

IN NAAM VAN DE KONING

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

zaaknummer : 200.272.397/01
zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/561257/ HA ZA 18-1035

Arrest d.d. 22 maart 2022

inzake

1. **HP NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Amstelveen,
2. **DELL B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
3. **STICHTING OVERLEGORGAAN BLANCO INFORMATIEDRAGERS**,
gevestigd te Zoetermeer,

appellanten,

hierna te noemen: HP, Dell en Stobi, en gezamenlijk: HP c.s.,

advocaat: mr I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

1. **STICHTING ONDERHANDELINGEN THUISKOPIEVERGOEDING**,
gevestigd te Den Haag,
advocaat: mr S.M. Kingma te Den Haag,
2. **STICHTING DE THUISKOPIE**,
gevestigd te Amsterdam,
advocaat: mr J.W.A. Meddens te Amsterdam,

geïntimeerden,

hierna te noemen: SONT en Thuiskopie, en gezamenlijk: SONT c.s.

Het verloop van het geding

Dit blijkt uit de volgende stukken:

- het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 18 september 2019 en de daaraan ten grondslag liggende stukken, waaronder:
 - * de inleidende dagvaarding van HP c.s. (ID) en de producties 1 t/m 4;
 - * de conclusie van antwoord van Thuiskopie (CvA-T), met de producties 1 t/m 16;
 - * de conclusie van antwoord van SONT (CvA-S), met de producties 1 t/m 19;
 - * de producties 5 t/m 9 van HP c.s.;
 - * het proces-verbaal van comparitie (PV-C).
- de appeldagvaarding van HP c.s. van 13 december 2019;
- de memorie van grieven van HP c.s. (MvG), met de producties 10 en 11;
- de memorie van antwoord van Thuiskopie (MvA-T), met de producties 17 t/m 19;
- de memorie van antwoord van SONT (MvA-S), met productie 20;
- de producties 12 t/m 22 van HP c.s.;
- de pleitaantekeningen van HP (PA-H), Thuiskopie (PA-T) en Sont (PA-S) van

10 mei 2021.

De beoordeling van het hoger beroep

1. Korte aanduiding van het geschil, het juridisch kader en de vaststaande feiten

- 1.1 Het gaat in deze zaak om de vragen of smartphones, pc's en laptops kunnen worden onderworpen aan de Nederlandse thuiskopieheffing voor i) het maken van *offline streaming copies* van auteursrechtelijk beschermde werken en ii) het opslaan van zulke werken in de cloud (op computers van derden). Anders gezegd: is in deze situaties de zogenoemde thuiskopie-uitzondering op het reproductierecht van de auteur van toepassing.
- 1.2 Het reproductierecht van de auteur is vastgelegd in artikel 2 van Richtlijn 2001/29 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten (hierna: Arl), en in artikel 1 van de Auteurswet (hierna: Aw).
- 1.3 Artikel 5 lid 2 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 betrokken materiaal'.
- 1.4 In punt 35 van de considerans op de Arl is het volgende vermeld:
'Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde 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 het 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 andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling 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 rechthebbenden minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat'.
- 1.5 Over artikel 5 lid 2 b) Arl heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) een aantal arresten gewezen, waaronder de arresten van:
 - 21 oktober 2010 in zaak C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *Padawan*;
 - 16 juni 2011 in zaak C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, *Opus*;
 - 27 juni 2013 in zaak C-457/11 t/m C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426, *VG Wort*;

- 11 juli 2013 in zaak C-521/11, ECLI:EU:C:2013:515, *Amazon/AM*;
- 5 maart 2011 in zaak C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, *Copydan*;
- 21 april 2016 in zaak C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286, *AM/Amazon*.

Deze arresten zullen hierna worden aangeduid met hun cursief weergegeven namen.

- 1.6 Met artikel 16c Aw heeft de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2 b) Arl geboden mogelijkheid om beperkingen te stellen op het reproductierecht ten behoeve van privégebruik. Artikel 16c lid 1 Aw bepaalt dat niet als een inbreuk op het reproductierecht wordt beschouwd:
- ‘het reproduceren van een 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 enig direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt’.*
- Een reproductie die voldoet aan deze omschrijving, wordt ook wel ‘thuiskopie’ genoemd. Artikel 16c Aw is van toepassing op reproducties van muziek en bewegend beeld en op digitale reproducties. In lid 2 van artikel 16c Aw is bepaald dat voor het reproduceren voor eigen gebruik een billijke vergoeding is verschuldigd, en dat de verplichting tot betaling daarvan rust op de fabrikant of importeur van de voorwerpen bedoeld in lid 1.
- 1.7 HP en Dell (appellanten sub 1 en 2) zijn producenten van ICT-apparatuur zoals pc’s, laptops en smartphones.
- 1.8 Stobi (appellante sub 3) 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).
- 1.9 Thuiskopie (geïntimeerde sub 1) is krachtens artikel 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuiskopievergoeding.
- 1.10 SONT (geïntimeerde sub 2) is op grond van artikel 16e Aw belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. In SONT zijn (organisaties van) rechthebbenden en betalingsplichtigen vertegenwoordigd. De rechthebbenden worden vertegenwoordigd door Thuiskopie, de betalingsplichtigen door Stobi en FIAR (de Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Agenten op Radiogebied). Het bestuur van SONT is zodanig vastgesteld dat belangen van de rechthebbenden en de betalingsplichtigen op evenwichtige wijze zijn vertegenwoordigd (zie artikel 16e Aw). Dit bestuur heeft een door de minister benoemde voorzitter.
- 1.11 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.
- 1.12 In het SONT-besluit 2018 zijn – naar blijkt uit de daarin opgenomen tabellen 1 en 3 – als voorwerpen van de thuiskopievergoeding onder meer aangewezen (met daarachter de tarieven voor achtereenvolgens de periode 2015-2017 en de periode 2018-2020):

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

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

betaalde download streaming dienst

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

Uit het Kantaronderzoek blijkt voorts dat de thuiskopieplichtige werken in toenemende mate in de cloud worden opgeslagen (personal lockers).

Cloudopslag wordt met name gebruikt in combinatie met de PC/laptop, tablet en smartphone, waarbij gebruikers de cloud vooral gebruiken als backup-medium en bestanden automatisch laten synchroniseren.

Gelet op de omvang van het thuiskopiëren op personal lockers in de cloud is er aanleiding om hiervoor een vergoeding te introduceren. De vergoeding is verwerkt in de tarieven van voorwerpen die hiervoor met name gebruikt worden. Hoewel de kopie wordt vastgelegd op de server van de clouddienst zijn het hoofdzakelijk deze voorwerpen waarmee de consument toegang heeft tot de cloud en de kopie maakt. In het Copydan-arrest heeft het Hof van Justitie van de EU bevestigd dat de richtlijn Auteursrecht zich niet verzet tegen een regeling die voorziet in een billijke compensatie voor reproducties van beschermde werken die een natuurlijke persoon vervaardigt vanaf of met behulp van een inrichting die aan een derde toebehoort.

- 1.13 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. De vorderingen van HP c.s. en het vonnis van de rechtbank

- 2.1 HP c.s. heeft 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 dié elders (bij een aanbieder in de cloud) zijn opgeslagen, niet belast worden met een heffing ter compensatie van beweerdelijke schade, die zou zijn veroorzaakt door de eerder bedoelde elders opgeslagen kopie;
 - III. het SONT-besluit 2018 te vernietigen.
- 2.2 In het vonnis van 18 september 2019 heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen, onder veroordeling van HP c.s. in de proceskosten.

3. Het hoger beroep; inleidende overwegingen

- 3.1 Van dit vonnis is HP c.s. tijdig in hoger beroep gekomen. Haar grieven 1 en 2 zijn gericht tegen respectievelijk de afwijzing van de vorderingen I en II.

- 3.2 SONT en Thuiskopie hebben – in eerste aanleg en in hoger beroep – aangegeven elkaars verweren over te nemen, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld
- 3.3 Het hof zal nu de vorderingen van HP c.s. opnieuw beoordelen.

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 ‘thuiskopie’ 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 *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 thuishkopie in de zin van artikel 16c Aw is.
- 4.11 Voor deze conclusie pleit tevens dat de *tethered download* een ander karakter heeft dan een thuishkopie 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.

5. Vordering II: opslag in de cloud

- 5.1 Vordering II van HP c.s. heeft betrekking op opslag van werken in de cloud, dat wil zeggen: op computers (niet van HP c.s. maar) van derden. Volgens HP c.s. kan hiervoor geen Nederlandse thuishkopievergoeding worden geheven op de door haar geproduceerde hardware (smartphones, pc's/laptops en tablets).
- 5.2 In het SONT-besluit 2018 is tot uitgangspunt genomen dat het (door natuurlijke personen via pc/laptop, tablet of smartphone) opslaan in de cloud moet worden beschouwd als een thuishkopie, dat wil zeggen een reproductie die door een natuurlijke persoon voor privégebruik is gemaakt zonder direct of indirect commercieel oogmerk. De beslissing van de rechtbank over vordering II berust eveneens op dit uitgangspunt, zie uitdrukkelijk de laatste zin van rov. 5.17 van haar vonnis. In de MvG heeft HP c.s. op dit punt geen (voldoende duidelijke) grief geformuleerd. Meer in het bijzonder is ook in de onderbouwing van grief 2 in de punten 2, 2^e gedachtestreepje, en 43-50 MvG niet het standpunt te lezen dat het opslaan in de cloud geen thuishkopie kan zijn. Voor zover dit standpunt wel zou zijn verwoord in de laatste volzin van punt 39 PA-H (in verbinding met punt 31 PA-H), dan wordt het als strijdig met de twee conclusie-regel buiten beschouwing gelaten omdat dit standpunt dan pas na de MvG zou zijn ingenomen en SONT c.s. er niet uitdrukkelijk mee heeft ingestemd dat dit standpunt alsnog deel is gaan uitmaken van de rechtsstrijd in hoger beroep.
- 5.3 In dit geding moet er dus vanuit worden gegaan dat bij het door een natuurlijke persoon zonder commercieel oogmerk opslaan in de cloud een thuishkopie in de zin van artikel 16c Aw wordt gemaakt. Met haar grief 2 betoogt HP c.s. dat daarvoor toch geen Nederlandse thuishkopievergoeding verschuldigd is op grond van twee argumenten:
- A. de computers van derden die de cloud vormen, bevinden zich (voor het merendeel) niet in Nederland, zodat artikel 16c Aw toepasselijkheid mist;

- B. de door HP c.s. geproduceerde voorwerpen (smartphones, pc's/laptops en tablets) die worden gebruikt om gegevens op computers van derden (in de cloud) te kunnen opslaan, kunnen niet worden belast met een thuishoofheffing voor die opslag in de cloud.
- 5.4 In punt 34 van *Opus* is overwogen dat de lidstaat die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik heeft ingevoerd, verplicht is om te verzekeren dat de billijke compensatie die bedoeld is om de benadeelde auteurs te compenseren voor het nadeel dat zij ondervinden 'met name wanneer dit is ontstaan op het gebied van die lidstaat', daadwerkelijk wordt geïncasseerd. In punt 35 van dat arrest is overwogen dat kan worden aangenomen dat het te vergoeden nadeel is ontstaan op het grondgebied van de lidstaat waar de eindgebruikers wonen. Dit een en ander is in latere rechtspraak van het HvJEU herhaald, zie o.m. punt 20 van *AM/Amazon*. Niet in geschil is dat de (particuliere) eindgebruikers van de door HP c.s. verkochte smartphones, laptops en pc's/tablets waar het in dit geding om gaat, in Nederland wonen. Aangezien het nadeel dus is ontstaan in Nederland, is Nederland de lidstaat die verplicht is om de billijke compensatie voor de opslag in de cloud door/ten behoeve van die eindgebruikers te incasseren, ook wanneer de (reproductie-)handeling van het vastleggen op de computers (servers) van derden plaatsvindt in het buitenland. Dit betekent dat artikel 16c Aw van toepassing is, en dat argument A van HP c.s. niet opgaat.
- 5.5 Met argument B wordt de vraag aan de orde gesteld hoe Nederland moet verzekeren dat de billijke vergoeding van de opslag in de cloud door/ten behoeve van de in Nederland wonende eindgebruikers wordt geïnd, en meer specifiek: of Nederland moet/mag innen door middel van een heffing bij de fabrikanten van smartphones, pc's/laptops en tablets, zoals in het SONT-besluit 2018 is neergelegd.
- 5.6 Uitgangspunt van artikel 5 lid 2 b) Arl is dat de particulier die de kopie maakt, de billijke compensatie bekostigt (o.m. punt 75 van *VG Wort*). Het is evenwel vaste rechtspraak van het HvJEU – zie de punten 46 en 52 van *Padawan*, de punten 24 en 28 van *Amazon/AM* en de punten 21 en 22 van *AM/Amazon* – dat het gelet op de praktische moeilijkheden om particulieren te identificeren en om hen te verplichten om de rechthebbenden te compenseren, de lidstaten vrijstaat om een heffing voor het kopiëren voor privé-gebruik in te voeren die niet door de betrokken particulieren dient te worden betaald, maar door de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze daartoe juridisch of feitelijk ter beschikking stellen van particulieren of aan hen reproductiediensten verlenen, mits de betrokken installaties, apparaten en dragers voor het vervaardigen van reproducties voor privé-gebruik kunnen worden gebruikt. Uit punt 85 van *Copydan* is af te leiden dat die heffing kan worden gelegd op 'inrichtingen vanaf of met behulp waarvan de kopieën voor privé-gebruik worden vervaardigd'.
- 5.7 Niet betwist is dat het praktisch gezien vrijwel onmogelijk is om de billijke vergoeding voor het opslaan in de cloud bij particulieren te innen.
- 5.8 Over de feitelijke gang van zaken bij opslag in de cloud staat in het SONT-besluit 2018 vermeld dat hoewel de kopie wordt vastgelegd op de server van de clouddienst, het hoofdzakelijk voorwerpen als smartphones, pc/laptops en tablets zijn waarmee de consument toegang heeft tot de cloud en de kopie maakt. SONT c.s. heeft benadrukt

dat deze voorwerpen nodig zijn om cloudkopieën te maken (punt 63 CvA-T en punt 5.1 CvA-S), terwijl Thuis kopie nog heeft gepreciseerd dat de consument niet zelfstandig een kopie in de cloud kan zetten, maar dat daarvoor altijd een ander apparaat nodig is (PV-C). Deze feitelijke stellingen zijn door HP c.s. niet betwist. Als vaststaand wordt daarom beschouwd dat smartphones, pc's/laptops of tablets nodig zijn om gegevens in de cloud te kunnen opslaan. Derhalve is voldaan aan de in rov. 5.6 genoemde voorwaarde dat deze voorwerpen kunnen worden gebruikt voor het vervaardigen van privé-reproducties c.q. dat vanaf of met behulp van deze voorwerpen kopieën voor privé-gebruik kunnen worden vervaardigd. De heffing kan, zo moet worden geconcludeerd, worden gelegd op deze door HP c.s. aan de particulieren ter beschikking gestelde voorwerpen, waarbij nog van belang is dat HP c.s. deze heffing kan doorberekenen aan de particuliere eindgebruikers (punt 76 van *VG Wort*). Deze optie valt kortom binnen de 'grote mate van vrijheid' die de lidstaten op dit punt toekomt (punt 23 van *Opus*; punt 74 van *VG Wort*).

- 5.9 Het enige alternatief voor een heffing op de zojuist genoemde voorwerpen, is, gezien het onder 5.7 overwogene, een heffing bij de aanbieders van de clouddiensten die door HP c.s. kennelijk wordt voorgestaan en waaraan op zichzelf beschouwd niet in de weg staat dat die aanbieders in het buitenland zijn gevestigd (zie punt 40 van *Opus*). In punt 5.24 CvA-S is echter onderbouwd gesteld dat het heffen bij buitenlandse cloudproviders in de praktijk niet goed te doen is, onder meer omdat bij het maken van cloudkopieën geen goederenstroom over de grens plaatsvindt en vanuit Nederland niet goed is te vast te stellen bij welke cloudaanbieders thuis kopieën vanuit Nederland worden gemaakt. Bovendien zou, aldus SONT c.s., deze wijze van heffing een groter risico op ontduiking kennen en tot grotere administratieve lasten leiden. Door HP c.s. zijn deze stellingen niet betwist, zie ook 'N.B.' in punt 25 van productie 10 bij MvG, in samenhang gezien met noot 12 op blz. 12 MvG. Dit betekent dat als vaststaand moet worden beschouwd dat heffing bij de cloudaanbieders in de praktijk niet goed te doen is. Hiervan uitgaande kan Nederland door middel van een heffing bij de cloudaanbieders niet op adequate wijze voldoen aan zijn in rov. 5.4 omschreven (resultaats-)verplichting om de billijke vergoeding te innen voor cloudkopieën die door/ten behoeve van Nederlandse eindgebruikers zijn gemaakt. Alleen door heffing op smartphones, pc's/desktops en tablets – waarbij zich, naar onweersproken stelling van SONT c.s. (punt 5.25 CvA-S), geen praktische moeilijkheden voordoen – kan die verplichting ten volle gestand worden gedaan. De leden 1 en 2 van artikel 16c Aw moeten dus dienovereenkomstig worden uitgelegd. De bewoordingen van die artikelleden laten deze uitleg ook toe. Weliswaar wordt daarin, zoals HP c.s. heeft opgemerkt in punt 38 PA-H, alleen gesproken over voorwerpen 'op' welke de reproductie plaatsvindt, maar er is, in aanmerking nemend dat de Nederlandse wetgever genoemde verplichting daadwerkelijk heeft willen nakomen, geen reden om aan te nemen dat daarmee bedoeld is om analoge toepassing op voorwerpen 'met' welke/waarmee de reproductie plaatsvindt, uit te sluiten.
- 5.10 Vanwege het verschil in praktische uitvoerbaarheid tussen een heffing bij de fabrikanten van smartphones, pc's/laptops en tablets en een heffing bij de aanbieders van clouddiensten, is de maatregel om alleen bij de eersten te heffen overigens niet strijdig met het – in onder meer de punten 30-40 van *Copydan* omschreven – gelijkheidsbeginsel.

-
- 5.11 Het onder 5.6 t/m 5.10 overwogene brengt met zich dat ook argument B van HP c.s. faalt.
- 5.12 Voor zover de bewijsaanbiedingen die HP c.s. in punt 52 MvG heeft gedaan, strekken tot het leveren van getuigenbewijs, worden zij gepasseerd op de gronden dat zij niet gespecificeerd en/of niet ter zake dienend zijn dan wel betrekking hebben op onvoldoende onderbouwde stellingen. Voor zover die aanbiedingen strekken tot het leveren van schriftelijk bewijs worden zij gepasseerd op de grond dat HP c.s. dat bewijs ook zonder rechterlijke tussenkomst al had kunnen bijbrengen.
- 5.13 Voor het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 5 lid 2 b) Arl is gezien het voorgaande geen aanleiding. Aan het daartoe strekkende voorstel van HP c.s. in punt 51 MvG gaat het hof dan ook voorbij.
- 5.14 Grief 2 is al met al tevergeefs voorgesteld: de rechtbank heeft vordering II van HP c.s. terecht afgewezen.

6. *Vordering III, slotsom en proceskosten*

- 6.1 Het bestreden vonnis zal worden vernietigd, onder alsnog toewijzing van vordering I, die strekt tot een verklaring voor recht dat geen billijke compensatie zoals genoemd in artikel 16c Aw verschuldigd is voor *offline streaming copies/tethered downloads*. Waar het gaat om *offline streaming copies/tethered downloads* is het SONT besluit 2018 dus niet in overeenstemming met artikel 16c Aw. Vordering III tot vernietiging van dat besluit is kennelijk (vooral) hierop gebaseerd, met, naar het hof begrijpt, artikel 3:40 BW als juridische grondslag. Op deze grondslag is vordering III evenwel niet toewijsbaar omdat het nemen van het SONT-besluit 2018 niet strijdig is met artikel 16c Aw, en dat besluit door inhoud of strekking niet in strijd is met de openbare orde of goede zeden. Ook artikel 2:14 BW komt niet voor toepassing in aanmerking. Dat artikel ziet immers alleen op strijd met wettelijke bepalingen uit boek 2 BW en HP c.s. heeft geen (voldoende duidelijke) feitelijke stellingen betrokken waaruit kan worden afgeleid dat daarvan sprake is. Verder heeft de burgerlijke rechter niet de 'algemene' vernietigingsbevoegdheid die de bestuursrechter is toegekend in artikel 8:72 Awb. Het verweer van SONT in punt 6.3 CvA-S en de punten 5.2. en 5.3 MvA-S, dat, zakelijk weergegeven, de burgerlijke rechter het SONT-besluit 2018 niet kan vernietigen, treft dus doel. Vordering III is niet toewijsbaar, evenmin als vordering II.
- 6.2 Aangezien partijen ieder deels in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten in beide instanties worden gecompenseerd.

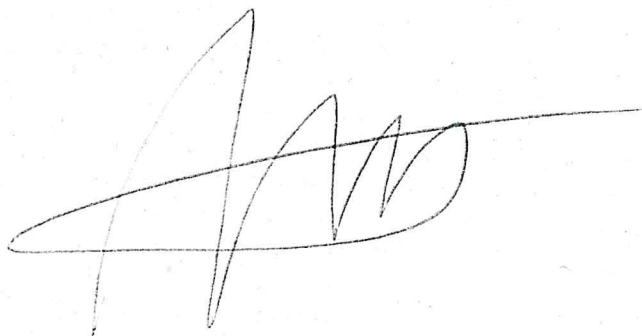
Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 18 september 2019, en opnieuw rechtdoende:
- verklaart voor recht dat dat geen billijke compensatie zoals genoemd in artikel 16c Aw verschuldigd is voor *offline streaming copies/tethered downloads*;

-
- wijst af het meer of anders gevorderde;
 - compenseert de proceskosten in beide instanties aldus dat ieder de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, J.I. de Vreese-Rood en C.J.J.C. van Nispen; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 maart 2022 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr.
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag



J.M.C.A. Reinders Folmer