

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/02230
Zitting 27 oktober 2023

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurseem

In de zaak

Stichting Onderhandelingen Thuis kopie vergoeding

tegen

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

Partijen worden hierna verkort aangeduid als SONT, HP, Dell en Stobi, verweersters gezamenlijk 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 lid1 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. SONT klaagt in cassatie dat het hof met zijn uitleg van art. 16c Aw buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Die klachten kunnen wat mij betreft niet slagen, zodat wordt toegekomen aan de materiële klachten over het oordeel dat offline streaming copies niet kwalificeren als thuiskopieën volgens art. 16c Aw¹ en het oordeel dat offline streaming copies afwijken van thuiskopieën omdat de rechthebbende de controle daarover behoudt. De positie van SONT 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 (Arl), 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 gereede twijfel mogelijk is, concludeer ik zekerheidshalve tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU.

Deze zaak hangt samen met zaak 22/02270, waarin Stg. De Thuiskopie (Thuiskopie) in cassatie komt tegen hetzelfde hofarrest als in de onderhavige zaak en waarin ik vandaag overeenkomstig concludeer. Onderdeel 1 uit het SONT-beroep over de grenzen van de rechtsstrijd ontbreekt in het cassatiemiddel van Thuiskopie, zoals onderdeel 5 van Thuiskopie over rov. 4.1 ontbreekt in het middel van SONT. Onderdeel 2 van het middel van SONT (offline streaming copies zijn wel thuiskopieën in de zin van art. 16c Aw) is vergelijkbaar met de onderdelen 1-3 van Thuiskopie, 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 Thuiskopieberoep 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 3 van SONT over rov. 4.11 spoort met onderdeel 4 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 SONT 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 Stichting De Thuiskopie³, die krachtens art. 16d Aw is belast met de inning en verdeling van de thuiskopievergoeding, 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.
- 1.4 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.
- 1.5 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):

PC/Laptop/notebook/server/mediacenter	€ 3,50	€ 2,60
Tablet	€ 3,50	€ 2,60
Smartphone/Telefoon met MP3-speler	€ 3,50	€ 4,70
USB Sticks	€ -	€ 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 Auteursrecht zich niet verzet tegen een regeling die voorziet in een billijke compensatie voor

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 Thuiskopie is als gezegd eiseres in cassatie in de samenhangende zaak 22/02270 tegen hetzelfde bestreden arrest.

reproducties van beschermde werken die een natuurlijke persoon vervaardigt vanaf of met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.

1.6 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 afgewezen⁵.

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 die 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 c.s. het volgende gesteld over de gang van zaken in het geval de gebruiker gebruik maakt van de

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.

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

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel wordt voorafgegaan door een samenvatting van de klachten en bevat vier onderdelen, waarvan onderdelen 1 en 2 zijn onderverdeeld in subonderdelen.

3.2 Onderdeel 1 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, omdat HP c.s. niet hebben gegriefd tegen de eindbeslissing van de rechtbank dat het recht van rechthebbenden om toestemming te geven voor reproducties van hun werken voor privégebruik volledig door art. 16c Aw is uitgesloten (subonderdeel 1.1) en omdat het hof ten onrechte de stelling van HP c.s. ter zitting in hoger beroep niet als nieuwe, tardieve grief buiten beschouwing heeft gelaten (subonderdeel 1.2).

3.3 Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 4.4-4.11 waarin het hof heeft geoordeeld dat offline streaming copies geen thuiskopieën in de zin van art. 16c Aw zijn. Miskend is dat het wél thuiskopieën zijn, omdat het reproducties zijn die worden vervaardigd door een natuurlijk persoon voor privégebruik zonder commercieel oogmerk, althans in ieder geval geen reproducties die de wetgever niet heeft willen aanmerken als thuiskopie in de zin van art. 16c Aw (subonderdeel 2.1). Verder is miskend dat voor de uitleg van art. 16c Aw van belang is of art. 5 lid 2 onder b Arl aan een thuiskopie ook de eis stelt dat het niet mag gaan om een reproductie die in opdracht van een natuurlijk persoon is gemaakt door een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt (subonderdeel 2.2), is er ten onrechte relevantie toegekend aan enige betrokkenheid van een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt (subonderdeel 2.3) en is miskend dat het de lidstaten in ieder geval niet is toegestaan om reproducties met de kenmerken als genoemd in rov. 4.2 onder a-f uit te sluiten van de in de nationale wetgeving opgenomen thuiskopie-exceptie (subonderdeel 2.4).

3.4 Onderdeel 3 klaagt over het oordeel in rov. 4.11 dat voor de conclusie dat offline streaming copies niet kunnen worden aangemerkt als thuiskopieën volgens art. 16c Aw ook pleit dat offline streaming copies een ander karakter hebben dan een thuiskopie, omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt.

3.5 Onderdeel 4 bevat een louter voortbouwende klacht.

Onderdeel 1 (grenzen van de rechtsstrijd)

3.6 Dit cassatieprocesrechtelijke onderdeel, het enige waarvan geen pendant voorkomt in de parallelle Thuiskopie-zaak, klaagt in subonderdeel 1.1 dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd in appel is getreden (zoals ontsloten door de grieven) met zijn uitleg in rov. 4.6 dat geen thuiskopie volgens art. 16c Aw voorhanden is als de kopie in opdracht van een

natuurlijke persoon is gemaakt door een derde die professioneel/met commercieel oogmerk handelt. De rechtbank heeft in rov. 5.5 namelijk geoordeeld dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om binnen de werkingssfeer van art. 2 Arl de beperking van art. 5 lid 2 onder b Arl toe te passen, waarmee het recht van de rechthebbenden om toestemming te geven voor reproducties van hun werken voor privégebruik *volledig* is uitgesloten. HP c.s. hebben daartegen onvoldoende kenbaar gegriefd. Met name is nergens bij grieven betoogd dat het recht om toestemming te geven voor reproducties voor privégebruik door de Nederlandse wetgever niet volledig, maar slechts gedeeltelijk (namelijk: *niet* met betrekking tot kopieën in opdracht van een natuurlijk persoon voor professionele/commerciële derden) is uitgesloten/beperkt. Als het hof heeft gemeend dat daartegen wel voldoende is gegriefd, is sprake van een onbegrijpelijke uitleg van de grieven, die SONT in ieder geval niet zo heeft begrepen. Het hof mocht in appel geen meer restrictieve uitleg aan art. 16c Aw geven dan de rechtbank had gedaan.

- 3.7 Dit zie ik geen doel treffen bij gebrek aan feitelijke grondslag. In rov. 5.5 gaat de rechtbank in op het argument van HP c.s., weergegeven in rov. 5.4, dat offline streaming copies geen thuiskopieën zijn, omdat de rechthebbenden daar volledige zeggenschap over houden. Dat doet er volgens de rechtbank in rov. 5.5 niet toe, omdat in Nederland is gekozen voor de variant uit art. 5 lid 2 onder b Arl, zodat thuiskopieën in art. 16c lid 1 Aw 'geen deel uitmaken van het auteursrecht' en het toestemmingsrecht van de rechthebbenden voor thuiskopieën volledig is uitgesloten. De vraag is dan echter nog steeds wat kwalificeert als een thuiskopie volgens art. 16c Aw en of offline streaming copies dergelijke thuiskopieën zijn. Dat beoordeelt de rechtbank in rov. 5.6: het zijn wel degelijk thuiskopieën. Tegen onder meer dát oordeel wordt een zeer breed uitgesponnen grief I ingebracht, die is gericht tegen rov. 5.4-5.15. De uitwerking bij grieven bevat de kopjes 'Tethered downloads zijn geen privékopieën' (MvG 19), 'Voldoet niet aan criteria van artikel 16c lid 2 Aw' (MvG 20), 'Rechthebbenden houden de volledige zeggenschap' (MvG 21-33), 'Tethered Downloads zijn onderdeel van de normale exploitatie; zij veroorzaken geen schade' (MvG 34-39), 'De gebruiker is bekend, zijn gedrag is bekend, en de gebruiker betaalt' (MvG 40-41) en 'Vragen van uitleg' (MvG 42). Elk aspect van het in de visie van appellanten gemankeerde oordeel dat offline streaming copies wel thuiskopieën zijn wordt daarin bestreden. Met het aangevallen oordeel in rov. 4.6 is het hof zeker binnen de grenzen van die rechtsstrijd gebleven, omdat wel voldoende kenbaar is gegriefd tegen het in de klacht aangekaarte aspect van volledige of gedeeltelijke uitsluiting, waarbij nog is benadrukt het punt van commerciële derden in MvG 19-20. Subonderdeel 1.1 stuit daarop af.
- 3.8 Subonderdeel 1.2 richt zich tegen de passage in rov. 4.3 dat HP c.s.' stellingname ter zitting in hoger beroep dat sprake is van inmenging van de aanbieder die met commercieel oogmerk handelt, zodat een offline streaming copy/tethered download buiten art. 16c Aw valt. Dat het de aanbieder is die de kopie in opdracht van de gebruiker maakt, is volgens het hof een uitwerking van de bij grieven onder 20 door HP c.s. ingenomen stelling. Daarmee is volgens de klacht miskend dat de ter zitting betrokken stelling een nieuwe grief is, die wegens strijd met de tweeconclusieregel (en het niet uitdrukkelijk alsnog aanvaarden van de rechtsstrijd op dat punt door SONT) buiten beschouwing had moeten worden gelaten. Althans, zo vervolgt de klacht, is hier sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing. Althans is hier een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan HP c.s.' stellingen door dit als een uitwerking van punt 20 MvG te zien, waarin is aangevoerd dat offline streaming copies niet kunnen worden aangemerkt als thuiskopie, omdat (i) geen sprake is van een kopie uitsluitend voor eigen

oefening, studie of gebruik, en omdat (ii) de natuurlijke persoon een verzoek tot offline beschikbaarstelling doet, waarna het betreffende bestand op een door de aanbieder van de streamingsdienst aangewezen locatie op het device van de natuurlijke persoon wordt geplaatst. Stelling (ii) staat volledig in de sleutel van het betoog dat geen sprake is van een thuiskopie, omdat de natuurlijke persoon niet zelf de locatie kiest waar de offline streaming copy wordt opgeslagen en SONT heeft de betreffende stellingen van HP c.s. ook in deze zin opgevat. HP c.s. hebben bij grieven niet betoogd (en SONT heeft dat ook niet zo begrepen) dat offline streaming copies niet kunnen worden aangemerkt als thuiskopie, omdat sprake zou zijn van een situatie waarin een professionele/commerciële derde in opdracht van een natuurlijke persoon een privékopie maakt. Dat is pas ter zitting in appel opgeworpen. Tot aan de appelzitting is er geen partijdebat geweest over de vraag of bij offline streaming copies sprake is van een zogeheten ‘opdrachtkopie’.

- 3.9 Dit zie ik evenmin opgaan: er is sprake van een toelaatbare uitwerking van een grief en de betreffende rechtsstrijd is zonder voorbehoud aanvaard. Uit art. 347 lid Rv volgt dat in dagvaardingsprocedures de grieven in beginsel niet in een later stadium dan bij MvG mogen worden aangevoerd (de tweeconclusieregel)⁶. In hoger beroep mag dus in beginsel geen acht worden geslagen op grieven die voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep worden opgebracht⁷. Op deze ‘in beginsel strakke regel’ gelden echter uitzonderingen. Een beroep op deze regel staat de verweerder bijvoorbeeld niet vrij als hij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de desbetreffende grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken. Die toestemming hoeft niet uitdrukkelijk te zijn gedaan, maar kan ook in verklaringen of gedragingen van de verweerder besloten liggen, zoals wanneer een verweerder zonder voorbehoud verweer voert tegen een voor het eerst bij pleidooi in appel naar voren gebrachte grief⁸. Aan deze uitzondering op de tweeconclusieregel wordt niet toegekomen in (onder meer) het geval dat een al bij grieven aangevoerde klacht verder wordt uitgewerkt in een andere conclusie of bij pleidooi⁹. Dan worden de tweeconclusieregel en eventuele uitzonderingen daarop niet ingeschakeld. De maatstaf om te beoordelen of sprake is van een – in beginsel ontoelaatbare – nieuwe grief of een wel toelaatbare uitwerking van een tijdig aangevoerde klacht, is volgens vaste rechtspraak of de desbetreffende klacht bij grieven behoorlijk in het geding naar voren is gebracht, zodat zij voor de appelrechter en de wederpartij, die moet weten waartegen zij zich heeft te verweren, voldoende kenbaar is¹⁰. Nadere uitwerking van de klacht is alleen toelaatbaar als die uitwerking voldoende samenhangt met de aanvankelijk aangevoerde grief en het daarover gevoerde partijdebat¹¹. De uitleg van een grief is voorbehouden aan de feitenrechter en in cassatie slechts toetsbaar op begrijpelijkheid.
- 3.10 Hier lijkt mij in de eerste plaats van een toelaatbare uitwerking sprake. Het hof overweegt in rov. 4.3 dat HP c.s. bij grieven onder 20 hebben betoogd dat een tethered download geen thuiskopie is, omdat deze niet door een natuurlijk persoon voor een persoonlijk doel wordt gemaakt, maar door een aanbieder met een commercieel doel. De klacht dat dit onbegrijpelijk is, omdat HP c.s.’ stellingen zo niet kunnen worden samengevat, lijkt mij niet te kunnen slagen. Onder het kopje ‘Voldoet niet aan de criteria van artikel 16c lid 2 Aw’

⁶ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/106.

⁷ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/108.

⁸ Idem.

⁹ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/116.

¹⁰ Idem, met in vt. 1 verwijzingen naar rechtspraak.

¹¹ Idem.

betogen HP c.s. in MvG 20 dat tethered downloads niet kwalificeren als thuiskopieën. Als reden daarvoor voeren zij onder meer aan dat het bij tethered downloads gaat om de offline terbeschikkingstelling van mediacontent binnen de dienst van de streamingdianstaanbieder, dat de streamingdianstaanbieder daar commercieel belang bij heeft ('er is dus – op zijn minst – tevens een commercieel doel bij de kopie', zo letterlijk in MvG 20), omdat hij de content ook kan exploiteren wanneer de gebruiker offline is en dat het dus geen kopie betreft die door een natuurlijk persoon voor een louter persoonlijk doeleinde wordt gemaakt. Daarnaast hebben HP c.s. aangevoerd dat de consument alleen maar een verzoek doet tot offline beschikbaarstelling bij de streamingdianstaanbieder, waarna het bestand door de streamingdianstaanbieder wordt geplaatst op het device van de gebruiker. Thuiskopie en SONT hebben deze stellingen ook zo begrepen dat hiermee is betoogd dat niet een natuurlijke persoon, maar de streamingsdianstaanbieder de kopieën maakt, zo blijkt uit hun opvolgende stukken in appel¹². Het hof overweegt in rov. 4.3 dat HP c.s. ter uitwerking van het betoog bij MvG 20 ter zitting hebben aangevoerd dat (i) er sprake is van inmenging van de aanbieder die een commercieel oogmerk heeft, (ii) die reproductie daarom buiten het bereik van art. 16c Aw valt en (iii) een aanbieder als Spotify de kopie in opdracht van de gebruiker maakt. Dat het hof dit een toelaatbare uitwerking van de grieven en geen nieuwe grief vindt, acht ik goed te volgen. Kern van HP c.s.' betoog is dat het hier geen thuiskopieën betreft. Daarvoor zijn verschillende omstandigheden aangedragen bij MvG 19 en 20. Die komen er op neer dat offline streaming copies zijn aan te merken als een commerciële dienstverlening van streamingaanbieders aan gebruikers en geen kopieën die door een natuurlijk persoon voor een louter persoonlijk doeleinde worden gemaakt¹³. In die stellingen lijkt mij al besloten te liggen hetgeen HP c.s. ter zitting hebben uitgewerkt, namelijk dat bij offline streaming copies sprake is van inmenging van een aanbieder die een commercieel oogmerk heeft, dat die reproducties daarom buiten het bereik van art. 16c Aw vallen en dat aanbieders hier een kopie in opdracht van een gebruiker maken.

- 3.11 Dat niet eerder dan ten pleidooie in hoger beroep de term 'opdrachtkopie' zou zijn gevallen, zoals de klacht bij herhaling aanvoert (zie ook s.t. SONT 2.2.2 en 2.2.10), maakt dit niet anders; dat ligt zonder meer besloten in, althans in het verlengde van de stellingen bij MvG 20, zoals dat tethered downloads 'tegen betaling word[en] aangeboden als integraal onderdeel van de dienst van de streamingsaanbieder', dat de consument 'slechts een verzoek tot offline beschikbaarstelling bij de streamingsdianstaanbieder doet' en dat er 'dus – op zijn minst – tevens een commercieel doel [is] bij de kopie'. Dergelijke kopieën zijn met andere woorden volgens HP c.s. een commerciële dienst van de streamingsaanbieder op verzoek van de consument.
- 3.12 Zo hier al geen sprake is van een geoorloofde uitwerking van de grieven, zoals hiervoor besproken, dan blijkt uit het arrest bovendien dat SONT bij pleidooi in appel hier verweer tegen heeft gevoerd, zodat de klacht ook daar op afketst: SONT heeft de rechtsstrijd op dit punt zonder voorbehoud aanvaard. In rov. 4.5 overweegt het hof dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dergelijke kopieën niet de status van thuiskopie hebben en dat het beroep dat SONT c.s. '*ter bestrijding van deze gevolgtrekking (...) op de zitting van 10 mei 2021 (buiten de PA-S en PA-T om)*' heeft gedaan op hetgeen tijdens de behandeling van de aanpassingswet in de Eerste Kamer aan de orde is gekomen, afstuit op de opmerkingen van de regering in de Eerste Kamer die het hof in rov. 4.4 heeft weergegeven. Verder overweegt

¹² MvA Thuiskopie 31 en MvA SONT 3.17. Beiden verwijzen t.a.p. uitdrukkelijk naar MvG 20.

¹³ Zie s.t. HP c.s. 2.10-2.11 voor een weergave van (een deel van) deze stellingen.

het hof in rov. 4.9 dat SONT op zitting eveneens buiten de pleitaantekeningen van SONT en ThuisKopie om nog heeft aangevoerd dat 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 natuurlijk persoon kopieert, maar niet op de situatie die aan de orde is bij tethered downloads.

- 3.13 Uit het besprokene volgt meteen ook dat van een verrassingsbeslissing geen sprake is hier.
- 3.14 De louter voortbouwende klacht uit subonderdeel 1.3 dat gegrondbevinding van een of meer van de eerdere klachten ook rov. 4.5-4.13, 6.1-6.2 en het dictum aantast, kan buiten bespreking blijven en slaagt evenmin.

Onderdeel 2 (zijn offline streaming copies thuisKopieën in de zin van art. 16c Aw?)

- 3.15 De materiële vraag die partijen in cassatie verdeeld houdt is of offline streaming copies kwalificeren als thuisKopieën in de zin van art. 16c lid 1 Aw. Daarvan hangt af of bij vaststelling van de hoogte van de thuisKopievergoeding rekening moet worden gehouden met offline streaming copies: alleen als dat thuisKopieën zijn, moeten deze worden verdisconteerd in de thuisKopievergoeding, waardoor die vergoeding hoger uitvalt¹⁴. Door deze insteek van het procesdebat is die kwestie teruggebracht tot een vraag van uitleg van art. 16c lid 1 Aw¹⁵.
- 3.16 Het hof heeft in rov 4.1-4.11 geoordeeld dat art. 16c Aw zo moet worden uitgelegd dat geen sprake is van een thuisKopie wanneer de kopie in opdracht van een natuurlijk persoon is gemaakt door een derde die professioneel/met commercieel oogmerk handelt (hierna 'commerciële opdrachtKopie') en dat offline streaming copies kwalificeren als dergelijke opdrachtKopieën. Het hof heeft daarbij in rov. 4.7 geoordeeld dat in het midden kan blijven of art. 5 lid 2 onder b Arl aan thuisKopieën dezelfde eis stelt. Deze oordelen worden aangevochten in onderdeel 2.

Inleiding

- 3.17 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 AuteursrechtRichtlijn?

¹⁴ Zie s.t. HP c.s. 1.1. Het is vaker een strijdpunt geweest tussen betalingsplichtigen enerzijds en SONT en ThuisKopie anderzijds wat nu precies moet worden meegenomen ter bepaling van de hoogte van de thuisKopievergoeding. In het *ThuisKopie*-arrest was de vraag of bij de thuisKopievergoeding rekening moet worden gehouden met kopieën uit illegale – dat wil zeggen: met schending van het auteursrecht tot stand gekomen – bron. De Hoge Raad heeft daar prejudiciële vragen over gesteld en dat leidde tot HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm, IER 2015/4 m.nt. N. Ringnalda, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2016/186 (*ACI Adam/ThuisKopie*). Antwoord: nee.

¹⁵ Dit mag vanzelfsprekend lijken nu de systematiek van de Auteurswet is dat de billijke vergoeding is verschuldigd voor thuisKopieën (art. 16c lid 2 jo. lid 1 Aw). Er is door 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*) echter verdedigd dat er geen noodzakelijk verband is tussen de kwestie of een billijke vergoeding verschuldigd is en de vraag of sprake is van een thuisKopie. Volgens hem kan een billijke vergoeding (soms) ook verschuldigd zijn als er geen sprake is van een thuisKopie. Zie nrs. 11-35. In onze zaak speelt dit niet.

- 3.18 Het auteursrecht kent een aantal wettelijke beperkingen in de vorm van handelingen die niet als auteursrechtinbreuk worden beschouwd¹⁶. 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 reproductie¹⁷ 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.”
- 3.19 Een reproductie die aan deze omschrijving voldoet wordt een 'thuiskopie' genoemd en deze beperking op het auteursrecht de 'thuiskopieregeling'¹⁸. 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'¹⁹ genoemd.
- 3.20 Stg. De Thuiskopie (Thuiskopie) is krachtens art. 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuiskopievergoeding onder de rechthebbenden²⁰. 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 betalingsplichtigen op evenwichtige wijze worden behartigd. Deze stichting is SONT²¹. 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)²².
- 3.21 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 bleef²³. Het kleinschalig karakter van het kopiëren voor eigen gebruik kon billijken dat

¹⁶ Zie hfst. 1, par. 6 Auteurswet, getiteld 'De beperkingen van het auteursrecht'.

¹⁷ '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.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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*) rov. 4.1 onder (iii).

²⁰ 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.

²¹ Zie rov. 1.10.

²² Zie rov. 1.7-1.8.

²³ 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.

kopiëren voor privégebruik buiten het bereik van het auteursrecht werd gehouden, omdat werd aangenomen dat de exploitatiemogelijkheden van de rechthebbende niet noemenswaardig zouden worden benadeeld²⁴.

- 3.22 Het privé kopiëren 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 verspreid²⁵. Tegenwoordig worden op grote schaal (digitaal) privé kopieën van beschermde werken gemaakt, met (zeer) nadelige exploitatiebeïnvloeding. Het eerder genoemde 'de minimis' argument voor de thuiskopieregeling lijkt daarmee niet meer onverkort op te gaan²⁶. 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 personen²⁷. Daarnaast speelt bij de uitzondering voor privé kopiëren ook het grondrecht op informatievrijheid van art. 10 EVRM een rol²⁸.
- 3.23 Rechthebbenden worden door het thuiskopiëren in beginsel benadeeld²⁹ en de thuiskopievergoeding beoogt in een vergoeding voor dit nadeel te voorzien³⁰. Het is vanuit die gedachte dan ook mogelijk dat bij de thuiskopievergoeding 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 thuiskopievergoeding meer gerechtvaardigd is³¹. 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 voorzieningen³².

²⁴ 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.

²⁵ Idem, nr. 15.

²⁶ 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.

²⁷ Zie A-G Huydecoper in zijn al aangehaalde conclusie voor het *Thuiskopie*-arrest, nr. 14.

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

²⁹ 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, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana*), punt 39, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak (en zie ook punt 43).

³⁰ 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.

³¹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 21.

³² Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 21.

- 3.24 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 Auteursrechtlijn de verwachting uitgesproken dat in de toekomst voor de thuiskopievergoadingsregeling geen of minder behoefte kan bestaan wanneer het privé kopiëren technologisch zou zijn te reguleren³³. 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 viel³⁴. Daarin is weinig veranderd.

Art. 16c (nieuw) Auteurswet nader beschouwd

- 3.25 De Auteurswet, de Wet op de naburige rechten (Wnr) en de Databankenwet zijn in 2004 aangepast aan de Auteursrechtlijn³⁵. Toen zijn ook art. 16b en 16c Aw aangepast in verband met de implementatie van art. 5 lid 2 sub b Arl.
- 3.26 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 vertonen³⁶. Een algemene compensatieregeling voor het kopiëren voor 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.
- 3.27 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 leggen³⁷. 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 verveelvoudigen³⁸. Hoewel de regeling dus niet alleen ziet op digitaal kopiëren, is deze daarvoor wel het meest relevant³⁹. Art. 16b Aw ziet daarentegen op meer 'traditionele' vormen van kopiëren, zoals overschrijven, naschilderen, e.d.⁴⁰. Het privé kopiëren is daarmee nu gesplitst geregeld in art. 16b en 16c Aw⁴¹.

³³ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 25 en p. 46.

³⁴ 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. 17. HP c.s. betogen evenwel dat bij offline streaming copies de rechthebbenden inmiddels zodanige 'volmaakte greep' hebben op het thuiskopiëren, dat ook daarom voor offline streaming copies geen vergoeding verschuldigd is, zie s.t. HP c.s. 1.6.

³⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 2.

³⁶ 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".

³⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24.

³⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 24.

³⁹ 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".

⁴⁰ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.33.

⁴¹ Idem en zie ook Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

- 3.28 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 kopiëren⁴².
- 3.29 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 hadden⁴³. 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 3.67 e.v. nader aan de orde komt ⁴⁴. 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 geformuleerd⁴⁵.
- 3.30 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 blijven⁴⁶. 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 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."⁴⁷
- 3.31 Beoogd is zodoende een zekere, maar geen volledige, vrijstelling voor het kopiëren voor privé gebruik 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 privé gebruik op grotere schaal zal plaats vinden (dan het analoog kopiëren) en een grotere economische impact zal hebben⁴⁸.
- 3.32 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:

⁴² Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4.

⁴³ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 17.

⁴⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

⁴⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

⁴⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 23.

“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.”⁴⁹ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

- 3.33 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.
- 3.34 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 reproductie⁵⁰. 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 in te perken.⁵¹ 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 Europees 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).”⁵² [onderstreping A-G]

⁴⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 46.

⁵⁰ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 4 (Verslag), p. 14.

⁵¹ 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.

⁵² Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 32.

- 3.35 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)⁵³. 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 thuis kopiëregeling te voorkomen en vonden de door de regering voorgestelde kring die in opdracht mocht kopiëren te ruim⁵⁴. Ook andere Kamerleden stelden kritische vragen over de reikwijdte van het nieuw voorgestelde art. 16c Aw en vonden die te ruim⁵⁵.
- 3.36 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 thuis kopië-regeling. 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.”

(...)

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.”⁵⁶ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

- 3.37 Het voorgestelde art. 16c Aw werd dus opnieuw aangepast door in het geheel niet meer te spreken over kopiëren in opdracht⁵⁷.
- 3.38 Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zijn opnieuw vragen gesteld over de reikwijdte van de thuis kopiëregeling en over de rol van bibliotheken en andere instellingen die werken ter beschikking hebben bij het maken van kopieën⁵⁸. De regering heeft – in lijn met de eerdere uitspraken – aangegeven dat apparatuur voor het vervaardigen van thuis kopiëën 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

⁵³ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 3.

⁵⁴ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 7 (Nader Verslag), p. 9.

⁵⁵ Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 7 (Nader Verslag), p. 10.

⁵⁶ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13.

⁵⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 9 (Tweede nota van wijziging), p. 1-2.

⁵⁸ Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. D (Nader voorlopig verslag), p. 2.

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.⁵⁹ [onderstrepingen toegevoegd, A-G]

3.39 Dit leidt tot het volgende beeld van de voor de door de wetgever beoogde thuishopieregeling:

- 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 thuishopieregeling sluit niet uit dat een ander de reproductie maakt ten behoeve van een natuurlijke persoon. Er is dus niet alleen sprake van een rechtmatige thuishopie indien de natuurlijke persoon voor wie de thuishopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf heeft gemaakt.
- Er kan ook sprake zijn van een thuishopie 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 thuishopieregeling vallen echter *niet* kopieën die *in opdracht* van een natuurlijke persoon zijn gemaakt door een opdrachtnemer die direct of indirect met *commercieel oogmerk* handelt.
- Onder de thuishopieregeling vallen ook *niet* kopieën die in opdracht van een natuurlijke persoon zijn gemaakt door instellingen als bibliotheken, musea en archieven en (andere) *professionele opdrachtnemers*.

3.40 In de literatuur wordt regelmatig verondersteld dat ‘in opdracht kopiëren’ helemaal niet onder de thuishopieregeling valt. Zo is er volgens Groen uitsluitend sprake van thuishopieën 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.”⁶⁰ 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”⁶¹. 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.”⁶² 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 privégebruik⁶³. Ook Seignette meent dat art. 16c Aw

⁵⁹ Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2.

⁶⁰ A.P. Groen in: Geerts & Verschuur, Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2022/608, zonder bronvermelding hiervoor.

⁶¹ Dat dat niet mag, volgt ook al uit art. 16c lid 7 Aw.

⁶² Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019/5.37, onder verwijzing naar Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12-13.

⁶³ 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 hoofdttekst aangehaalde auteurs, wordt opgemerkt dat de

in tegenstelling tot art. 16b Aw niet toestaat dat een privéreproductie door een ander wordt gemaakt⁶⁴.

- 3.41 Er zijn voor deze opvatting goede argumenten te vinden, met name de categorische uitsluiting van opdrachtkopieën in een tweetal passages uit de parlementaire geschiedenis⁶⁵. 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. Dít bedoeling heeft de wetgever beter tot uitdrukking willen brengen door helemaal niet meer van opdracht te spreken in art. 16c Aw⁶⁶. 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 denk ik niet uit, omdat ik het met genoemde auteurs eens ben *dat in ieder geval kopieën gemaakt door professionele en/of commerciële opdrachtnemers* niet onder de Nederlandse thuiskopieregeling vallen.
- 3.42 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 niet⁶⁷. 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 *technologie-neutrale formuleringen*⁶⁸ en uit de beschouwingen over technische beschermingsmaatregelen die kopiëren in de privésfeer (in de toekomst) mogelijk zouden kunnen controleren en reguleren⁶⁹. 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 gezien wat de ratio is van de thuiskopieregeling.

*De Auteursrechtlijn*⁷⁰

- 3.43 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

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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ “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.

⁶⁶ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8, p. 12.

⁶⁷ S.t. SONT 3.3.2 e.v.

⁶⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4 en 12.

⁶⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 25-31.

⁷⁰ 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’.

heffingstelsels voor thuiskopieergoedingen in beperkte mate zijn geharmoniseerd sinds 2001.

- 3.44 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').
- 3.45 Art. 5 lid 2 en 3 Arl bevatten vervolgens limitatief⁷¹ een aantal facultatieve⁷² 'beperkingen en restricties' die lidstaten op het reproductierecht kunnen aanbrengen ten aanzien van enkele nader omschreven reproducties⁷³. 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".
- 3.46 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 handelingsvrijheid geeft⁷⁴: 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 van 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 implementeren⁷⁵.
- 3.47 Ik wijs op deze plaats alvast even terug naar hetgeen hiervoor in 3.32-3.39 ter sprake kwam: de restrictie uit art. 16c Aw (nieuw) dat opdrachtkopieën door een professionele opdrachtnemer niet onder de Nederlandse thuiskopie-uitzondering op het reproductierecht

⁷¹ Considerans 32 Arl.

⁷² 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.

⁷³ Art. 5 lid 1 Arl bevat een *verplichte* uitzondering op het reproductierecht voor bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen.

⁷⁴ 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, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana*), onder 29.

⁷⁵ 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 Auteursrechtlijn 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 privékopieën (Rosati).

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* (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, *wel* richtlijnconform. Het is goed dat in het achterhoofd te houden bij de nu volgende verdere analyse⁷⁶.

- 3.48 Art. 5 lid 2 sub b Arl heeft aanleiding gegeven tot een reeks arresten van het HvJEU Luxemburg⁷⁷ (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 3.85).
- 3.49 In *Padawan*⁷⁸ 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

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.

- 3.50 In *Thuiskopie/Opus*⁷⁹ 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.
- 3.51 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*⁸⁰ uit 2017 vaste rechtspraak.
- 3.52 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 thuis kopiëren 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 3.47.
- 3.53 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 was⁸¹. De uitzondering van art. 5 lid 2 Arl op het reproductierecht moet restrictief worden uitgelegd (punten 22, 23 en 30). Dat is blijkens *Copydan*⁸² 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 beschermde werken⁸³, terwijl nergens uit de richtlijn blijkt

⁷⁹ 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*).

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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. Ringnalda, AMI 2015/2 m.nt. D.M. Linders en Chr. A. Alberdingk Thijm (*ACI Adam*), 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.

⁸² 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.

⁸³ 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

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).

- 3.54 In het al genoemde *Copydan*-arrest uit 2015, een casuïstische zaak over thuiskopievergoeding 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 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 geven⁸⁴. 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).
- 3.55 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*⁸⁵ dat dezelfde benadering behoort te gelden voor diensten. Verder is in *Copydan* uitgewerkt hoe een

wettelijke beperkingen in de digitale omgeving een grotere economische impact hebben en dus (nog) beperkter dienen te worden toegepast.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.

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*⁸⁶ 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 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)'.

- 3.56 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

⁸⁶ HvJEU 11 juli 2013, C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515 (*Amazon/Austro-Mechana*).

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.

- 3.57 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 televisieomroep⁸⁷. 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 opslagruimte⁸⁸. De klant kon vervolgens op ieder gewenst moment het voor hem opgenomen televisieprogramma terugkijken; hij beschikte over een kopie in de *cloud*.
- 3.58 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).
- 3.59 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.
- 3.60 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-arrest⁸⁹ 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

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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).

thuis kopieën betrekking kan hebben op reproducties die zijn vervaardigd door een natuurlijke persoon met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.

- 3.61 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 thuis kopieregeling. Zolang het de gebruiker zelf is die het initiatief neemt om een reproductie te maken en het voorwerp 'en de overige voorwaarden bepaalt'⁹⁰, 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.
- 3.62 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 thuis kopieregeling, terwijl een reproductie door dezelfde gebruiker door op diens computer geïnstalleerde software daar wél onder zou vallen.
- 3.63 Dat deze tussenkomst van een derde bij reproducen 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.
- 3.64 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.

⁹⁰ 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'.

- 3.65 In de meest recente zaak uit 2022 over die bepaling, *Austro-Mechana/Strato*⁹¹ 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).
- 3.66 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 heeft⁹². Dat brengt mij bij de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl.

De driestappentoets (art. 5 lid 5 Arl)

- 3.67 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’)⁹³.

⁹¹ 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*).

⁹² 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. Ringnald (ACI Adam).

⁹³ De driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl is gebaseerd art. 9 lid 2 van de Berner Conventie, 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 die uit art. 5 lid 5 Arl: ‘Het is aan de wetgeving van de landen van Unie voorbehouden in bijzondere gevallen het veelevoudigen van genoemde werken toe te staan, mits de

- 3.68 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 3.55) 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 preciseert⁹⁴. 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 zelf⁹⁵. De mogelijkheid van lidstaten om uitzonderingen op het reproductierecht te voorzien (bijvoorbeeld in de vorm van een thuiskopiestelsel) wordt met andere woorden *beperkt* door de driestappentoets⁹⁶.
- 3.69 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 driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl in aanmerking worden genomen⁹⁷. 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.
- 3.70 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 geschaad⁹⁸. 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

verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde schaad^t.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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).

gerechtvaardigd door de bestaansreden (de ratio) van de uitzondering. Het is immers alleen die ratio die de door de toepassing van de uitzondering veroorzaakte schade rechtvaardigt.

- 3.71 De ratio voor de thuis kopie-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.
- 3.72 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.
- 3.73 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 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.
- 3.74 Volgens A-G Szpunar schaadt de toepassing van de thuis kopie-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 thuis kopie-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.
- 3.75 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.
- 3.76 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 thuis kopie-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.

- 3.77 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.
- 3.78 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.
- 3.79 A-G Szpunar concludeert dan ook dat de toepassing van de uitzondering van art. 5 lid 2 sub b Arl op een dergelijke 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 toe⁹⁹.

Tussenevaluatie en vooruitblik

- 3.80 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 Thuiskopie-zaak.
- 3.81 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

⁹⁹ 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.

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.

- 3.82 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 nu 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.
- 3.83 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, of anderszins afbreuk mag doen aan, de doelstelling die wordt nagestreefd met de Auteursrechtlijn¹⁰⁰.
- 3.84 Daarbij lijkt mij goed om in het achterhoofd te houden de basale gedachte die ik hiervoor 3.47 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).
- 3.85 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

¹⁰⁰ 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.

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 professionele opdrachtnemer richtlijnconform is. Of dat alles genoeg is om een *acte clair* aan te nemen in de onderhavige zaak (zie ook hierna in 3.112), is een beslistpunt (hetzelfde geldt voor de Thuiskopie-zaak); zekerheidshalve stel ik in de nu volgende bespreking voor om wel prejudiciële vragen hierover te stellen aan het HvJEU.

3.86 Bezien wij tegen deze achtergrond de klachten van onderdeel 2.

Bespreking klachten

3.87 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het oordeel in rov. 4.4-4.11 dat offline streaming copies niet als thuiskopieën zijn aan te merken in de zin van art. 16c Aw, onjuist is, althans ontoereikend is gemotiveerd. Het hof heeft miskend dat offline streaming copies wel thuiskopieën zijn, omdat het reproducties zijn die worden vervaardigd door een natuurlijke persoon voor privégebruik zonder commercieel oogmerk, zoals bedoeld in art. 16c Aw. In het bijzonder is miskend dat offline streaming copies niet kunnen worden aangemerkt als reproducties die (in opdracht van een natuurlijke persoon) zijn gemaakt door een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt, in ieder geval niet in de zin van het type reproductie dat de Nederlandse wetgever niet heeft willen aanmerken als thuiskopie bedoeld in art. 16c Aw. Een verdere klacht is dat voor zover het hof in rov. 4.2 onder c en d en in rov. 4.8 ervan uit is gegaan dat het 'plaatsen'/'opslaan' van offline streaming copies op de gegevensdrager van de natuurlijke persoon wel een actieve handeling van de (professionele/commerciële) derde betreft (en dus niet automatisch gebeurt), of een daarmee juridisch gelijk te stellen handeling, is dat zonder nadere motivering niet begrijpelijk, te meer nu geen van partijen een dergelijk standpunt heeft betrokken. Bij het maken van reproducties via het internet zullen er (vrijwel) altijd feitelijke gebeurtenissen plaatsvinden zijdens een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt (Apple bij opslag in iCloud, Google bij opslaan/downloaden in of uit eigen mailbox, Spotify bij het maken van een offline streaming copy). Dat betekent niet dat dat reproducties zijn die in opdracht van een natuurlijke persoon

zijn gemaakt door een derde die met professioneel of commercieel oogmerk handelt, althans gaat het hier niet om het type reproductie dat de Nederlandse wetgever niet heeft willen aanmerken als thuiskopie volgens art. 16c Aw. Het gaat bij dit soort reproducties via internet hooguit om het vervaardigen van reproducties met behulp van door een derde ter beschikking gestelde (technische) middelen. Offline streaming copies zijn in zoverre te vergelijken met de reproductie van een film op een settopbox met harde schijf, het reproduceren van een werk middels een computer in de bibliotheek en met het maken van een reproductie door opnemen van op de radio afgespeelde muziek en dat zijn allemaal thuiskopieën. Hier past volgens de rechtsklacht ook terughoudendheid, nu de betreffende wetsgeschiedenis dateert uit een periode dat er nog geen streaming bestond en dus ook geen offline streaming copies. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, nu het niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom bij offline streaming copies sprake zou zijn van een reproductie die is gemaakt door een derde (in opdracht van de natuurlijke persoon), en niet – zoals bijvoorbeeld bij het maken van een reproductie in de cloud of bij het maken van een reproductie van een film op een settopbox met harde schijf – van een door een natuurlijke persoon gemaakte reproductie, en dus van een thuiskopie in de zin van art. 16c Aw.

3.88 Het hof heeft onbestreden in cassatie het volgende vastgesteld over de ‘gang van zaken’ in het geval de gebruiker van een streamingsdienst gebruik maakt van de tethered download-faciliteit binnen zijn betaalde streaming-abonnement, dus de feitelijke gang van zaken bij het maken van offline streaming copies. In rov. 4.2 onder a t/m f heeft het hof die gang van zaken als volgt beschreven:

- ‘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.’

3.89 In rov. 4.8 heeft het hof overwogen dat uit deze feiten blijkt dat de gebruiker het kopieerproces van de offline streaming copy in gang zet (het onder b) vermelde feit: het drukken op de ‘download’-knop) en dat het de aanbieder is die 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’) om dat te gaan doen. Dit is in rov. 4.8 aangemerkt als handelen van de aanbieder in opdracht van de gebruiker en dat onbetwist is dat de aanbieder hierbij met een commercieel oogmerk handelt. Art. 16c Aw moet volgens het hof zo 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 (rov. 4.6). Een offline streaming copy is dus geen thuis kopie volgens rov. 4.10.

- 3.90 SONT is het met het hof eens dat de wetgever commerciële opdracht kopieën heeft uitgesloten van de thuis kopieregeling¹⁰¹. Volgens SONT moet de eis dat het niet mag gaan om een commerciële opdracht kopie echter beperkter worden uitgelegd dan het hof heeft gedaan, in de zin dat die eis alleen zou zien op gevallen waarin de professionele of commerciële derde (of een werknemer van de derde) het kopieerproces in gang zet en verdere *actieve handelingen* verricht om de kopie te maken¹⁰². De 'geautomatiseerde feitelijke betrokkenheid' van de streamingsdienaarbieder bij het maken van offline streaming copies is volgens SONT in ieder geval niet waarop de Nederlandse wetgever het oog had met de uitsluiting van opdracht kopieën¹⁰³. De eis moet dus volgens haar in ieder geval zo worden uitgelegd dat hieronder niet offline streaming copies vallen¹⁰⁴.
- 3.91 Om verschillende redenen is deze restrictieve interpretatie van opdracht kopie in mijn optiek niet juist. De bronnen waarnaar SONT verwijst ter onderbouwing van haar standpunt betreffen één passage uit de parlementaire geschiedenis en een artikel van Seignette¹⁰⁵. In beide lees ik *niet* dat de wetgever bij het uitsluiten van opdracht kopieën het oog had op 'een (actief) handelen van een door de natuurlijke persoon benaderde professionele of commerciële derde' die de opdracht krijgt om een reproductie te maken 'van een cd of ander werk'¹⁰⁶. Ik lees dat ook niet in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis wordt het commerciële kopiëren in opdracht in algemene bewoordingen uitgesloten van de thuis kopieregeling¹⁰⁷. De wetgever heeft geen onderscheid gemaakt tussen derden die bij het vervaardigen van reproducties actief handelen of juist niet, of tussen derden die het kopieerproces in gang zetten of juist niet¹⁰⁸.
- 3.92 Niet alleen blijkt dit onderscheid niet uit de parlementaire geschiedenis, SONT maakt ook niet duidelijk waarom onderscheid tussen een wel of niet actief handelende derde juridisch relevant zou zijn. SONT stelt alleen dat dit zo is, maar geeft daarvoor geen onderbouwing¹⁰⁹. Het voorbeeld dat SONT ter zitting bij het hof heeft gegeven van een niet toegestane opdracht kopie, betreft het maken van een kopie van een DVD/CD door een derde tegen betaling (rov. 4.9). Het enige verschil met een offline streaming copy is dat bij het kopiëren van de DVD/CD de derde het kopieerproces zelf in gang zet en bij de offline streaming copies niet, zo heeft het hof in rov. 4.9 onbestreden in cassatie overwogen en dat 'geringe verschil'

¹⁰¹ S.t. SONT 3.2.6 e.v.

¹⁰² S.t. SONT 3.3.1. Heel kort gezegd komt de positie van SONT (net als van Thuis kopie in de parallelle procedure in onderdelen 1 en 3) erop neer dat niet de streamingsdienst, maar de gebruiker hier de kopie maakt met behulp van wat SONT noemt 'niet actief' handelende faciliteiten die de streamingsdienst biedt, zoals in subonderdeel 2.1. uiteengezet. 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 thuis kopie niet van belang.

¹⁰³ Procesinleiding p. 6.

¹⁰⁴ Procesinleiding p. 8.

¹⁰⁵ Te weten: Kamerstukken I, 2003/2004, 28 482, E, p. 2 en J.M.B. Seignette, AMI 2006-I, p. 21.

¹⁰⁶ Procesinleiding p. 6.

¹⁰⁷ Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 46; Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 8 (Nota nav het nadere verslag), p. 12-13 en Kamerstukken I, 2003-2004, 28 482, nr. E (Nadere memorie van antwoord), p. 2. Zie ook de bespreking van de parlementaire geschiedenis hiervoor in 3.25 t/m 3.38.

¹⁰⁸ Beide elementen worden genoemd in de s.t. SONT 3.3.1. Het is niet duidelijk of het volgens SONT gaat om cumulatieve vereisten. Op andere plaatsen spreekt SONT alleen over het actief handelen van de derde als criterium om te bepalen of het gaat om een opdracht kopie, zie Procesinleiding p. 6 en s.t. SONT 3.4.7.

¹⁰⁹ Procesinleiding p. 6: 'Dat is juridisch gezien verschillend, anders dan het hof (met name in rov. 4.9) kennelijk aanneemt'.

kan volgen het hof in het licht van het feit dat in beide situaties sprake is van een opdracht, geen gewicht van betekenis in de schaal leggen. Dat lijkt mij ook.

- 3.93 SONT betoogt dat de door haar voorgestane uitleg ‘te meer’ zou gelden, nu offline streaming copies ten tijde van de implementatie van de Auteursrechtlijn in 2003 en 2004 nog niet bestonden en dat de wetgever daar dus niet het oog op had/kan hebben gehad, toen hij opdrachtkopieën uitsloot van de thuiskopieregeling¹¹⁰. Dit argument overtuigt niet. 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 thuiskopieregeling¹¹¹. De vraag is juist hoe om moet worden gegaan met dit soort gevolgen van de voortschrijdende techniek, met in het achterhoofd dat in het auteursrecht gepoogd wordt (ook hier¹¹²) 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 opdrachtkopieën) zouden vallen. Het komt dus aan op de aard en strekking van die regeling.
- 3.94 SONT’s betoog dat een restrictieve uitleg van opdrachtkopieën strookt met doel en strekking van de Auteursrechtlijn, te weten ‘het waar mogelijk harmoniseren van de verschillende nationale wetgevingen’¹¹³, overtuigt evenmin. Volgens SONT geldt dat hoe ruimer nationale rechters nationaalrechtelijke ‘uitzonderingen op de thuiskopie-exceptie’ uitleggen, hoe groter de versplintering in ‘de Europese thuiskopieregeling’ wordt, en dat is onwenselijk gelet op de doelstellingen van de Auteursrechtlijn en het beginsel van Unietrouw¹¹⁴. Nog afgezien van het gegeven dat SONT zich slechts op één van de doelstellingen van de Auteursrechtlijn beroept¹¹⁵, volgt daaruit niet dat een restrictieve interpretatie van opdrachtkopie in de door SONT bedoelde zin zou zijn aangewezen. Er is helemaal geen ‘Europese thuiskopieregeling’, zoals SONT beweert; er is bij art. 5 Arl slechts sprake van beperkte harmonisatie¹¹⁶. De lidstaten is juist veel ruimte gelaten om een thuiskopieregeling wel of niet in te voeren met als gevolg dat de nationale stelsels variëren van een algehele uitzondering van thuiskopieën op het exclusieve reproductierecht, via gradaties van beperkingen daarop, tot het helemaal niet invoeren van een uitzondering voor thuiskopieën¹¹⁷. Van strijd met de doelstellingen van de richtlijn of het beginsel van Unietrouw

¹¹⁰ Procesinleiding p. 8 en s.t. SONT 3.3.2-3.3.3.

¹¹¹ Dat de Nederlandse wetgever niet bekend was met streaming en offline streaming copies, dan wel tethered downloads, is aannemelijk omdat streamingsdienaastbieders 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 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.

¹¹² Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 4, 12 en 17.

¹¹³ S.t. SONT 3.3.5.

¹¹⁴ S.t. SONT 3.3.6.

¹¹⁵ Een andere, meer centrale doelstelling is dat de Auteursrechtlijn ertoe strekt om op het niveau van de Unie algemene, soepele rechtsregels tot stand te brengen ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij, alsmede om het huidige auteursrecht en naburige rechten aan te passen en aan te vullen om te kunnen reageren op de technologische ontwikkeling die nieuwe vormen van exploitatie van beschermde werken in het leven heeft geroepen, 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/Strato*), punt 25.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Ierland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk hebben geen thuiskopieregeling, 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.

lijkt mij dan ook geen sprake hier; variatie is inherent aan beperkte harmonisatie. Ik wijs er overigens op dat er ook vergelijkbare thuishopiéstelsels als het onze bestaan, zoals het Duitse bijvoorbeeld¹¹⁸. Meer in het algemeen verliest SONT hier volgens mij uit het oog dat de *thuisopie-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 thuisopie-exceptie naast gradaties in de lidstatelijke excepties, verschillen gegeven zijn.

- 3.95 SONT betoogt verder dat uit een vergelijking van de aard van de gevallen die de wetgever wel, en die zij niet als opdrachtkopieën heeft willen bestempelen, volgt dat offline streaming copies moeten worden gelijkgesteld met gevallen die de wetgever niet als commerciële opdrachtkopieën heeft gezien¹¹⁹. Het (enige) voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis dat SONT in dit verband noemt, is het kopiëren van een werk met behulp van een computer in de bibliotheek (hierna: 'bibliotheekvoorbeeld')¹²⁰. Volgens SONT lijkt een offline streaming copy meer op het maken van een kopie door een natuurlijke persoon met behulp van door derden ter beschikking gestelde apparatuur (zoals van een computer door de bibliotheek in het bibliotheekvoorbeeld), dan op het maken van een kopie door een commerciële/professionele derde.
- 3.96 Dat lijkt mij niet meer dan een wijze van appreciatie. Het onderscheid tussen toegestaan gebruik van apparatuur van derden door natuurlijke personen om vervolgens zelf een thuisopie te maken enerzijds en het niet toegestane vervaardigen van thuisopieën door commerciële/professionele derden-opdrachtnemers komt voort uit een Kamervraag of het instellingen die werken ter beschikking hebben (bibliotheken, musea en archieven) is toegestaan apparatuur ter beschikking te stellen om werken voor privégebruik in elektronische vorm te reproduceren en uit te printen of per e-mail naar het eigen adres te zenden. Antwoord van de regering was hier: ja, omdat het ter beschikking stellen van dergelijke apparatuur waarmee natuurlijke personen in de gelegenheid worden gesteld om thuisopieën te vervaardigen op zichzelf beschouwd is toegestaan. De regering laat daar direct op volgen dat het wetsvoorstel 'er evenwel aan in de weg [staat] dat die instellingen [bibliotheken, musea en archieven, A-G] ook in opdracht van natuurlijke personen kopieën gaan vervaardigen'¹²¹.
- 3.97 In de praktijk is een rechterlijke toets of we met het één of het ander te maken hebben nogal feitelijk en onvermijdelijk casuïstisch, dus een kwestie van appreciatie. De vraag in welk van beide categorieën offline streaming copies vallen, is verweven met waarderingen van

¹¹⁸ 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 thuishopieregeling 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.

¹¹⁹ S.t. SONT 3.3.3-3.3.4.

¹²⁰ SONT wijst in ST onder 3.3.4 naar de 'navolgende exercitie' waaruit dat zou blijken. Zij doelt daarmee kennelijk op het vergelijken van gevallen. SONT geeft niet aan waar die exercitie begint, maar die lijkt te beginnen onder 3.4.7 en door te lopen t/m 3.4.20. SONT geeft daar echter enkel zelf gekozen (met andere woorden: niet door de wetgever genoemde) voorbeelden, op het voorbeeld van de bibliotheek onder 3.4.19 na. SONT noemt dit voorbeeld ook in Procesinl., p. 7.

¹²¹ Kamerstukken I 2003/2004, 28 482, E, p. 2.

feitelijke aard die buiten het cassatievizier behoren te blijven. De door SONT bepleite manier om het hier bedoelde onderscheid te maken (het in gang zetten van/het initiatief nemen tot het kopieerproces door de derde oftewel het 'actief handelen' van de derde bepaalt of het een opdrachtkopie is) lijkt mij om de redenen die ik hiervoor uiteen heb gezet, niet voldoende concludent. De elementen c-f uit rov. 4.2¹²² maken dat goed te volgen is dat het hof offline streaming copies hier feitelijk in het vak van de opdrachtkopie plaatst, omdat de gebruiker alleen op de downloadknop drukt, maar bij het verdere proces en het verdere 'leven' van de offline streaming copy niet veel in de melk te brokkelen heeft. De rest doet de opdrachtnemer-streamingprovider allemaal, die daar ook de volle regie over houdt met op de achtergrond wat zijn licentieverhouding met de rechthebbende hem in dit opzicht al dan niet toestaat. Dit lijkt mij hier dan ook geen rechtens onjuiste benadering van het hof en de uiteindelijke keuze wordt als gezegd gekleurd door waarderingen van feitelijke aard die in cassatie niet toetsbaar zijn anders dan op begrijpelijkheid en dit is prima te volgen in mijn ogen.

- 3.98 SONT benadert het probleem echter ook nog vanuit de vraag welke elementen bepalend zijn om te kunnen spreken van een kopie die een natuurlijke persoon vervaardigt met behulp van apparatuur van een derde. Volgens SONT neemt de natuurlijke persoon bij offline streaming copies het initiatief om de reproductie te maken, deze verricht namelijk de handeling om van de door hem geselecteerde werken een reproductie te maken en bepaalt op welk apparaat de reproductie wordt opgeslagen. Dat zou gelijk te stellen zijn met gevallen waarin een natuurlijke persoon een kopie vervaardigt met behulp van apparatuur van een derde¹²³. Mij lijkt echter dat dit niet voldoende onderscheidend is ten opzichte van uitgesloten opdrachtkopieën, zoals ook ter zitting in appel naar voren kwam: bij het laten kopiëren van een CD/DVD door een derde tegen betaling, een geval dat SONT zelf uitdrukkelijk ziet als een opdrachtkopie (zie rov. 4.9), neemt de natuurlijke persoon het initiatief, bepaalt hij op welk apparaat de kopie wordt opgeslagen en verricht hij een handeling om van een door hem geselecteerd werk een reproductie te maken. Hij gaat namelijk naar de derde toe met de vraag om een bepaalde CD/DVD met een werk te laten reproduceren op een andere door hem aangeduide drager. Zoals het hof terecht overweegt in rov. 4.9, is het verschil met een offline streaming copy, te weten dat de gebruiker het kopieerproces in gang zet (op knop download drukken) een te gering verschil.
- 3.99 Er zijn overigens (ook) andere argumenten die ervoor pleiten dat de uitkomst waar het hof toe komt – offline streaming copy is een opdrachtkopie die buiten de thuiskopieregeling valt – materieel juist is hier. Dat wordt inzichtelijk aan de hand van de *ratio* van de thuiskopieregeling en in het verengde daarvan de *driestappentoets*. Dat zou maken dat (ook) belang bij cassatie hier lijkt te ontbreken. Exploitatie in de vorm van offline streaming copies lijkt een vorm van primaire exploitatie voor de rechthebbenden te zijn in de betreffende licentieverhouding¹²⁴.

¹²² HP c.s. wijzen in s.t. onder 6.4 ook op het ontbreken van de elementen c) -f) uit rov. 4.2 in de parallellen die SONT trekt tussen offline streaming copies en andere gevallen waarin sprake is van opslag, zoals het opslaan van een kopie in de cloud, het opslaan van een werk in een mailbox, het downloaden van een werk uit een mailbox naar een ander device of het maken van een reproductie doop op de radio afgespeelde muziek op te nemen, zodat die vergelijkingen mank gaan. Volgens HP c.s. gaat het bij offline streaming copies om meer dan 'geautomatiseerde feitelijke betrokkenheid' van de streamingdienstaanbieder; er is sprake van 'inmenging'.

¹²³ S.t. SONT 3.4.4-3.4.6.

¹²⁴ S.t. HP c.s. 1.5.

- 3.100 De ratio van de thuiskopieregeling 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 principiële ondoenlijk en bezwaarlijk geacht wordt om het auteursrecht in die sfeer te handhaven. Die rechtvaardiging van de thuiskopieregeling 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 ondernemingen¹²⁵. 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 copies¹²⁶. De besproken ratio voor de thuiskopieregeling vormt hier dus geen rechtvaardiging voor een thuiskopieheffing ter delging van schade die voor de rechthebbenden zou voortvloeien uit online streaming copies; we zullen zo meteen ook zien dat de licentievergoedingen voor online en offline streaming copies gelijk zijn. De ratio voor de thuiskopieregeling doet zich hier helemaal niet voor.
- 3.101 In dit verband moet bedacht worden 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 werk¹²⁷, 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.
- 3.102 De thuiskopieregeling vindt zijn begrenzing in de eis dat de regeling geen afbreuk mag doen aan de normale exploitatie van werken, zo hebben we gezien. Dat volgt uit de

¹²⁵ Vgl. s.t. HP c.s. 1.4, waar HP c.s. betogen dat voor thuiskopieën kenmerkend is dat zij zich onttrekken aan de waarneming, controle en beheersing van de rechthebbenden.

¹²⁶ S.t. HP c.s. 1.2, 1.5 en op verschillende andere plaatsen, alsmede dupliek 3.2.

¹²⁷ Dupliek 3.2, zie ook dupliek 3.3. over het verschil van een tethered download via Apple Music met het voorbeeld uit de parallelle procedure (HP c.s. hebben in beide procedures dezelfde s.t. gegeven en dupliek genomen) in 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).

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 beperking¹²⁸. Dienstverlening in de vorm van offline streaming copies is te zien als een normale (primaire) exploitatie door de rechthebbende¹²⁹, omdat hij de streamingsdienstaanbieder daarvoor een licentie verleent en daarvoor een licentievergoeding ontvangt¹³⁰. Door de streamingsdienstaanbieder wordt bijgehouden hoe vaak het werk offline wordt afgespeeld en dit wordt aan de rechthebbende gerapporteerd¹³¹. 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 zelf¹³². 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 zich niet aan die voorwaarde houdt¹³³. 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. Streamingsdienstaanbieders 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 rechthebbenden¹³⁴.

- 3.103 Zo bezien heeft SONT geen belang bij haar klachten, omdat zelfs als offline streaming copies niet zouden kwalificeren als opdrachtkopieën in de hiervoor besproken zin, zij hoe dan ook niet onder de thuiskopieregeling vallen. Daar stuiten de klachten van het subonderdeel mijns inziens ook op af.
- 3.104 Nu we bij de bespreking van subonderdelen 2.2 en 2.3 zullen zien dat het aangewezen lijkt om prejudiciële vragen te stellen, kan daarbij dit laatstbesproken aspect van subonderdeel 2.1 ook meegenomen worden: vallen offline streaming copies sowieso buiten de thuiskopieregeling vanwege de driestappentoets? Het kan als een *acte clair* gezien worden, maar de voorafgaande bespreking laat denk ik wel zien dat daar gereede twijfel¹³⁵ over mogelijk is, zodat het dienstig voorkomt (ook) daar een vraag over te stellen aan het HvJEU.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ Vgl. s.t. HP c.s. 1.5-1.6, 7.2 en 4.11 en dupliek 3.2.

¹³⁰ S.t. HP c.s. 4.11.

¹³¹ S.t. HP c.s. 1.5 en MvG 19 sub v en voetnoot 13.

¹³² MvG 19, onder v en voetnoot 13 en prods. 8 en 9-1B, waarnaar wordt verwezen in s.t. HP c.s. 1.5.

¹³³ Zie prod. 9-1B waarnaar wordt verwezen in s.t. HP c.s. 1.5.

¹³⁴ Vgl. s.t. HP c.s. 5.17.

¹³⁵ 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 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

- 3.105 In subonderdeel 2.2 klaagt SONT dat het hof met zijn oordeel in rov. 4.7 dat in het midden kan blijven of art. 5 lid 2 onder b Arl aan de hoedanigheid van thuiskopie de eis stelt dat deze niet door een commercieel/bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer is vervaardigd, heeft miskend dat voor de uitleg en reikwijdte van de door de Nederlandse wetgever in art. 16c Aw gestelde eis wel degelijk van belang is of art. 5 lid 2 onder b Arl dezelfde eis stelt, en zo ja, hoe die eis in het kader van art. 5 lid 2 onder b Arl moet worden uitgelegd. Het subonderdeel voert daartoe aan dat uit de parlementaire geschiedenis van art. 16c Aw kan worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever heeft willen aansluiten bij de regeling van art. 5 lid 2 onder b Arl en deze regeling van de thuiskopie-exceptie volledig heeft willen implementeren¹³⁶. Dat sprake is van een volledige implementatie heeft de rechtbank tot uitgangspunt genomen en heeft de SONT in deze procedure ook gesteld¹³⁷, aldus het subonderdeel. Gewezen wordt ter illustratie op het arrest *Austro-Mechana/Strato*¹³⁸, waaruit blijkt dat de opslag van werken in de cloud moet worden aangemerkt als een thuiskopie in de zin van art. 5 lid 2 onder b Arl. Als art. 5 lid 2 onder b Arl al aan de thuiskopie de eis stelt dat geen sprake mag zijn van een reproductie die in opdracht van een natuurlijke persoon is gemaakt door een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt, dan volgt volgens de klacht uit dit arrest dat de genoemde eis in ieder geval niet zo moet worden uitgelegd dat bij opslag van werken in de cloud sprake is van een dergelijke ‘opdrachtkopie’. In het verlengde hiervan moet deze eis dan zo worden uitgelegd dat offline streaming copies evenmin als een dergelijke ‘opdrachtkopie’ kunnen worden aangemerkt, althans valt het tegendeel zonder nadere motivering, die het hof niet geeft, niet in te zien, zo is de klacht.
- 3.106 Volgens SONT geldt de door haar in subonderdeel 2.1 voorgestane uitleg van art. 16c Aw ‘temeer’, nu de Nederlandse wetgever heeft willen aansluiten bij de regeling van art. 5 lid 2 onder b Arl en deze regeling ‘volledig’ heeft willen implementeren. De term ‘volledige implementatie’ is echter ambivalent in een geval als hier waarin lidstaten een aanzienlijke ruimte hebben om een richtlijnbeperking te implementeren¹³⁹. Met ‘volledige’ implementatie bedoelt SONT kennelijk, gelet op haar stellingen bij MvA en bij pleidooi¹⁴⁰, dat de Nederlandse wetgever een algehele uitzondering wilde maken op het exclusieve reproductierecht. Met het maken van een ‘algehele uitzondering’ doelt SONT op het één-op-één overnemen van de regeling van art. 5 lid 2 onder b Arl in de Nederlandse wetgeving; oftewel, om in auteursrechtelijk jargon te blijven, de Nederlandse wetgever heeft die richtlijnbeperking in de Nederlandse wetgeving willen ‘reproducen’.
- 3.107 Indien dit uitgangspunt van SONT juist is (ik meen dat dat niet zo is), slaagt de klacht. In dat geval is de uitleg van art. 5 lid 2 onder b Arl immers één-op-één van belang voor de uitleg van art. 16c Aw en heeft het hof dat miskend met zijn oordeel in rov. 4.7 dat in het midden

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.’

¹³⁶ Onder verwijzing naar Kamerstukken II 2002/03, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 46-47; Kamerstukken II 2002/03, 28 482, nr. 5, p. 32 en HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, rov. 5.1.3.

¹³⁷ Onder verwijzing naar rov. 5.5 van Rb. Den Haag 18 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9876, resp. MvA 3.18, 3.38 en 3.40 en Plta van 10 mei 2021 onder 3, 6-12.

¹³⁸ HvJEU 24 maart 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:2017, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power (*Austro-Mechana/Strato*).

¹³⁹ Vgl. het betoog van s.t. HP c.s. 5.21 waar zij stellen dat de Nederlandse wetgever art. 5 lid 2 onder b Arl volledig heeft geïmplementeerd, maar waar zij iets anders onder verstaan dan SONT, nu art. 5 lid 2 sub b Arl toestaat dat lidstaten het toepassingsbereik van die beperking verder kunnen beperken, in het geval van Nederland door commerciële opdrachtkopieën van de thuiskopie-uitzondering op het reproductierecht uit te sluiten.

¹⁴⁰ En vgl. ook subonderdeel 2.4 waar SONT klaagt dat voor zover de lidstaten op grond van art. 5 lid 2 onder b Arl niet alleen de mogelijkheid hebben om een (algehele) uitzondering te maken op het exclusieve reproductierecht, maar ook om daarop (gedeeltelijke) beperkingen aan te brengen.

kan blijven of de Auteursrechtlijn de eis stelt dat het niet mag gaan om een opdracht kopie. Het hof had dan moeten vaststellen of de richtlijn dezelfde eis stelt en art. 16c Aw richtlijnconform dienen uit te leggen. De klacht slaagt echter niet indien de Nederlandse wetgever art. 5 lid 2 onder b Arl niet heeft willen 'reproducen', maar juist gebruik heeft willen maken van de implementatieruimte die de richtlijn op dit punt biedt. Het zal na de voorgaande bespreking wel duidelijk zijn dat ik meen dat dit laatste zich hier voordoet.

- 3.108 De wetgever heeft met de aanpassing van art. 16c Aw in 2004 uitdrukkelijk beoogd art. 5 lid 2 sub b Arl te implementeren¹⁴¹. Daarmee is echter nog niet gezegd *hoe* dan, één-op-één als 'reproductie'¹⁴², of dat gebruik is gemaakt van de implementatieruimte die de richtlijn op dit punt biedt¹⁴³. Voor beide opvattingen valt mogelijk wat te zeggen, maar voor het eerste het minst, dunkt mij.
- 3.109 De vraag is of de extra eis mag worden gesteld dat een thuiskopie niet door een commerciële dan wel professionele opdrachtnemer is gemaakt. Dat kan volgens mij op twee manieren het geval zijn (en dat staat nog los van de voorafgaande vraag of offline streaming copies vanwege het niet passeren van de drietappentoets categorisch zijn uitgesloten van thuiskopieheffingstelsels, omdat het in wezen primaire exploitatie betreft) : ofwel die eis ligt al besloten in art. 5 lid 2 onder b Arl, ofwel dat is niet zo, maar mag wel door lidstaten worden gesteld, omdat zij binnen de implementatieruimte valt (vgl. rov. 4.7 van het bestreden arrest en hiervoor in 3.47 en 3.84-3.85). In deze zaak is de vraag uiteindelijk of de uitsluiting van offline streaming copies van de thuiskopieregeling verenigbaar is met de Auteursrechtlijn. Die vraag staat mijns inziens niet per se in noodzakelijk verband met de vraag of commerciële opdracht kopieën op grond van de richtlijn moeten, dan wel mogen worden uitgesloten van de thuiskopieregeling. Indien offline streaming copies kwalificeren als opdracht kopieën, dan hangen de vragen wel samen, maar het kan ook zijn dat dat offline streaming copies mogen of zelfs moeten worden uitgezonderd van de thuiskopieregeling, ook al kwalificeren zij niet als opdracht kopieën.
- 3.110 Op grond van de stand van de rechtspraak van het HvJEU over art. 5 lid 2 onder b Arl zoals in 3.43-3.865 besproken, lijkt mij dat in art. 5 lid 2 onder b Arl *niet* de eis besloten ligt dat een thuiskopie niet mag worden vervaardigd door een commerciële en/of professionele opdrachtnemer. Al in *Padawan* heeft het HvJEU geoordeeld dat niet noodzakelijk is dat de betrokken natuurlijke personen de installaties, apparaten of dragers waarmee de reproducties worden gemaakt zelf bezitten en dat zij ook een reproductiedienstverlening van derden kunnen ontvangen die de noodzakelijke feitelijke premisse vormt die deze natuurlijke personen toestaat privé kopieën te verkrijgen. Dat de dienstverlener een commerciële dan wel professionele opdrachtnemer is, lijkt daarmee geen belemmering te zijn voor de kwalificatie als thuiskopie. Dit lijkt mij te meer ook te volgen uit *VCAST* en *Austro-Mechana/Strato*, waarin het HvJEU oordeelde dat opslag in de cloud van reproducties ook kwalificeert als thuiskopie.

¹⁴¹ In die zin reeds 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*), rov. 5.1.2.

¹⁴² Zoals wordt betoogd door SONT, zie subonderdeel 2.2 en s.t. 3.5.2.

¹⁴³ In de Nederlandse literatuur wordt deze vraag, als ik het goed zie, in het midden gelaten. Zie bijv. Spoor/Verkade Visser, Auteursrecht 2019/5.16: 'De regeling wordt inmiddels in belangrijke mate bepaald door de overvloedige rechtspraak van het HvJ EU over artikel 5 lid 2 sub b ARI, die hierna zal worden besproken' [onderstreping A-G].

- 3.111 Het lijkt mij als al eerder toegelicht echter (zeer) goed mogelijk dat de eis die de Nederlandse thuiskopieregeling stelt (reproductie vervaardigd door een commerciële en/of professionele opdrachtnemer valt niet onder art. 16c Aw) *wel* is toegestaan op grond van de implementatieruimte die de Auteursrechtlijn biedt. Dat vormt geen ongeoorloofde uitbreiding van de uitzondering op het reproductierecht; het maakt de reikwijdte van die uitzondering juist enger en dat past in de Luxemburgse jurisprudentielijn dat dergelijke wettelijke lidstatelijke uitzonderingen op dat reproductierecht restrictief moeten worden toegepast, zeker in een digitale omgeving. Daarbij lijkt de eis te vallen binnen de grenzen van wat is toegestaan: de eis lijkt geen afbreuk te doen aan de doelstellingen van de richtlijn, geen ongerechtvaardigd onderscheid te maken tussen verschillende goederen, dragers of diensten waarop de billijke compensatie wordt geheven en te voldoen aan de driestappentoets. Hierover heeft het HvJEU evenwel nog geen uitspraak gedaan, dus het is geen *acte éclairé*.
- 3.112 Ik heb al aangekaart dat hier mogelijk sprake is van een *acte clair*, maar dat dat een beslispunt is (zie hiervoor in 3.85). Het uitsluiten van offline streaming copies lijkt mij namelijk naadloos te passen in de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl en de uitleg en toepassing die A-G Szpunar daaraan heeft gegeven in zijn besproken conclusie in de *VCAST*-zaak¹⁴⁴. Bij de bespreking van subonderdeel 2.1 kwamen we al tegen dat het HvJEU zich nog niet (uitdrukkelijk) heeft uitgelaten over de vraag of dienstverlening zoals het aanbieden van offline streaming copies (of vergelijkbare dienstverlening) een vorm van normale exploitatie is en zo ja, of het scharen van dergelijke kopieën onder een nationale thuiskopieregeling afbreuk doet aan die normale exploitatie. Het HvJEU heeft zich evenmin al kunnen uitlaten over de vraag of de ratio van de thuiskopieregeling wel een ‘bijzonder geval’ oplevert bedoeld in de eerste stap van de driestappentoets en hoe het dan zit met de schade die rechthebbenden lijden wanneer offline streaming copies onder de thuiskopieregeling worden geschaard, nu dat een normale, primaire exploitatievorm lijkt te zijn (waar in de bespreking van subonderdeel 2.1 mee is geworsteld).
- 3.113 Ik stel daarom voor om het HvJEU hierover de volgende vragen te stellen, indien geen *acte clair* kan worden aangenomen¹⁴⁵:
- 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?
 - 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 b Auteursrechtlijn afbreuk doet aan de

¹⁴⁴ Aan het moeten passeren van de driestappentoets besteden de cassatiestukken van SONT geen aandacht.

¹⁴⁵ Dezelfde vragen heb ik voorgesteld in de conclusie in de parallelle Thuiskopie-zaak in 3.96. HP c.s. hebben bij MvG 42 en 51 ook prejudiciële vragen voorgesteld v.z.v. geen sprake zou zijn van een *acte clair*. Volgens SONT is (ook) sprake van een *acte clair*, maar dan precies ‘andersom’, dus dat offline streaming copies wel thuiskopieën zijn. SONT wijst er bij s.t. op dat voor die twijfel grond kan worden gevonden in de conclusies van A-G Szpunar in de *VCAST*-zaak onder 25, en van A-G Hogan in *Austro Mechana/Strato* onder 38, beide al eerder aangehaald, zie s.t. SONT 3.1.5 en in 3.1.6 voetnoot 28.

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?

- 3.114 Zoals bekend bestaat voor partijen gelegenheid om bij Borgersbrief te reflecteren op de voorgestelde vragen en om daarvoor eventuele (nadere) suggesties te doen.
- 3.115 In subonderdeel 2.3 klaagt SONT dat voor zover het hof in rov. 4.4-4.11 en met name in rov. 4.7 relevant heeft geacht dat bij reproducties met de kenmerken als genoemd in rov. 4.2 onder a-f, sprake is van enige betrokkenheid van een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het vereiste uit art. 5 lid 2 onder b Arl (en art. 16c Aw) dat geen sprake mag zijn van een commercieel oogmerk (‘zonder direct of indirect commercieel oogmerk’) niet ziet op de eventuele tussenkomst van een derde, maar op het gebruik dat van de reproductie wordt gemaakt door de natuurlijk persoon¹⁴⁶.
- 3.116 Volgens A-G Szpunar in zijn conclusie in de VCAST-zaak ziet het vereiste van art. 5 lid 2 onder b Arl dat geen sprake mag zijn van een commercieel oogmerk op het gebruik dat van de reproductie wordt gemaakt door de natuurlijk persoon voor wie de reproductie is bedoeld¹⁴⁷. Daar lijkt mij veel voor te zeggen, maar het HvJEU heeft nog niet uitdrukkelijk in die zin geoordeeld. Op grond van de huidige rechtspraak lijkt het feit dat een commerciële derde reproductiedienstverlening biedt, geen belemmering te vormen om een daarmee

¹⁴⁶ Onder verwijzing naar A-G Szpunar in zijn conclusie vóór HvJEU 29 november 2017, ECLI:EU:C:2017:913, C-265/16, 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 26.

¹⁴⁷ Idem.

gemoede thuiskopie in beginsel onder art. 5 lid 2 onder b Arl te laten vallen, zo hebben we gezien.

- 3.117 Dit heeft het hof volgens mij in de aangevallen passage uit (met name) rov. 4.7 ook niet miskend. Het hof heeft het aspect dat bij offline streaming copies sprake is van enige betrokkenheid van een derde die professioneel of met commercieel oogmerk handelt, relevant geacht in het kader van de uitleg van art. 16c Aw. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 16c Aw heeft het hof terecht afgeleid dat de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk kopieën gemaakt door een commerciële/professionele opdrachtnemer heeft willen uitsluiten van de thuiskopieregeling. Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat de Nederlandse wetgever die extra eis mag stellen. In die zin is het niet relevant, zo overweegt het hof terecht, of art. 5 lid 2 onder b Arl op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. Die regeling kan volgens het hof namelijk een ruimere werkingssfeer hebben in de zin dat kopieën die zijn gemaakt door een commerciële/professionele opdrachtnemer er wel onder kunnen zijn begrepen (het hof laat in het midden of dat zo is), maar de Nederlandse regeling in art. 16c Aw stelt volgens het hof de met het Unierecht sporende eis dat de kopie niet mag zijn gemaakt door een professionele/commerciële derde.
- 3.118 In de voorgestelde prejudiciële vragen komt dit aspect naar ik meen voldoende naar voren – en bij het aannemen van een *acte clair* langs de hiervoor geschetste lijnen is het aangevallen hofoordeel helemaal juist en treft de klacht geen doel. Indien prejudiciële vragen zouden worden gesteld langs de gesuggereerde lijnen, dienen de antwoorden daarop eerst te worden afgewacht, alvorens de klacht uit subonderdeel 2.3 te bespreken.
- 3.119 In subonderdeel 2.4 klaagt SONT dat het hof in rov. 4.4-4.11 althans heeft miskend dat, ook voor zover de lidstaten de mogelijkheid hebben om op grond van art. 5 lid 2 onder b Arl niet alleen een (algehele) uitzondering te maken op het exclusieve reproductierecht, maar ook om daarop (gedeeltelijke) beperkingen aan te brengen, het de lidstaten in ieder geval niet is toegestaan om reproducties met de kenmerken als genoemd in rov. 4.2 onder a-f uit te sluiten van de in nationale wetgeving opgenomen thuiskopie-exceptie. Het hof had art. 16c Aw dan ook richtlijnconform moeten uitleggen en offline streaming copies als thuiskopie moeten aanmerken, aldus het subonderdeel¹⁴⁸.
- 3.120 De klacht specificeert niet waarom het niet zou zijn toegestaan om dergelijke reproducties uit te sluiten van de in nationale wetgeving opgenomen thuiskopie-exceptie¹⁴⁹. SONT verwijst in een voetnoot weliswaar naar de arresten *Padawan*, *ACI Adam en Deckmyn*¹⁵⁰, maar licht niet toe waarom daaruit zou volgen, dat het ook in geval van een nationaal stelsel dat slechts beperkingen op het exclusieve reproductierecht wil implementeren conform art. 5 lid 2 sub b Arl, het niet zou zijn toegestaan om offline streaming copies uit te sluiten van de nationale thuiskopie-exceptie. In de eerste twee arresten heeft het HvJEU geoordeeld dat het begrip ‘billijke compensatie’ in art. 5 lid 2 onder b Arl een autonoom Unierechtelijk begrip is en uniform moet worden uitgelegd op het grondgebied van de Unie. In het *Deckmyn*-arrest is hetzelfde geoordeeld met betrekking tot het begrip ‘parodie’ in art. 5 lid 3 onder k Arl¹⁵¹. Dit

¹⁴⁸ Onder verwijzing naar *Padawan*, *ACI Adam* en *Deckmyn*. Hierna te bespreken.

¹⁴⁹ In gelijke zin s.t. HP c.s. 5.38-5.39.

¹⁵⁰ HvJEU 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, NJ 2016/351 m.nt. P.B. Hugenholtz, Mediaforum 2014/8 m.nt. D. Voorhoof (*Deckmyn*).

¹⁵¹ In het vervolg laat ik dit arrest buiten de beschouwing, omdat het over een andere bepaling van de Auteursrechtlijn gaat en op het aspect van autonome Unierechtelijkheid, niets toevoegt aan *Padawan* en *ACI Adam*.

betekent dat het de lidstaten niet vrij staat om de parameters van het begrip ‘billijke compensatie’ op incoherente, niet-geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen. Deze rechtspraak laat evenwel onverlet dat per lidstaat wél kan verschillen of zij een thuiskopieregeling invoeren, en zo ja, op welke wijze en met wat voor modaliteiten (een algehele uitzondering, of slechts een beperking van het exclusieve reproductierecht)¹⁵². Uit genoemde arresten volgt dat áls lidstaten een thuiskopieregeling hebben ingevoerd, zij ervoor dienen te zorgen dat billijke compensatie wordt betaald aan auteurs (rechthebbenden) die door die thuiskopieregeling worden benadeeld, en dat die billijke compensatie niet per lidstaat mag verschillen maar in de gehele Unie uniform moet zijn¹⁵³. Ik zie dus niet waarom uit de genoemde arresten zou volgen dat de Nederlandse thuiskopieregeling niet offline streaming copies mag uitsluiten¹⁵⁴.

- 3.121 Voor zover SONT nog klaagt dat dit volgt uit een richtlijnconforme uitleg van art. 16c Aw¹⁵⁵, maakt zij ook niet duidelijk *hoe* dat daaruit zou volgen. In een stelsel waarin het lidstaten is toegestaan een beperking op het exclusieve reproductierecht in te voeren in plaats van een algehele uitzondering¹⁵⁶, zoals SONT ook onderkent¹⁵⁷, en lidstaten daarbij bovendien een ruime beoordelingsmarge hebben¹⁵⁸, zie ik niet in waarom richtlijnconforme uitleg van art. 16c Aw geen commerciële opdracht kopieën zou mogen uitsluiten.
- 3.122 In haar s.t. heeft SONT, kennelijk in het kader van haar klacht dat de Nederlandse thuiskopieregeling op grond van het Unierecht niet offline streaming copies mag uitsluiten¹⁵⁹, nadere argumentatie aangedragen door erop te wijzen dat indien een lidstaat ervoor het kiest om de thuiskopie-exceptie van art. 5 lid 2 onder b Arl gedeeltelijk in te voeren (namelijk een beperking van het exclusieve reproductierecht ten behoeve van bepaalde privékopieën en niet een algehele uitzondering voor privékopieën), het daarbij niet is toegestaan om een regeling vast te stellen waarbij zonder enige rechtvaardiging onderscheid wordt gemaakt tussen vergelijkbare gevallen (dat is op zich juist) en dat de regeling bovendien technologie-neutraal dient te zijn¹⁶⁰.

¹⁵² SONT erkent dit zelf ook, zie s.t. 2.1.3 en 3.4.13.

¹⁵³ In de meest recente bespreking van het facultatieve karakter van de excepties van art. 5 lid 2 Arl en de daaruit voortvloeiende ruimte die lidstaten hebben om die excepties te implementeren, zegt A-G Hogan ook niet dat het vereiste van uniforme uitleg van autonome Unierechtelijke begrippen een begrenzing vormt van de implementatieruimte die lidstaten hebben. Hij zet wel uiteen dat de nationale regeling niet in strijd mag zijn met, of anderszins afbreuk mag doen aan de doelstelling(en) van de Auteursrechtlijn. Zie 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 28-31.

¹⁵⁴ In hun noot onder het bestreden arrest schrijven S.C. van Loon en L. Power dat het facultatieve karakter van de excepties van de Auteursrechtlijn wordt begrensd door de vereiste uniforme uitleg van autonome unierechtelijke begrippen, zie Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2289, ATR 2022/6 m.nt. S.C. van Loon en L. Power, p. 178. Dat is in zoverre juist dat het facultatieve karakter zich niet uitstrekt tot de invulling van het begrip ‘billijke compensatie’. Dit laat echter onverlet dat lidstaten de ruimte hebben om de excepties te implementeren, zoals uiteengezet door A-G Hogan in zijn conclusie vóór *Austro-Mechana/Strato*, onder 28-31, vindplaats vorige voetnoot. Hij noemt daar overigens niet de uniforme uitleg van autonome Unierechtelijke begrippen als grens.

¹⁵⁵ Vgl. s.t. HP c.s. 5.38-5.41.

¹⁵⁶ HvJEU 27 juni 2013, C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426 (*VG Wort*).

¹⁵⁷ S.t. SONT 2.1.3 en 3.4.13.

¹⁵⁸ HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punt 20 en 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/Strato*), onder 31.

¹⁵⁹ Vgl. s.t. SONT 3.4.21 waar SONT concludeert dat de subonderdeel 2.4 dient te slagen (kennelijk) op grond van wat zij in de paragrafen daarvoor heeft betoogd.

¹⁶⁰ S.t. SONT 3.4.13 onder verwijzing naar HvJEU 5 maart 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan*), punt 33; HvJEU 22 september 2016, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717

- 3.123 SONT betoogt in haar s.t. dat de Nederlandse regeling een ongerechtvaardigd en niet technologie-neutraal onderscheid maakt tussen reproducties die via internet worden gemaakt en reproducties die niet via internet worden gemaakt¹⁶¹. De klacht van subonderdeel 2.4 is echter dat het uitsluiten van kopieën met de kenmerken bedoeld in rov. 4.2 onder a-f niet is toegestaan op grond van het Unierecht. De ruimte tussen beide stellingen overbrugt SONT met de redenering dat de uitleg van het hof van art. 16c Aw (reproducties vervaardigd door commerciële derden zijn uitgezonderd van de thuiskopieregeling en offline streaming copies zijn dergelijke van de thuiskopieregeling uitgezonderde kopieën) leidt tot het *de facto* uitsluiten van kopieën die via internet worden gemaakt, omdat in dat geval de kopieën vrijwel altijd door commerciële derden worden vervaardigd¹⁶². SONT noemt verschillende voorbeelden¹⁶³.
- 3.124 Daargelaten dat dit mij tardieve cassatieklachten lijken die niet in de Procesinleiding besloten liggen, wordt mij niet duidelijk waarom het uitsluiten van commerciële opdrachtkopieën een ongerechtvaardigd onderscheid en een non-technologie-neutrale regeling zou opleveren. SONT trekt het veld te breed hier en lijkt te betogen dat kopieën die op een vergelijkbare manier worden gemaakt, maar niet via internet (bijvoorbeeld via een niet op internet aangesloten computer in de lobby van een hotel), wel onder de thuiskopieregeling vallen¹⁶⁴. Dit vormt niet het criterium om onderscheid te maken tussen kopieën die wel of niet onder de thuiskopieregeling vallen. Dat is of de kopieën zijn gemaakt door een commercieel/professioneel handelende derde. Dat criterium maakt geen ongerechtvaardigd onderscheid tussen vergelijkbare gevallen, althans niet (zoals SONT betoogt) tussen kopieën die wel en kopieën die niet via internet zijn gemaakt. Met techniekneutraliteit heeft het onderscheid volgens mij niets te maken.
- 3.125 Het subonderdeel lijkt mij niet tot cassatie te kunnen leiden, maar als het tot prejudiciële vragen zou komen, is in de hiervoor in 3.113 gedane voorstellen ook aan de orde gesteld of offline streaming copies geheel buiten de thuiskopie-exceptie vallen.

Onderdeel 3 (het karakter van offline streaming copies)

- 3.126 Onderdeel 3 richt een rechts- althans motiveringsklacht tegen de overweging ten overvloede in rov. 4.11. Het hof heeft daar geoordeeld dat voor de conclusie dat offline streaming copies niet kunnen worden aangemerkt als thuiskopieën in de zin van art. 16c Aw, ook pleit dat offline streaming copies een ander karakter hebben dan een thuiskopie, omdat de rechthebbende bij offline streaming copies de controle over de werken behoudt, nu hij zelf bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, en zelf kan (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot offline streaming copies wordt geblokkeerd of dat offline streaming copies worden verwijderd. Volgens de klacht is voor een thuiskopie niet vereist dat de rechthebbende (of de aanbieder van de streamingsdienst) de controle over de reproductie van het werk verliest. Evenmin is vereist dat een thuiskopie tot in lengte van jaren

(*Microsoft Sales International e.a.*), punten 44-45 en 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.

¹⁶¹ S.t. SONT 3.4.13: 'Als het antwoord op de vraag of de reproductie via internet wordt gemaakt van doorslaggevende betekenis zou zijn, zou dat zich ook niet verhouden met het Unierecht.'

¹⁶² S.t. SONT 3.4.9.

¹⁶³ S.t. SONT 3.4.10.

¹⁶⁴ S.t. SONT 3.4.13 en vgl. ook 3.4.19 waar SONT opmerkt dat reproducties waarbij feitelijke gebeurtenissen aan de zijde van de derde plaatsvinden niet zijn uitgesloten van de thuiskopieregeling "ongeacht of deze reproducties nou plaatsvinden via internet of niet".

en onder alle omstandigheden moet kunnen blijven bestaan. Bovendien zijn offline streaming copies in de praktijk vrijwel even ‘duurzaam’ als de meer klassieke thuiskopie: het gebeurt vrijwel nooit dat een offline streaming copy wordt verwijderd, zoals SONT heeft aangevoerd, terwijl het hof niet het tegendeel heeft vastgesteld. Dat de rechthebbende al dan niet voorwaardelijk ‘toestemming’ geeft voor het maken van offline streaming copies, is verder zonder rechtsgevolg, zoals ook volgt uit de jurisprudentie van het HvJEU. Het maken van die kopieën is volgens het subonderdeel immers op grond van de wet toegestaan. Dit alles heeft het hof miskend met zijn overweging dat offline streaming copies een ander karakter hebben een thuiskopie, omdat de rechthebbende bij offline streaming copies de controle over de werken behoudt en dat dit ervoor pleit om deze niet als thuiskopie te zien. Dat is in ieder geval onvoldoende gemotiveerd in het licht van door het hof niet verworpen stellingname van SONT. Voor zover het hof relevant heeft geacht dat de rechthebbende (of de aanbieder van de streamingdienst) zelf bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, heeft het hof miskend dat dit niet relevant is. Bovendien is het in dat geval zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk dat het hof relevant heeft geacht dat de rechthebbende (of de streamingsdienstaanbieder) zelf bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld. Volgens de klacht valt niet in te zien waarom die omstandigheid maakt dat offline streaming copies een ander karakter hebben dan een thuiskopie, nu het immers altijd een rechthebbende is die (uiteindelijk) bepaalt welke werken ter beschikking worden gesteld.

- 3.127 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. SONT 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 3.113) moeten worden afgewacht.
- 3.128 Inhoudelijk over deze klacht in dit stadium het volgende. SONT klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat voor kwalificatie als thuiskopie niet vereist is dat de rechthebbende de controle over de werken verliest of dat de kopie eeuwig en onder alle omstandigheden blijft bestaan. Dat laatste is inderdaad geen bestaansvereiste voor een thuiskopie, ook tijdelijke kopieën kunnen thuiskopie zijn, maar het hof heeft dat ook niet miskend, nu nergens in rov. 4.11 is geoordeeld dat een offline streaming copy geen thuiskopie is *omdat* het een (potentieel) tijdelijke kopie is. In zoverre mist de klacht feitelijke grondslag.
- 3.129 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 gebeurt¹⁶⁵. In het geval van offline streaming copies ligt dat anders. Het betreft een normale vorm van (licentie-)exploitatie van werken door rechthebbenden¹⁶⁶. 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 gebeurt¹⁶⁷. 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, anders dan SONT betoogt, dus wel 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)¹⁶⁸. 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 en van een motiveringsgebrek evenmin.

- 3.130 De klachten lijken mij te moeten falen, maar ook voor dit onderdeel lijkt het dienstig – voor het geval geen *acte clair* wordt aangenomen – eerst de beantwoording van de voorgestelde prejudiciële vragen af te wachten.

Onderdeel 4 (slotklacht)

- 3.131 De louter voortbouwende klacht van onderdeel 4 dat gegrondbevinding van een of meer klachten uit de onderdelen 2 en/of 3 ook de daarmee samenhangende of daarop voortbouwende beslissingen in rov. 4.5-4.13, 6.1-6.2 en het dictum aantasten, behoeft in dit stadium geen afzonderlijke bespreking.

¹⁶⁵ S.t. HP c.s. 1.5 en 7.5.

¹⁶⁶ Vgl. s.t. HP c.s. 1.5 en 1.6.

¹⁶⁷ S.t. HP c.s. 1.6.

¹⁶⁸ S.t. HP c.s. 1.6.

4. Conclusie

Ik concludeer dat de Hoge Raad het geding schorst en prejudiciële vragen stelt aan het Europese Hof van Justitie als voorgesteld in 3.113.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

22/02230

Ondertekening Conclusie P.G.

ECLI:NL:PHR:2023:955

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.