

Nederland

Computerrecht 2023/118

HOF DEN HAAG

22 maart 2022, 200.272.397/01

(Mrs. M.Y. Bonneur, J.I. de Vreese-Rood en C.J.J.C. van Nispen)

m.nt. J. van Helden & M. de Wijs¹

(art. 5 Richtlijn 2001/29/EG; art. 16 Aw)

ECLI:NL:GHDHA:2022:2289

Is een *tethered download* en opslag in de cloud een thuiskopie in de zin van artikel 16c Aw? Het hof oordeelt dat een *tethered download* niet geldt als een thuiskopie, maar opslag in de cloud wel. De thuiskopieheffing voor cloudopslag mag in rekening worden gebracht bij de producenten en importeurs van smartphones, pc's en laptops.

arrest in de zaak van:

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.

(...)

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

(...)

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 die elders (bij een aanbieder in de cloud) zijn opgeslagen, niet belast worden met een heffing ter compensatie van beweerdelijke schade, die zou zijn veroorzaakt door de eerder bedoelde elders opgeslagen kopie;

III. het SONT-besluit 2018 te vernietigen.

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

3. Het hoger beroep; inleidende overwegingen

(...)

4. Vordering I: offline streaming copies/tethered downloads

(...)

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;

¹ Jeroen van Helden en Menno de Wijs zijn advocaat in het technologie-team van De Clercq Advocaten Notariaat in Leiden.

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.

(...)

4.4 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. (...)

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.

(...)

4.8 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.

(...)

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

(...)

5. **Vordering II: opslag in de cloud**

(...)

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 thuiskopie, dat wil zeggen een reproductie die door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik is gemaakt zonder direct of indirect commercieel oog-