

vonnis

Gx

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

Vonnis van 18 september 2019

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/09/561257 / HA ZA 18-1035

van

1. **HP NEDERLAND B.V.**, te Amstelveen,
2. **DELL B.V.**, te Amsterdam,
3. de vereniging **STICHTING OVERLEGORGAAN BLANCO INFORMATIEDRAGERS**, te Zoetermeer,
eiseressen,
advocaat: mr. A.P. Groen te Amsterdam,

tegen

1. de stichting **STICHTING ONDERHANDELINGEN THUISKOPIEVERGOEDING**,
te Den Haag,
gedaagde,
advocaat: mr. S.M. Kingma te Den Haag.
2. de stichting **STICHTING DE THUISKOPIE**, te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. W.A. Roos te Amsterdam.

Partijen worden aangeduid als HP, Dell, Stobi, SONT en Thuiskopie. Eiseressen tezamen worden aangeduid als HP cs en gedaagden tezamen als SONT cs.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 30 augustus 2018,
- de akte overlegging producties van HP cs van 10 oktober 2018 met producties 1 t/m 4;
- de conclusie van antwoord van Thuiskopie van 21 november 2018 met producties 1 t/m 16;
- de conclusie van antwoord van SONT van 5 december 2018 met producties 1 t/m 19;
- het tussenvonnissen van 30 januari 2019 waarin een comparitie van partijen is gelast;
- de tijdens de comparitie van antwoord genomen akte overlegging producties van 4 juli 2019 van HP cs met producties 5 t/m 9;
- het proces-verbaal van de op 4 juli 2019 gehouden comparitie van partijen.

1.2. Het proces-verbaal van comparitie is met instemming van partijen buiten hun aanwezigheid opgemaakt. SONT heeft gebruik gemaakt van de geboden gelegenheid om opmerkingen te maken over het proces-verbaal bij brief van 4 september 2019 van haar advocaat.

1.3. Ten slotte is een datum voor het wijzen van vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Stobi is in 1999 opgericht en behartigt sindsdien de belangen van alle partijen (fabrikanten, importeurs, distributeurs en agenten) die geraakt worden door de heffing van de vergoeding als bedoeld in artikel 16c van de Aw¹ (hierna: de thuiskopie vergoeding) op “blanco informatiedragers” (alle voorwerpen die bestemd zijn om beelden, geluid of informatie vast te leggen, zoals bijvoorbeeld USB-sticks).

2.2. HP en Dell zijn producenten van ICT-apparatuur zoals pc's, tablets, laptops en smartphones.

2.3. SONT is op grond van artikel 16e van de Aw en artikel 10 onder a Wet op de naburige rechten belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopie vergoeding. In SONT zijn (organisaties van) rechthebbenden respectievelijk betalingsplichtigen vertegenwoordigd. De rechthebbenden worden vertegenwoordigd door Thuiskopie en de betalingsplichtigen door de Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied (FIAR) en Stobi. Het bestuur van SONT is zodanig samengesteld dat de belangen van de rechthebbenden en betalingsplichtigen op evenwichtige wijze zijn vertegenwoordigd (zie artikel 16e Aw). Dit bestuur heeft een door de minister benoemde voorzitter, die op grond van de statuten de hoogte van de thuiskopie vergoeding bepaalt indien de in SONT vertegenwoordigde partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

2.4. Thuiskopie is krachtens artikel 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuiskopie vergoeding. Zij int de thuiskopie vergoeding bij fabrikanten en importeurs van daartoe aangewezen dragers waarop thuiskopieën worden gemaakt. Thuiskopie betaalt de geïnde vergoeding door aan verschillende collectieve beheersorganisaties, die op hun beurt de vergoedingen doorbetalen aan de rechthebbenden.

2.5. Tijdens de vergadering van de SONT van 30 augustus 2017 is het SONT-besluit 2018² (hierna: het SONT-besluit 2018) aangenomen. Daarin heeft de SONT de tarieven en voorwerpen van de thuiskopie vergoeding voor 2018 vastgesteld voor de periode van 1 januari 2018 tot en met 31 december 2020:

Tabel 1 Besluit tarieven en voorwerpen 2018-2020

Apparaat/drager	Tarief 2018-2020
PC / Laptop / notebook / server / mediacentrum	€ 2,60
Tablet	€ 2,60
Smartphone / Telefoon met MP3-speler	€ 4,70
Portable audio- / videospeler	€ 1,20
Settopbox met harde schijf / HDD-recorder	€ 3,80
E-reader	€ 0,80
Externe Hard Disk Drive (HDD) en Solid State Disk (SSD)	€ 0,60
USB-stick	€ 0,60
Wearables met opslagmogelijkheid	€ 1,20

¹ Auteurswet.

² Besluit SONT tarieven en voorwerpen thuiskopie vergoeding 2018, Scr. 2017, 60906.

2.6. Stobi heeft tijdens de onder 2.5 bedoelde vergaring vóór het op 27 augustus 2017 aan haar toegezonden voorstel voor het SONT-besluit 2018 gestemd. De notulen van deze vergadering vermelden:

“De heer Rijnbeek vindt dat het voorstel goed doordacht is en stemt namens STOBI voor het voorstel.”

2.7. Bij brief van 22 december 2017 heeft Stobi aan SONT laten weten dat het SONT-besluit 2018 niet rechtsgeldig tot stand is gekomen en ook geen rechtsgeldig fundament heeft. Stobi heeft SONT gevraagd uiterlijk op 28 december 2017 te bevestigen dat zij het SONT-besluit 2018 zou intrekken en alsnog een nieuw besluit zou nemen, na een voorafgaande discussie/onderhandeling die in overeenstemming met artikel 16c Aw zou zijn.

2.8. Deze brief van Stobi is besproken in de vergadering van de SONT van 17 januari 2018. Tijdens de vergaring 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.

3. Juridisch kader van de thuiskopievergoeding

3.1. Op grond van artikel 2, aanhef en onder a, Arl³ voorzien de lidstaten ten behoeve van auteurs, met betrekking tot hun werken in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

3.2. Artikel 5 lid 2, aanhef en onder b, Arl bepaalt dat de lidstaten beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht kunnen stellen ten aanzien van de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privégebruik 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. Op grond van artikel 5 lid 5 Arl mogen deze beperkingen en restricties 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 rechthebbenden niet onredelijk worden geschaad.

3.3. De considerans bij de Arl vermeldt – voor zover relevant:

“(35) Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermd werken of ander beschermd materiaal. Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling

³ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten.

nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat."

3.4. Met artikel 16c Aw heeft de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2 sub b Arl geboden mogelijkheid beperkingen te stellen op het reproductierecht ten behoeve van privégebruik. Artikel 16c Aw bepaalt dat het maken van thuishopieën geen inbreuk vormt op het auteursrecht (lid 1) en dat daarvoor een billijke vergoeding is verschuldigd aan de rechthebbende (lid 2). De vergoeding moet worden betaald door de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven (lid 2) en is eenmaal per voorwerp verschuldigd (lid 5).

3.5. Tot 2018 heeft de minister van veiligheid en justitie (hierna: de minister) gebruik gemaakt van zijn in artikel 16c lid 6 Aw bedoelde bevoegdheid om de SONT-besluiten over de hoogte van de thuishopievergoeding om te zetten in algemene maatregelen van bestuur. De laatste algemene maatregel van bestuur dateert van 28 oktober 2014⁴ en gold tot 31 december 2017. Op 14 juni 2017 heeft de minister aan de Tweede Kamer laten weten dat hij niet langer aanleiding ziet om een SONT-besluit "*opnieuw in een algemene maatregel van bestuur te vertalen.*"⁵

3.6. In de toelichting op het SONT-besluit 2018 staat – voor zover hier van belang: "*Voor de tarieven en voorwerpen van de thuishopievergoeding voor 2018 zijn de feitelijke tarieven voor de jaren 2015–2017 als vertrekpunt gehanteerd.*

Evenals in het Besluit op Hoofdpijnen van 12 oktober 2012 en het besluit van 7 oktober 2014 is gekozen voor een regeling die sober is voor wat betreft:

- a) *de tarieven in relatie tot de prijzen van de dragers, om marktverstoring, ontduiking en vraaguitval te voorkomen en*
- b) *de totale lastendruk, waarbij ook is gekeken naar trends elders in Europa.*

De thuishopievergoedingen zijn de vergoedingen als bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en houden verband met de schade die wordt geleden door de auteurs en andere rechthebbenden van beschermde werken als gevolg van het thuishopieën. De volgende factoren zijn meegewogen bij de tarieven en voorwerpen zoals weergegeven in Tabel 1:

- a) *Ontwikkelingen in rechtspraak en regelgeving in Nederland en de EU*
- b) *Ontwikkelingen in de mate waarin apparaten en dragers worden gebruikt voor het maken van thuishopieplichtige kopieën*
- c) *Verschuiving van kopieergedrag/verkoopvolume naar andere apparaten en media*
- d) *Inflatie"*

⁴ Besluit van 28 oktober 2014, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (Stb. 2014, 410).

⁵ Kamerstukken II 2016-2017, 29 838, nr. 91.

3.7. In de toelichting van het SONT-besluit 2018 staat de volgende tabel met als vergoedingsplichtig mee te nemen herkomstcategorieën, zoals die zijn gedefinieerd in het onderzoek van Kantar Public (voorheen: Veldkamp/TNS):⁶

Tabel 2 Als vergoedingsplichtig mee te nemen herkomstcategorieën¹

Herkomstcategorie	Besluit voor 2018
originelen gekocht op cd/dvd	Ja
online gekocht	Ja
betaalde download streaming dienst	Ja
bestaande collectie gedigitaliseerd	Ja
originelen gekregen	Ja
download podcast/vodcast	Ja
download gratis online videoplatform	Ja
downloads andere bron met toestemming	Ja
download rechtenvrije collectie	Nee
download torrentsite etc.	Nee
download streaming media onbetaald	Ja
andere download/rip/opname internet via social media	Ja
kopie zelfgemaakt geleende originelen	Ja
kopie gemaakt door vrienden/kennissen	Nee
verkregen via vrienden of kennissen (ongespecificeerd)	Nee
zelf gemaakt materiaal	Nee
gehuurd (bijvoorbeeld van een bibliotheek) en toen gekopieerd	Ja
opname rtv	Ja
herkomst onbekend	Nee

¹ De categorieën waar in dit besluit een wijziging plaatsvindt zijn gecursiveerd.

3.8. De toelichting op het SONT-besluit 2018 vermeldt voorts – voor zover hier van belang:

“3.2 Ontwikkelingen in het maken van thuiskopieplichtige kopieën

Het Kantar-onderzoek laat tussen 2014 en 2017 in totaal een daling zien van het aantal thuiskopieën, ook wanneer rekening wordt gehouden met de veranderingen in Tabel 2 als gevolg van de juridische ontwikkelingen. Ook bij de meeste apparaten is er een daling. Wanneer de jaren 2014–2015 worden vergeleken met de jaren 2016–2017 is er echter een duidelijke toename bij de smartphone. Bij settopboxen met harde schijf en harddiskrecorders, en bij e-readers bleef het aantal thuiskopieën per saldo ongeveer gelijk.

3.3 Verschuiving naar andere apparaten en media

(...)

Cloud

Uit het Kantaronderzoek blijkt voorts dat 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 thuiskopieën 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

⁶ In de toelichting bij het SONT-Besluit 2008 wordt in een voetnoot verwezen naar Kantar Public, *Privékopieën – editie 2017. Management summary* (21 augustus 2017) en Kantar Public, *Privékopieën rapport editie 2017* (21 augustus 2017).

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

4. Het geschil

4.1. HP cs vorderen bij – voor zover mogelijk – uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis, verkort en zakelijk weergegeven:

- I. voor recht te verklaren dat er 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 tot compensatie van beweerdelijke schade, die zou zijn veroorzaakt door de eerder bedoelde elders opgeslagen kopie;
- III. het SONT-besluit 2018 te vernietigen;
- IV. de SONT en Thuis kopie te veroordelen in de kosten van dit geding.

4.2. HP cs stellen daartoe dat het SONT-besluit 2018 uitgaat van juridisch onjuiste uitgangspunten, aangezien:

- (i) *offline streaming copies* – te weten kopieën die consumenten kunnen maken in het kader van hun *streaming*-abonnement (waarbij de mogelijkheid tot het maken van offline opslag als facilititeit van het abonnement aan de consument wordt vermarkt) ten onrechte zijn meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de thuis kopievergoeding;
- (ii) de beweerdelijke schade bij het maken van kopieën in de *cloud* ten onrechte wordt meegerekend bij het bepalen van de hoogte van de thuis kopievergoeding op computers en smartphones.

Om deze redenen is er geen wettelijke basis voor het SONT-besluit 2018, is dat besluit vernietigbaar en zijn HP cs niet gehouden de thuis kopieheffing volgens het SONT-besluit 2018 aan Thuis kopie te voldoen.

4.3. SONT cs betwisten de vorderingen.

5. De beoordeling

in alle zaken

5.1. Volgens HP cs is een deugdelijke respons op hun principiële bezwaren uitgebleven tijdens de in hun ogen gebrekkige totstandkomingsprocedure van het SONT-besluit 2018. Zij stellen dat de onjuiste uitgangspunten van het SONT-besluit 2018 aanzienlijke schade veroorzaken bij hen/de achterban van STObi en beogen in deze zaak (alsnog) te komen tot een rechtens juiste vaststelling van de thuis kopievergoeding.

in de zaak van Stobi tegen SONT

5.2. Er is geen grond om aan het aanvankelijke voorstemmen van Stobi voor het voorstel voor het SONT-besluit 2018, de door SONT bepleite consequentie van niet-

ontvankelijkheid of onmiddellijke afwijzing van de vorderingen te verbinden. Voor alle in aanmerking komende gronden daarvoor – zoals afstand van recht, misbruik van recht, rechtsverwerking, onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – gelden strenge maatstaven, waaraan met het enkele voorstemmen en vervolgens van gedachten veranderen niet wordt voldaan. Reeds hierom strandt dit verweer van SONT.

in alle zaken

5.3. De rechtbank bespreekt achtereenvolgens de bezwaren van HP cs tegen (i) het verdisconteren van *offline streaming copies* in de thuiskopievergoeding en (ii) de (wijze van heffing van) thuiskopievergoeding over opslag in de *cloud*.

offline streaming copies

5.4. Het maken van *offline streaming copies* – een mogelijkheid tot het *offline* opslaan van werken, die wordt aangeboden door aanbieders van *streaming* abonnementen – is verdisconteerd in het SONT-Besluit 2018. Volgens HP cs is dat ten onrechte gebeurd, omdat dergelijke kopieën niet onder de thuiskopie-exceptie van artikel 16c lid 1 Aw en artikel 5 lid 2 sub b Arl vallen. HP cs betogen daartoe dat deze kopieën nimmer de greep van de rechthebbenden verlaten, aangezien de exploitatie van deze kopieën is onderworpen aan tal van gebruiksbeperkingen en de *offline* kopie niet langer beschikbaar is voor de gebruiker bij het einde van het *streaming* abonnement. Verder leidt de heffing van thuiskopievergoeding over *offline streaming copies* volgens HP cs tot een ontoelaatbare dubbele heffing, aangezien de rechthebbenden hun rechten daarbij al exploiteren doordat zij licentievergoedingen ontvangen voor deze opslagmogelijkheid.

5.5. De rechtbank volgt HP cs niet in hun betoog. HP cs veronderstellen dat de rechthebbenden zeggenschap hebben over deze kopieën. Dat echter ten onrechte, omdat thuiskopieën in artikel 16c lid 1 Aw geen deel uitmaken van het auteursrecht. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om binnen de werkingssfeer van artikel 2 Arl, de beperking van artikel 5 lid 2 sub b Arl toe te passen. Het recht van de rechthebbenden om toestemming te geven voor reproducties van hun werken voor privé gebruik is daarmee volledig uitgesloten. Een eventuele toestemming van de rechthebbende behoort in het Nederlandse Auteursrecht derhalve niet tot zijn exclusieve exploitatierechten en blijft dus zonder rechtsgevolgen. In een systeem zoals het Nederlandse, met volledige uitsluiting van het recht van de rechthebbenden om toestemming te geven voor reproducties van hun werken voor privé gebruik, heeft die eventuele toestemming van de rechthebbende geen invloed op de schade aan de rechthebbende en kan deze ook geen invloed hebben op de billijke compensatie.⁷

5.6. Nu de *offline streaming copies* feitelijk reproducties zijn die worden gemaakt voor privé gebruik, zijn het thuiskopieën in de zin van artikel 16c AW. Dat de gebruiksmogelijkheden van deze privé kopieën zijn beperkt, maakt dat niet anders. Artikel 16c Aw stelt aan de gebruiksmogelijkheden immers geen andere eisen dan dat het moet gaan om gebruik zonder commercieel oogmerk en uitsluitend tot eigen oefening, studie of gebruik. Derhalve is in het SONT-Besluit 2018 met juistheid aangenomen dat het maken van *offline streaming copies* een binnen de reikwijdte van artikel 16c lid 1 Aw vallende

⁷ Vlg. HvJEU 5 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:144 (Copydan), punt 64 en HvJEU 27 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:426 (VG Wort ea), punt 37.

vorm van thuis kopiëren is, waarvoor de rechthebbende op grond van het tweede lid recht heeft op een billijke vergoeding.

5.7. Als een rechthebbende voor het maken van *offline streaming copies* naast deze billijke vergoeding een licentievergoeding ontvangt, ontvangt hij twee keer een betaling. Anders dan HP cs stellen, is dat geen dubbele compensatie, maar het gevolg van het hiervoor beschreven Nederlandse systeem van de thuis kopiëervergoeding. De ontvangst van zowel een licentievergoeding als een billijke vergoeding is daarmee het gevolg van het (toch) vergoeden van *offline streaming copies* en niet van het ten onrechte heffen van de billijke vergoeding ex artikel 16c lid 2 Aw.

5.8. De verwijzing van HP cs naar het Reprobel-arrest⁸ kan hen niet baten. De Reprobel-zaak ging over het Belgische systeem van thuis kopiëervergoeding. Dat verschilt van het Nederlandse systeem, omdat België, anders dan Nederland, niet heeft gekozen voor een systeem waarin elk recht van de rechthebbenden om toestemming te geven voor privé kopiëren is uitgesloten, maar voor een gecombineerd systeem, met twee vormen van vergoeding: 1. een forfaitaire vergoeding door de fabrikant, de invoerder of de intracommunautaire koper van de apparaten waarmee de beschermde werken gereproduceerd kunnen worden, die wordt betaald voor de reproductie van de beschermde werken plaatsvindt, en 2. een evenredige vergoeding, die na het vervaardigen van reproducties wordt geïnd, berekend naar het aantal kopieën. In dat gecombineerde systeem bestond *binnen* het systeem van thuis kopiëervergoeding de mogelijkheid van dubbele vergoeding en daarmee de mogelijkheid van niet onder de Arl toegestane overcompensatie van de rechthebbende. In het Nederlandse systeem bestaat echter niet de mogelijkheid van dubbele compensatie *binnen* het systeem, dat voorziet in een exclusieve vergoeding voor het maken van privé kopieën, door een vooraf onder fabrikanten en importeurs geheven forfaitaire vergoeding.

5.9. In het door HP cs aangehaalde Reprobel-arrest heeft het HvJEU overwogen dat de billijke compensatie van artikel 5 lid 2 Arl in beginsel bestemd is ter vergoeding van de schade die door daadwerkelijk gemaakte reproducties is berokkend, het '*criterium van de daadwerkelijke schade*'.⁹ Gelet op de praktische moeilijkheden om de gebruikers te identificeren en hen te verplichten de rechthebbenden te compenseren voor de schade die zij hen berokkenen, mogen de lidstaten een heffing invoeren die niet door de betrokken gebruikers dient te worden betaald maar door de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze met het oog op die reproductie juridisch of feitelijk ter beschikking stellen van de voornoemde gebruikers of aan hen reproductiediensten verlenen. Die personen kunnen deze heffing dan aan de gebruikers doorberekenen.¹⁰ Het bedrag van een dergelijke heffing, die wordt vastgesteld *voordat* effectief reproducties worden gemaakt, kan niet worden bepaald op basis van het criterium van de daadwerkelijke schade, aangezien de omvang van de schade nog niet bekend is op het ogenblik dat de betrokken apparaten op het nationale grondgebied in de handel worden gebracht. Bijgevolg kan deze heffing niet anders dan forfaitair zijn.¹¹

⁸ HvJEU 12 november 2015, ECLI:EU:C:2015:750, punt 86.

⁹ punt 69 Reprobel-arrest.

¹⁰ punt 70 Reprobel-arrest en HvJEU 21 december 2012, EU:C:2010:620 (Padawan), punten 46 en 48.

¹¹ punt 71 Reprobel-arrest.

5.10. HP cs wijzen met juistheid erop dat het HvJEU in het Reprobel-arrest heeft overwogen dat het toepassen van een forfaitaire heffing *vooraf* ten aanzien van fabricaten en importeurs – zoals in het Nederlandse systeem – pas is toegestaan als het onmogelijk is om de gebruikers te identificeren en het daadwerkelijke nadeel voor de rechthebbenden niet kan worden berekend. Voor zover HP cs hiermee hebben willen betogen dat het Unierecht – gezien de beschikbare technische middelen waarmee het precieze aantal van dit soort privé kopieën kan worden vastgesteld – niet toestaat dat de thuiskopievergoeding (in zoverre) vooraf als forfaitair bedrag wordt geheven bij fabrikanten en importeurs van apparaten waarmee kan worden gekopieerd, gaat dit betoog bij gebreke van een voldoende concretisering van deze stelling en het ontbreken van iedere onderbouwing niet op. De enkele – niet door SONT cs weersproken – stelling van HP cs dat bij *offline streaming copies* de gebruikers geïdentificeerd kunnen worden, nu de abonnementsopslagdienst persoonlijk geautoriseerd is, is onvoldoende om te kunnen aannemen dat zich hier een situatie voordoet waarin een forfaitaire heffing van thuiskopievergoeding *vooraf* bij fabricaten en importeurs strijdig is met artikel 5 lid 2 Arl.

5.11. Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van dit betoog van HP cs, kan haar dat ook niet baten. Het is in de eerste plaats aan de wetgever om te bepalen in hoeverre de huidige thuiskopieregeling in het licht van technische ontwikkelingen aanpassing behoeft.

5.12. Tot slot stellen HP cs dat de schade ontbreekt bij *offline streaming copies*. Dit blijkt volgens hen het duidelijkst als de thuiskopievergoeding wordt berekend volgens het licentiemodel, waarin wordt uitgegaan van een licentievergoeding die bedongen had kunnen worden als er wel toestemming zou zijn verleend.

5.13. Dit betoog van HP cs gaat niet op. Zoals hiervoor is overwogen, is het recht om toestemming/een licentie te verlenen voor privé kopieën in de Nederlandse Auteurswet een aan de rechthebbenden onttrokken recht; een eventuele toestemming/licentie heeft in dit systeem geen gevolg voor de billijke vergoeding en is dus ook niet relevant voor de hoogte van de te compenseren schade. Dit brengt mee dat aan toestemmingen/licenties geen argument kan worden ontleend dat de rechthebbenden geen te compenseren schade (kunnen) hebben geleden.

5.14. De slotsom luidt dat het bezwaar van HP cs aangaande het in de thuiskopievergoeding verdisconteren van de *offline streaming copies* niet opgaat. De door HP cs aangedragen argumenten leiden ook niet tot de conclusie dat *offline streaming copies* in de thuiskopievergoeding op een met artikel 5 Arl strijdige wijze zijn verdisconteerd in de thuiskopievergoeding in het SONT-besluit 2018.

5.15. De rechtbank ziet geen aanleiding om, zoals HP cs voorstellen, prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU, hoewel het door HP cs geformuleerde bezwaar over het in de Nederlandse thuiskopievergoeding verdisconteren van *offline streaming copies* en de vraag of dit leidt tot een onder de Arl ontoelaatbare overcompensatie van de rechthebbenden, niet precies zo zijn voorgelegd aan het HvJEU. De voor de door HP cs opgeworpen bezwaren relevante rechtsvraag is al beantwoord in het Copydan-arrest (zie 5.5), al was het onderliggende feitencomplex afwijkend.

privé kopieën in de cloud

5.16. Volgens HP cs zijn privé kopieën in de *cloud* voor het met het werk beoogde gebruik noodzakelijke kopieën. Zij betogen dat in feite een heffing wordt gecreëerd voor het in de kast zetten van een cd of van een boek. Verder stellen HP cs dat, als privé kopieën in de *cloud* al schade toebrengen, dit minimaal is.

5.17. Artikel 45k Aw, waarnaar HP cs verwijzen in hun betoog dat het hier gaat om het voor het met het werk beoogde gebruik noodzakelijke kopieën, ziet alleen op reservekopieën van software. Deze bepaling is hier niet van toepassing, omdat de thuiskopieheffing van toepassing is op alle soorten auteursrechtelijke werken en nabuurrechtelijk beschermd materiaal. De rechtbank ziet geen grond om aansluiting te zoeken bij deze bepaling voor overeenkomstige toepassing op de in artikel 16c Aw neergelegde regeling van de thuiskopievergoeding. Privé kopieën die in de *cloud* worden opgeslagen, gelden bij de toepassing van die regeling als thuiskopieën in de zin van artikel 16c lid 1 Aw en artikel 5 lid 2 Arl.

5.18. Gesteld noch gebleken is dat de personen die deze kopieën maken, bij het ontbreken van de thuiskopieregeling bereid zouden zijn geweest om althans enig bedrag te betalen om die kopie te mogen maken van een auteursrechtelijk of door een naburig recht beschermd werk. Nu dit niet kan worden aangenomen, kan evenmin worden aangenomen dat de rechthebbenden geen enkel of slechts zeer minimaal nadeel lijden door privé kopieën in de *cloud*. Gezien de in het Kantar-rapport genoemde omvang van het opslaan van privé kopieën in de *cloud*, staat voldoende vast dat deze vorm van privé kopiëren meer dan minimale schade bij de rechthebbenden veroorzaakt.

5.19. HP cs bestrijden voorts de in het SONT-besluit 2018 gemaakte keuze om de thuiskopievergoeding voor privé kopieën in de *cloud* te heffen op PC/laptops, tablets en smartphones.

5.20. Ook dit bezwaar van HP cs gaat niet op. In het Copydan-arrest heeft het HvJEU overwogen dat de Arl zich niet verzet tegen een nationale regeling die voorziet in een billijke compensatie uit hoofde van de uitzondering op het reproductierecht voor reproducties van beschermde werken door een natuurlijke persoon vanaf of met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.¹² In het VG-Wort-arrest heeft het HvJEU overwogen dat het de lidstaten vrijstaat, indien de betrokken reproducties worden gemaakt door middel van een één geheel vormende werkwijze met behulp van een keten van apparaten, terug te gaan tot de fasen voorafgaand aan de vervaardiging op zich van een kopie. Daarbij staat het de lidstaten vrij om een systeem in te stellen waarin de billijke compensatie wordt voldaan voor degenen die beschikken over een apparaat dat als onderdeel van deze keten op niet-autonome wijze bijdraagt tot die werkwijze.¹³

5.21. Hieruit volgt dat het de lidstaten vrijstaat om, zoals in het SONT-besluit 2018 is gebeurd, ervoor te kiezen de thuiskopieheffing voor kopieën in de *cloud* te leggen op de apparaten waarmee de privé kopie wordt gemaakt die in de *cloud* wordt opgeslagen.

5.22. Het hier door HP cs naar voren gebrachte argument dat het Copydan-arrest gaat over de vraag of een heffing kon rusten op geheugenkaarten van mobiele telefoons, laat

¹² punt 90 Copydan-arrest.

¹³ punt 78 VG Wort-arrest.

onverlet dat de voor dit bezwaar relevant rechtsvraag is beantwoord in dit arrest (en het VG Wort-arrest). Om welk(e) apparaat/drager/technische voorziening het gaat, is niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of in voorkomend geval een andere drager of apparaat dan de drager of apparaat waar de kopie op wordt bewaard, kan worden belast met de heffing van thuiskopievergoeding.

5.23. Nu het HvJEU zich reeds heeft uitgesproken over de voor deze zaak relevante rechtsvraag, ziet de rechtbank ook geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU over de heffing over privé kopieën in de *cloud*, zoals HP cs suggereren.

Slotsom

5.24. De bezwaren van HP cs tegen het SONT-besluit 2018 gaan niet op. Daarmee is het lot van de vorderingen van HP cs gegeven en wordt niet toegekomen aan bespreking van de overige geschilpunten, zoals het betoog van SONT cs dat een richtlijnconforme uitleg van de tarieven nimmer kan leiden tot de conclusie dat de in het SONT-besluit 2018 opgenomen bedragen aan thuiskopievergoeding te laag zijn.

5.25. De vorderingen worden afgewezen, met veroordeling van HP cs in de proceskosten. Deze worden begroot op € 1.712 per gedaagde, te weten € 626 aan griffierecht en € 1.086 aan advocatenkosten (2 punten x tarief II).

6. De beslissing

De rechtbank:

- 6.1. wijst de vorderingen af;
- 6.2. veroordeelt HP cs in de proceskosten van SONT en Thuiskopie, die tot aan deze uitspraak zijn begroot op € 1.712 per gedaagde;
- 6.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. L. Alwin, M.C. Ritsema van Eck-van Drempt en F.M. Bus en in het openbaar uitgesproken op 18 september 2019.



Voor grosse/afschrift

18 SEP. 2019

De griffier,