

### Gezamenlijke noot onder:

1. HR 7 maart 2013, nr. 12/03239 (NORMA c.s./Staat), NJ 2016/184
2. HvJ EU 10 april 2014, C-435/12 (ACI Adam/Thuiskopie), NJ 2016/185
3. HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12 (Copydan), NJ 2016/186

Verschenen in NJ, 2016-16/17, nrs. 184-186, p. 2384-2388

P.B. Hugenholtz

De vrijheid om voor privédoeleinden te kopiëren is bijna zo oud als het auteursrecht zelf. Zo kent de Auteurswet sinds haar aanvaarding in 1912 een wettelijke beperking die het toestaat (gedeelten van) werken voor ‘eigen oefening, studie of gebruik’ binnen zekere grenzen te reproduceren (art. 17, thans art. 16b Aw). Dit privé-kopiëren mocht aanvankelijk zonder vergoeding; de schade die auteursrechthebbenden leden door het handmatig ‘overschrijven’ was immers minimaal. Hierin kwam in de tweede helft van de vorige eeuw verandering door het op de consumentenmarkt verschijnen van betaalbare reproductie-apparatuur, zoals band- en videorecorders en fotokopieerapparaten, waarmee consumenten massaal en tegen minimale kosten privé-kopieën konden maken van (met name) muziekopnames, films en teksten.

Nadat pogingen van rechthebbenden het gebruik van dergelijke apparatuur te verbieden of aan een licentie te onderwerpen op niets waren uitgelopen, werd in Duitsland het idee van een wettelijk vergoedingsrecht geboren [zie Hugenholtz, *Story of the Tape Recorder and the History of Copyright Levies*, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/904>]. Het maken van privé-kopieën bleef toegestaan, maar voortaan dienden de fabrikanten en importeurs van deze apparatuur een ‘thuiskopievergoeding’ af te dragen aan de – in een incasso-organisatie verenigde – rechthebbenden.

Geïnspireerd door het Duitse voorbeeld hebben de meeste Europese landen in de afgelopen decennia thuiskopieheffingen ingevoerd. De stelsels vertonen echter grote onderlinge verschillen qua reikwijdte en financieringswijze. De Nederlandse regeling (geregeld in art. 16c Awt) stamt uit 1990. Voor het privé-kopiëren op “een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven” (art. 16 c lid 1) is “ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid” (lid 2). Aanvankelijk werden in ons land, anders dan in Duitsland, onder deze ‘voorwerpen’ geen apparaten, maar blanco dragers (lege cassettebandjes, videobanden, cd’s, dvd’s en andere ‘recordables’) verstaan. Onder invloed van de hierboven afgedrukte arresten omvat de thuiskopieheffing in Nederland nu ook allerlei apparatuur, zoals digitale recorders, tablets, smartphones en pc’s. De actuele tarieven zijn te vinden op <http://www.thuiskopie.nl/nl/tarieven>.

Fabrikanten of importeurs van aangewezen dragers en apparatuur dienen de heffing af te dragen aan Stichting de Thuiskopie, die de thuiskopievergoeding krachtens de wet incasseert en onder de rechthebbenden verdeelt (art. 16d Aw). De wet delegeert het aanwijzen van voorwerpen en het vaststellen van de tarieven aan de Stichting Onderhandelingen Thuiskopie (Sont), waarin rechthebbenden en betalingsplichtigen paritair zijn vertegenwoordigd – met een door de minister

van Justitie benoemde onafhankelijke voorzitter (art. 16e). Overigens kan de Kroon bij AMvB nadere regels stellen, waardoor er van deze delegatie in de praktijk soms weinig overblijft.

De heffingstelsels in de EU zijn in beperkte mate geharmoniseerd. Richtlijn 2001/29/EG (de 'Auteursrechtlijn') bepaalt in art. 5 lid 2(b) dat de lidstaten mogen – maar niet moeten – voorzien in een wettelijke beperking van het reproductierecht ten behoeve van reproducties, gemaakt door natuurlijke personen voor privégebruik en zonder commercieel oogmerk, onder voorwaarde dat de rechthebbenden een "billijke compensatie" ontvangen. De richtlijn licht niet toe wat een 'billijke compensatie' is, wie deze moet voldoen, en hoe het vergoedingstelsel moet worden ingericht. Het ontbreken van heldere unierechtelijke regels heeft in combinatie met de verscheidenheid aan heffingstelsels in de lidstaten aanleiding gegeven tot een reeks van arresten van het Hof van Justitie EU, die grote gevolgen hebben gehad – en nog zullen hebben – voor de inhoud en inrichting van de nationale stelsels.

#### *Norma/Staat*

Het hierboven afgedrukte arrest van de Hoge Raad (NJ 2016/184) betreft een zaak die door Norma, de rechtenorganisatie voor uitvoerend kunstenaars, in 2007 werd aangespannen tegen de Nederlandse Staat. Uitvoerende kunstenaars hebben evenals auteurs recht op een thuiskopievergoeding; art. 10, aanhef en sub (e) van de Wet op de Naburige Rechten verklaart art. 16c lid 2-7 Auteurswet van overeenkomstige toepassing. De door Stichting de Thuiskopie geïncasseerde heffingen worden via Norma onder de bij haar aangesloten artiesten verdeeld.

Volgens Norma handelde de Staat in strijd met het Unierecht en dus onrechtmatig door in 2007 bij AMvB (en daarna nog enkele maken) bepaalde digitale apparatuur, in het bijzonder mp3-spelers en harddiskrecorders, *niet* aan te wijzen als heffingsplichtig, en de tarieven gedurende enkele jaren te bevriezen. Aanleiding voor dit beleid waren bij de regering en het parlement gerezen twijfels over de doelmatigheid van de thuiskopieheffing en de transparantie van de verdeling van de vergoedingen.

Norma's vordering (een verklaring voor recht met vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat) werd in eerste instantie afgewezen. Volgens de Haagse rechtbank liet de richtlijn Nederland de ruimte het thuiskopievergoedingstelsel naar eigen goeddunken in te richten, zolang het stelsel als geheel maar zou voorzien in 'billijke compensatie' voor de rechthebbenden (Rb. Den Haag 23 juni 2010, IEPT20100623). Volgens de rechtbank was echter niet aangetoond dat het Nederlandse stelsel onvoldoende compensatie opleverde. In appel had Norma wel succes. Volgens het Haagse hof was de AMvB van 2007, met name in het licht van de Auteursrechtlijn en de jurisprudentie van het HvJEU, ondeugdelijk gemotiveerd (Hof Den Haag 27 maart 2012, *Mediaforum* 2012, p. 217, m.nt. Kreijger). De door de Staat gesignaleerde onwerkbaarheid van het heffingstelsel, de problemen bij de repartitie en het parlementaire debat hierover waren volgens het Hof geen valide redenen om de verplichtingen voortvloeiende uit de richtlijn om 'billijke compensatie' aan rechthebbenden te waarborgen te negeren. Bovendien, aldus (geparafraseerd) het hof, door enkel te heffen op blanco dragers, waarvan de verkoop sterk afneemt, en niet op apparaten zoals mp3-spelers en harddiskrecorders die in substantiële en snel toenemende mate worden gebruikt voor het thuiskopiëren, was geen sprake van een 'coherent' vergoedingstelsel.

De Hoge Raad, kort en bondig geadviseerd door AG Langemeijer, houdt het arrest van het hof in stand. Onder verwijzing naar de jurisprudentie van het HvJEU (met name HvJEU 21 oktober 2010, C-

467/08, NJ 2011, 509, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan SL/SGAE*), en HvJEU 16 juni 2011, C-462/09, NJ 2011/510, m.nt. Hugenholtz (*Stichting de ThuisKopie/Opus Supplies Deutschland GmbH e.a.*) overweegt de Hoge Raad dat art. 5 lid 2 (b) Auteursrechtlijn de Staat een resultaatverplichting oplegt om een billijke vergoeding te waarborgen. Deze strekt tot vergoeding van de door rechthebbenden geleden schade. Uit het Padawan-arrest volgt dat de hoogte van de vergoeding direct samenhangt met de mogelijkheid om bepaalde apparaten voor het maken van privé-kopieën te benutten [zie ook A-G, para. 6.2]. Door de globale formulering van de vergoedingsplicht in de richtlijn hebben de lidstaten weliswaar de nodige beleidsvrijheid, maar deze vindt haar grenzen “in de verplichting van de Staat om de parameters van die vergoeding op niet-incoherente wijze in te vullen, alsmede in de resultaatsverplichting van de Staat dat de benadeelde rechthebbenden daadwerkelijk betaling van de billijke vergoeding wordt verzekerd” (r.o. 4.3.1).

Naar aanleiding van het arrest van het hof was de Staat intussen tot inkeer gekomen. Al in 2012 – ruim vóór het arrest van de HR – was de gewraakte AMvB aangepast. Sedert 1 januari 2013 worden nu ook digitale mediaspelers en allerlei andere apparaten waarmee privé-kopieën plegen te worden vervaardigd, zoals pc's, tablets en mobiele telefoons, onderworpen aan een heffing. De vordering tot schadevergoeding is na het arrest van de HR geschikt voor een bedrag van € 10 miljoen, door Norma te verdelen onder de artiesten; zie

<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/09/08/norma-schikt-met-de-staat-over-thuisKopievergoedingen>. Mede n.a.v. het arrest hebben ook de auteursrechthebbenden een forse schadevergoeding ontvangen. Een door Stichting de ThuisKopie tegen de Staat aangespannen procedure is voor € 33,5 miljoen geschikt; zie <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/12/08/de-staat-treft-schikking-met-stichting-de-thuisKopie-over-thuisKopievergoedingen>.

#### *ACI Adam/ThuisKopie*

Terwijl de schikkingsonderhandelingen n.a.v. Norma/Staat nog in gang waren, werd de Staat opnieuw hard op de vingers getikt, ditmaal door het Europese Hof (NJ 2016/185). ACI Adam en een klein dozijn andere importeurs en fabrikanten van blanco informatiedragers hadden voor de Nederlandse rechter een procedure aanhangig gemaakt, ditmaal met als inzet *verlaging* van de thuisKopievergoeding. Volgens eisers werd de vergoeding in Nederland ten onrechte deels geheven ter compensatie van privé-kopieën gemaakt uit *illegale bron*. Volgens eisers was het privé-kopiëren van werken via illegale platforms zoals The Pirate Bay (het zogenoemde ‘illegaal downloaden’) op grond van art. 16c Aw, mede in het licht van de Auteursrechtlijn, niet toegestaan; over deze kopieën ‘heffen’ was daarom evenmin toelaatbaar.

De tegen Stichting de ThuisKopie en SONT gerichte vorderingen werden in beide feitelijke instanties grotendeels afgewezen (zie Hof Den Haag 15 november 2010, *IER* 2011, 27 m.nt. Koelman). Daarbij speelde een beslissende rol dat de regering bij de implementatie van de Auteursrechtlijn had verklaard dat art. 16c Aw het maken van privé-kopieën uit illegale bron toestaat, en dat dit niet in strijd is met de richtlijn. De regering had voor die opvatting ogenschijnlijk goede gronden. In art. 5 lid 2(b) van de Auteursrechtlijn viel niets te lezen over de (al dan niet ‘legale’) herkomst van de bron van de kopie (Hof Den Haag, r.o. 7.12-7.13), en ook in diverse andere lidstaten werd op dit punt niet gedifferentieerd (zie Quintais, *IIC* 2015, p. 66-92). Als het kopiëren in de privésfeer om redenen van privacybescherming niet in strijd komt met het auteursrecht, waarom zou de bron van de kopie dan

enig verschil maken? Handhaving van het auteursrecht in de privésfeer was hoe dan ook onwenselijk, nog afgezien van de evidente ineffectiviteit van een eventueel 'downloadverbod'. Bovendien, zolang de stand van de techniek handhaving van een dergelijk verbod illusoir maakte, zouden de rechthebbenden meer gebaat zijn bij een recht op vergoeding voor privé-kopieën uit illegale bron, dan bij een verbodsrecht.

Meer succes hadden ACI Adam e.a. bij de Hoge Raad en vervolgens het Europese Hof. Volgens de HR mocht "de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat" (HR 21 september 2012, NJ 2012/532; AB 2012/367, m.nt. Widdershoven; IER 2013/14, m.nt. Speyart). Een en ander bracht de HR ertoe prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Centrale vraag: laat de Auteursrechtrichtlijn toe dat een lidstaat het maken van privé-kopieën uit illegale bron toestaat?

Het antwoord van het Hof van Justitie is luid en duidelijk: nee. In lijn met de uitvoerige conclusie van AG Cruz Villarón overweegt het Hof, kort samengevat, als volgt. Art. 5(2)b ArRI vormt een uitzondering op de regel van auteursrechtelijke bescherming, en dient derhalve volgens vaste jurisprudentie van het HvJEU beperkt te worden uitgelegd (r.o. 22, 23 en 30). Voorts dienen alle wettelijke beperkingen van het auteursrecht, dus ook art. 16c Aw, te voldoen aan art. 5 lid 5 ArRI: wettelijke beperkingen "mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits 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". Deze 'driestappentoets', die is ontleend aan het internationale auteursrecht (onder meer art. 13 van het TRIPs-verdrag), dient als nadere afbakening van de in art. 5(2) en art. 5(3) van de richtlijn categoriaal toegestane wettelijke beperkingen, en mag volgens het Hof niet worden gebruikt om deze bepalingen op te rekken, zoals door Nederland was bepleit (r.o. 25). Daar komt bij dat blijkens de considerans van de richtlijn (O. 44) wettelijke beperkingen in de digitale omgeving een grotere economische impact hebben, en dus (nog) beperkter dienen te worden toegepast (r.o. 27).

Volgens het Hof zou het toestaan van downloaden uit illegale bron piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken stimuleren (r.o. 39). De AG spreekt in dit verband van de "banalisering van het downloaden" (A-G, para. 75). Het door Nederland aangevoerde argument dat effectieve technische maatregelen tegen het illegale downloaden vooralsnog ontbreken, maakt volgens het Hof geen verschil (r.o. 45). Als de thuiskopieheffing mede zou dienen om schade ten gevolge van kopiëren uit illegale bron te compenseren, zou dat erop neerkomen dat alle kopers van dragers en reproductie-apparatuur hieraan moesten meebetalen. Dat zou ten opzichte van degenen die zich niet aan 'illegaal downloaden' schuldig maken, onrechtvaardig zijn, en in strijd zijn met het door de richtlijn nagestreefde 'rechtvaardig evenwicht' tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers (r.o. 54-57).

Na dit alles komen de antwoorden van het Hof op de vragen van de HR niet als een verrassing. Het Unierecht staat in de weg "aan een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is."

Het arrest roept, ondanks de stellige argumentatie ervan, vele vragen op. Hoe kan de thuiskopieerder nagaan of de bron van een thuiskopie legaal is? Bij notoir illegale bronnen, zoals de bestanden die via The Pirate Bay worden ontsloten, is dat niet moeilijk, maar wat te denken van platforms zoals YouTube waarop zowel gelicentieerde als inbreukmakende 'content' te vinden is? Een andere praktische vraag is welke de gevolgen van het arrest zullen zijn voor het 'streamen' van werken uit illegale bron. Ervan uitgaande dat bij het streamen geen lokale kopieën van werken worden gegenereerd, wordt het reproductierecht van de rechthebbenden niet geschonden, en speelt de thuiskopie-beperking evenmin een rol. Het bekijken van streams uit illegale bron zou, hiervan uitgaande, wel toelaatbaar blijven. Leg dat maar eens uit aan de gemiddelde Internetgebruiker [zie Ringalda, IER 2015/4, p. 18-23].

Een meer principiële bedenking tegen het arrest is het totaal ontbreken in de overwegingen ervan van het privacyrecht, dat tot de kernvrijheden van het EU-Handvest behoort (art. 7 en 8) en in andere auteursrechtelijke jurisprudentie van het Hof juist een belangrijke rol heeft gespeeld [zie m.n. HvJEU 24 november 2011, NJ 2012/479, m.nt. P.B. Hugenholtz, r.o.37 en38 (*Scarlet Extended/SABAM*)]. Deze omissie is des te opvallender wanneer men bedenkt dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer een belangrijke rechtvaardigingsgrond is voor de privékopie-beperking, en dat het privacy-recht aan de basis heeft gelegen van het heffingstelsel dat in het arrest centraal stond [zie Linders & Alberdingk Thijm, *AMI* 2015, p. 17].

In een brief aan de Tweede Kamer beschrijft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie welke conclusies het Kabinet uit het arrest heeft getrokken. [Kamerbrief d.d. 17 april 2014, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/04/18/arrest-aci-adam-bv-ea-tegenstichting-de-thuiskopie-en-stichting-onderhandelingen-thuiskopie-vergoeding.html>]. Het Hof heeft weliswaar duidelijk beslist dat privé-kopiëren uit illegale bron niet kan worden toegestaan, maar omdat de huidige bewoordingen van art. 16c Aw een dergelijke uitleg toelaten, hoeft het wetsartikel niet te worden aangepast. Dat geldt wel voor de hoogte van de thuisvergoeding, die per 1 januari 2015 met 30% is verlaagd. In de brief speculeert het kabinet ook op de mogelijke gevolgen van het arrest voor de rechtshandhaving. Zullen 'illegale downloaders' (en dat zijn er alleen in ons land miljoenen) voortaan civielrechtelijk worden aangepakt? De regering hoopt van niet. "De handhaving van het auteursrecht is eerst en vooral een privaatrechtelijke aangelegenheid. Geconstateerd kan worden dat privaatrechtelijke handhaving in de privésfeer van gebruikers technisch gezien niet goed mogelijk is. Bovendien staat het veelal op gespannen voet met het grondwettelijk erkende recht op privacy. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Stichting Brein, die het auteursrecht ten behoeve van rechthebbenden collectief handhaaft, in het arrest van het Hof van Justitie geen aanleiding ziet het bestaande handhavingsbeleid aan te passen."

Inderdaad wijst niets erop dat de rechthebbenden van deze versterking van hun exclusieve rechten daadwerkelijk gebruik maken. De Stichting Brein, die namens rechthebbenden (internet)piraterij bestrijdt, concentreert haar handhavingsactiviteiten evenals voorheen op platforms en andere intermediairs die piraterij uitlokken of faciliteren, zoals The Pirate Bay, en incidenteel op grootschalige 'uploaders' van inbreukmakend materiaal. 'Illegale downloaders' worden nog altijd niet aangepakt.

In een recente brief van de Vereniging van Professionele Speelfilmondernemers (VPSO) wordt de Nederlandse Staat voor een bedrag van niet minder dan € 1.2 miljard aansprakelijk gesteld wegens

niet naleving van de Auteursrechtlijn. Door het ten onrechte toestaan van het privé-kopiëren uit illegale bron zouden de rechthebbenden hun verbodsrechten niet hebben kunnen uitoefenen [zie de brief van de Minister van V&J aan de Tweede Kamer d.d. 3 maart 2016, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/03/04/brief-tweede-kamer-aansprakelijkstelling-speelfilmondernemers>]. De brief van de filmproducenten lijkt in het licht van het bovenstaande eerder een politiek pressiemiddel of een publiciteitsstunt dan een serieuze schadeclaim.

Het paradoxale resultaat van het arrest ACI Adam is dat een materieelrechtelijke versterking van het auteursrecht de facto heeft geleid tot aanmerkelijke vermindering van de inkomsten van de rechthebbenden (zie ook A-G, para. 34). Terwijl de heffingen naar aanleiding van het arrest fors zijn verlaagd, blijkt het recht zich tegen 'illegaal downloaden' te verzetten niet in rechte gehandhaafd te (kunnen) worden. In feite heeft het Hof – door de erkenning van een bij voorbaat niet-handhaafbaar recht – de Internet-piraterij, waarover de A-G en het Hof zich (terecht) zorgen zeggen te maken, verder 'gebanaliseerd'.

Voor een groot deel van de oorspronkelijke eisers in deze zaak (ACI Adam en elf andere fabrikanten/importeurs van blanco informatiedragers) is het arrest van het Hof uiteindelijk een pyrrusoverwinning gebleken. De markt voor blanco informatiedragers is de afgelopen jaren ingestort; van de twaalf oorspronkelijke eisers zijn er vijf inmiddels failliet gegaan of overgenomen. Mogelijk heeft het tweede deel van het antwoord op de vragen van de HR hierbij een kleine rol gespeeld. De HR wilde namelijk óók weten of de Europese Handhavingsrichtlijn van toepassing is op een procedure als de onderhavige waarin betalingsplichtingen de hoogte van de thuiskopievergoeding betwisten. Kon in een zaak als deze op grond van art. 14 Handhavingsrichtlijn, waarop art. 1019h Rv is gebaseerd, een volledige proceskostenveroordeling worden toegewezen? Het Hof van Justitie antwoordt van niet; in een zaak als deze waarin geen sprake was handhaving van rechten in eigenlijke zin, is de Handhavingsrichtlijn niet van toepassing (r.o. 85 e.v.).

### *Copydan/Nokia*

In het derde hier besproken arrest (Copydan/Nokia, NJ 2016/186) krijgt het Europese Hof van het Deense Østre Landsret (de appelrechter voor oostelijk Denemarken) de gelegenheid zijn jurisprudentie over de thuiskopieheffing verder te ontwikkelen. Centraal in deze zaak staan de mobiele telefoons van Nokia, die evenals de meeste andere moderne telefoons beschikken over een intern geheugen en een uitneembare geheugenkaart. In Denemarken vallen interne geheugens niet, geheugenkaarten daarentegen wel onder de heffing. Nokia is van oordeel dat voor geen van beide geheugens thuiskopieheffing verschuldigd is, omdat deze voorwerpen niet primair voor het maken van privékopieën bedoeld zijn.

Is een heffing op dergelijke multifunctionele geheugendragers in het licht van de Auteursrechtlijn toegelaten? Het Hof leidt uit het Padawan-arrest af dat de *geschiktheid* van apparaten en dragers voor het maken van privékopieën een heffing reeds voldoende rechtvaardigt. Dat de voorwerpen in kwestie ook – of zelfs primair – andere functies vervullen mag geen reden zijn ze van de heffing uit te sluiten. Dit multifunctionele karakter kan echter wel een factor zijn bij het bepalen van de hoogte van de heffing (r.o. 25-27). In gevallen waarin dragers of apparaten nauwelijks voor het maken van privékopieën worden gebruikt, en de schade voor rechthebbenden minimaal is, is een thuiskopievergoeding niet verplicht (r.o. 28).

Volgens het Hof geldt het voorgaande in gelijke mate voor interne, niet verwijderbare geheugens, tenzij er objectieve redenen zijn om deze van de heffing uit te zonderen. Zo'n reden zou kunnen zijn dat het interne geheugen deel uit maakt van een apparaat dat als zodanig al aan een heffing is onderworpen [zie A-G, para. 48-49].

Volgens Nokia was de heffing op intern en extern geheugens nog om een andere reden in strijd met het Unierecht. Voor zover de geheugens al werden gebruikt voor het maken van privékopieën (bijv. voor het downloaden van muziek of films), gebeurde dit in veel gevallen tegen betaling en met toestemming van de rechthebbenden. Dergelijke betaalde downloads zouden geen aanleiding moeten geven voor een thuiskopievergoeding, aldus Nokia; anders zouden de rechthebbenden immers dubbel worden betaald. Het Hof verwijst hier naar zijn eerdere arrest VG Wort (HvJEU 27 juni 2013, C-457/11-C-460/11, niet gepubliceerd in de NJ). In dat arrest had het Hof ten principale overwogen dat het verlenen van toestemming voor het maken van privékopieën in de lidstaten waar dit wettelijk is toegestaan geen juridische gevolgen kan hebben, en bijgevolg niet van invloed kan zijn op de billijke compensatie (Copydan, r.o. 65-66). Het Hof had in VG Wort echter niets gezegd over het aspect van de dubbele betaling. Volgens A-G Cruz Villalón blijkt uit de overwegingen van de Auteursrechtlijn (met name O. 35 en 45) duidelijk dat dubbele betaling voorkomen dient te worden, en dat een vergoedingssysteem niet aan contractuele mechanismen in de weg moet staan. De A-G concludeert dat er in gevallen van betaalde of anderszins gecompenseerde licenties geen recht op thuiskopievergoeding zou moeten bestaan (A-G, para. 58-65). Het Hof volgt zijn A-G hierin echter niet, en overweegt onder verwijzing naar VG Wort dat toestemming voor het maken van privékopieën nimmer rechtsgevolg kan hebben (r.o. 65-67). Deze doctrinaire opvatting impliceert niet alleen dat een groot aantal rechthebbenden voor het privé-kopiëren een dubbele vergoeding kunnen blijven incasseren (bijv. van iTunes en uit de thuiskopieheffing), maar omgekeerd ook – omdat over het privé-kopiëren niet contractueel kan worden beschikt – dat een (gebruiks)voorwaarde die het privé-kopiëren verbiedt in de lidstaten met een privékopie-exceptie, zoals Nederland, ongeldig is. Anders gezegd, art. 16c Aw heeft dwingendrechtelijke status gekregen.

Een hiermee samenhangende vraag is of het toepassen van technische beschermingsmaatregelen, bijv. een kopieerslot, voor de heffing relevant is. Ook hierover had het Hof zich in het arrest VG Wort reeds in algemene zin uitgelaten. Omdat het toepassen van technische maatregelen een vrije keuze is van de rechthebbenden, is een heffing ongeacht de toepassing ervan zonder meer toegestaan, aldus het Hof in dat arrest. In Copydan/Nokia brengt het Hof hierbij een belangrijke nuance aan. Weliswaar leidt het niet toepassen van technische maatregelen niet tot verval van de vergoedingsaanspraak, maar voor de *hoogte* van de heffing mag dit wel degelijk gevolgen hebben (r.o. 72).

### *Conclusie*

Met deze beide arresten heeft het HvJEU een uitvoerig, doch niet steeds solide raamwerk ontwikkeld voor het stelsel van thuiskopieheffingen in de lidstaten. Zoals het arrest van de HR in de zaak Norma/Staat duidelijk laat uitkomen, is er van een 'beoordelingsmarge' van de lidstaten – ondanks deze door het Hof telkens herhaalde frase (zie bijv. Copydan, r.o. 20) – niet heel veel meer overgebleven, behalve misschien ten aanzien van de hoogte van de vergoeding. Deze varieert nog steeds zeer sterk per lidstaat, met alle marktverstorende gevolgen van dien. Al jaren klinkt daarom de roep om verdergaande harmonisatie van de thuiskopieheffing en gelijktrekking van de tarieven.

In een mededeling aan het Europees Parlement en de lidstaten van 9 december 2015 [‘Towards a modern, more European copyright framework’, COM(2015) 626 final] kondigt de Europese Commissie dapper aan de heffingstelsels in Europa grondig onder de loep te nemen, en mogelijk (verder) te harmoniseren. We zullen zien