarvoor de billijke compensatie uit de thuiskopieregeling in het leven is geroepen. Dat is goed te volgen. Het hof geeft in rov. 4.11 drie van belang zijnde omstandigheden voor dit oordeel: 1) de rechthebbende bepaalt zelf welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, 2) hij kan zelf (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de offline streaming copies wordt geblokkeerd en 3) hij kan deze zelf (laten) verwijderen. De (potentiële) tijdelijkheid van een offline streaming copy zit daar niet tussen, dus voor zover de motiveringsklacht rov. 4.11 zo leest dat het hof heeft geoordeeld dat geen sprake is van een thuiskopie vanwege deze potentiële tijdelijkheid ervan, mist dit feitelijke grondslag. De klacht dat omstandigheden 2) en 3) – over omstandigheid 1) zegt de motiveringsklacht niets – niet afdoen aan de mogelijkheid de kopie eerst te maken, raakt de dragende driedelige motivering niet dat en waarom een offline streaming copy vanwege de volledige controle van de rechthebbende (die de gebruiker dus niet heeft, anders dan bij een 'klassieke' thuiskopie) een ander karakter heeft dan een 'klassieke' thuiskopie.

3.127 De motiveringsklacht is tevergeefs.

Onderdeel 5 (betaling rechthebbende voor offline streaming copy?)

3.128 In onderdeel 5, waarvan als enige geen pendant voorkomt in de parallelle SONT-zaak, richt Thuiskopie een rechts- en motiveringsklacht tegen het oordeel in rov. 4.1 dat offline streaming copies als kenmerk hebben dat de rechthebbende wordt betaald. Volgens Thuiskopie is deze overweging verder niet (kenbaar) in de beoordeling betrokken. Voor zover dat zo moet worden gelezen, dat het hof daarmee heeft geoordeeld dat eventuele betaling niet relevant is, is dat onjuist. Of en in hoeverre de auteursrechthebbende een betaling ontvangt voor het gebruik van zijn auteursrechtelijk beschermd werk, is namelijk wel degelijk relevant, omdat uit art. 16c Aw en art. 5 lid 2 onder b Arl volgt dat het maken van een thuiskopie pas kan worden toegestaan als de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen. De motiveringsklacht is dat als het hof dit kenmerk wel relevant heeft geacht en heeft geoordeeld dat de rechthebbende voor de offline streaming copies wordt betaald, dit ontoereikend is gemotiveerd in het licht van de essentiële stellingen dat (i) de betaling van het abonnementsgeld aan de streamingdienst niet kan worden gezien als tegenprestatie voor het maken van de offline streaming copy en (ii) Spotify en YouTube de rechthebbende per stream betalen, en niet per download (of en hoe vaak er wordt gedownload heeft geen effect op de aan rechthebbenden uitbetaalde vergoeding). Volgens de klacht heeft het hof deze stellingen niet verworpen en moet bij wege van hypothetisch feitelijke grondslag van de juistheid daarvan worden uitgegaan.

3.129 Beide klachten gaan in mijn ogen niet op. Het hof heeft in rov. 4.1 geoordeeld dat het bij offline streaming copies gaat om donwloads/copies die offline (buiten het internet om, dus

op het apparaat zelf) beschikbaar worden gesteld in het kader van een betaalde streamingsdienst, meer in het bijzonder een streamingsdienst die zich erdoor kenmerkt dat de aanbieder van die dienst de zeggenschap over het voortbestaan van de kopie behoudt, de gebruiker deze niet verder kan gebruiken en dat de rechthebbende wordt betaald.

- 3.130 Dat dit aspect van betaling voor offline streaming copies in het verdere arrest niet meer zou voorkomen mist in de eerste plaats feitelijke grondslag, omdat het hof dit aspect meeneemt bij zijn oordeel dat de streamingdienaarbieder met de offline streaming faciliteit een commercieel doel heeft (rov. 4.2 onder a en rov. 4.8). Het klopt wel dat het hof dit aspect niet relevant acht voor de beoordeling of offline streaming copies kwalificeren als thuiskopieën. De rechtsklacht neemt tot uitgangspunt dat dit aspect daarvoor wel relevant zou zijn, omdat het maken van een thuiskopie pas kan worden toegestaan als de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen. Nu het hof heeft geoordeeld dat offline streaming copies geen thuiskopieën zijn volgens art. 16c Aw (rov. 4.1-4.11), is dit *besides the point*. De motiveringsklacht faalt ook, omdat die alleen is aangevoerd voor de lezing dat het hof het betalingsaspect wel relevant heeft geacht, maar daarvan is geen sprake. Hier ketsen de klachten van onderdeel 5 al op af.
- 3.131 Ten overvloede nog dit hierover. Het oordeel van het hof dat de rechthebbende wordt betaald voor offline streaming copies is alleszins begrijpelijk. De twee stellingen die de motiveringsklacht in de Procesinleiding onder 35 aandraagt maken dat niet anders.
- 3.132 De eerste stelling is dat betaling van abonnementsgeld aan de streamingsdienst niet kan gelden als tegenprestatie voor het maken van offline streaming copies. Het bestreden oordeel ziet echter op de relatie tussen de streamingsdienaarbieder en de rechthebbende wiens werk wordt aangeboden als offline streaming copy. In die relatie wordt de rechthebbende door de streamingsdienaarbieder betaald voor offline streaming copies, aldus rov. 4.1. Het feit dat het abonnementsgeld dat door de abonnee aan de streamingsdienaarbieder wordt betaald, niet als tegenprestatie kan worden gezien voor de offline streamingsdienst, is voor dat oordeel niet relevant. Thuiskopie maakt overigens ook niet duidelijk waarom die stelling wel relevant zou zijn¹⁵². De stelling kan, indien juist, ook niet tot een ander oordeel leiden en het hof hoefde op deze niet-essentiële stelling dan ook niet te responderen¹⁵³. Daarbij komt dat het hof deze stelling (impliciet) heeft verworpen door te oordelen dat offline streaming copies beschikbaar worden gesteld in het kader van een betaalde streamingsdienst (rov. 4.1), dat deze worden aangemerkt als ‘betaalde downloads streamingdienst’ (rov. 4.1) en dat deze worden aangeboden als integraal onderdeel van de abonnementsdienst van de aanbieder, zodat de aanbieder daar een commercieel doel mee heeft (rov. 4.2 onder a). In deze oordelen ligt besloten dat de aanbieder door de abonnee onder meer betaald wordt voor het verschaffen van de offline streaming copies faciliteit en dat het abonnementsgeld dus wel (mede) kan worden gezien als tegenprestatie voor het maken van offline streaming copies¹⁵⁴.
- 3.133 De tweede stelling is dat streamingsdienaarbieders als Spotify en YouTube de rechthebbenden betalen per stream en niet per download; of en hoe vaak er wordt gedownload is niet van invloed op de aan de rechthebbenden betaalde vergoeding. Uit deze stelling blijkt al dat ook volgens Thuiskopie de rechthebbenden worden betaald voor de

¹⁵² Thuiskopie stelt in haar s.t. 64 dat de motiveringsklacht geen verdere toelichting behoeft.

¹⁵³ Van der Wiel in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/116.

¹⁵⁴ In gelijke zin s.t. HP c.s. 8.5.

offline streaming van hun werken, namelijk per (offline) stream¹⁵⁵. Het subonderdeel legt echter de nadruk op het feit dat de rechthebbende niet *per download* worden betaald. Het downloaden zelf van een werk en het aantal downloads heeft volgens ThuisKopie geen effect op de aan de rechthebbende uitbetaalde vergoeding. Dat heeft het hof evenwel ook niet geoordeeld, wel dat de rechthebbende voor offline streaming copies wordt betaald, waarbij de betaalmodaliteit in het midden is gelaten. Het is bovendien niet duidelijk waarom die omstandigheid zou maken dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is¹⁵⁶. Het lijkt mij verder een nogal academische mogelijkheid dat een offline streaming copy alleen wordt gemaakt en nooit door de gebruiker wordt afgespeeld. Het doel daarvan is namelijk dat het werk offline kan worden afgespeeld, in aanvulling op het online gebruik van de streams. HP c.s. wijzen er verder op dat het enkele downloaden van een offline streaming copy zonder die kopie af te spelen ook niet ten koste gaat van de exploitatie door de rechthebbende. Het licentiemodel is dat de rechthebbende *per stream*, en dus voor het *aantal streams*, vermenigvuldigd met de licentievergoeding per stream wordt betaald¹⁵⁷. Dit is een contractueel overeengekomen betaalmodel waarmee de rechthebbenden hun exclusieve recht uitoefenen door het streamingdienstaanbieders mogelijk te maken offline streaming aan te bieden aan consumenten¹⁵⁸. Het oordeel van het hof dat de rechthebbende wordt betaald, is ook in het licht van de tweede stelling van het subonderdeel dus alleszins begrijpelijk.

Onderdeel 6 (veegklacht)

3.134 De louter voortbouwende klacht van onderdeel 6 behoeft geen afzonderlijke bespreking.

4. Conclusie

Ik concludeer dat de Hoge Raad het geding schorst en prejudiciële vragen stelt aan het Europese Hof van Justitie als voorgesteld in 3.96.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹⁵⁵ Dit is ook aangevoerd door HP c.s., zie s.t. HP c.s. 1.5 onder verwijzing naar MvG 19 sub v en prod. 8 en 9-1B.

¹⁵⁶ Dit licht ThuisKopie ook niet toe, zie s.t. ThuisKopie 64, waar ThuisKopie opmerkt dat de klacht geen verdere toelichting behoeft.

¹⁵⁷ In gelijke zin s .t. HP c.s. 8.6.

¹⁵⁸ Idem.

22/02270

Ondertekening Conclusie P.G.

ECLI:NL:PHR:2023:956

Handtekeningen

Peurseem, mr. drs. G.R.B. van

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G.R.B. van', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.