



Datum van inontvangstneming : 02/09/2024

In naam van de Koning

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 22/02230 en 22/02270
Datum 12 juli 2024

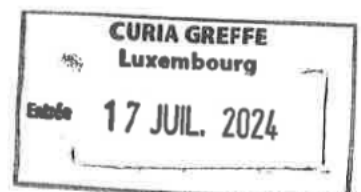
ARREST

In de zaak (nummer 22/02230) van

STICHTING ONDERHANDELINGEN THUISKOPIEVERGOEDING,
gevestigd te Den Haag,
EISERES tot cassatie,
hierna: SONT,
advocaten: [REDACTED],

tegen

1. HP NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amstelveen,
hierna: HP,
 2. DELL B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
hierna: Dell,
 3. STICHTING OVERLEGORGAAN BLANCO INFORMATIEDRAGERS,
gevestigd te Zoetermeer,
hierna: Stobi,
- VERWEERSTERS in cassatie,
hierna gezamenlijk: HP c.s.,
advocaat: [REDACTED],



En in de zaak (nummer 22/02270) van

STICHTING DE THUISKOPIE,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
hierna: Stichting De Thuis kopie,
advocaten: [REDACTED]

tegen

1. HP NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amstelveen,
hierna: HP,
 2. DELL B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
hierna: Dell,
 3. STICHTING OVERLEGORGAAN BLANCO INFORMATIEDRAGERS,
gevestigd te Zoetermeer,
hierna: Stobi,
- VERWEERSTERS in cassatie,
hierna gezamenlijk: HP c.s.,
advocaat: [REDACTED].

1. Procesverloop

- 1.1 Voor het verloop van de gedingen in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar zijn tussenarrest van 17 mei 2024 (ECLI:NL:HR:2024:712).
In het tussenarrest van 17 mei 2024 heeft de Hoge Raad partijen in de gelegenheid gesteld te reageren op het voornemen van de Hoge Raad in deze gedingen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) en op de beoogde vragen van uitleg als in dat arrest vermeld.
De advocaten van alle partijen hebben zich schriftelijk uitgelaten over het hiervoor bedoelde voornemen en de beoogde vragen van uitleg. Stichting De Thuis kopie en HP c.s. hebben daarbij een aantal aanpassingen van de beoogde vragen voorgesteld.
- 1.2 De uitspraken van partijen hebben de Hoge Raad aanleiding gegeven tot het wijzigen van de formulering van vraag 2 en het toevoegen van een vraag (vraag 3).

2. Uitgangspunten en feiten in beide zaken

- 2.1 In deze zaken is aan de orde of het maken van een *offline streaming copy* (ook wel *tethered download* genoemd) van een auteursrechtelijk beschermd werk moet worden aangemerkt als het maken van een zogenoemde thuiskopie als omschreven in art. 16c lid 1 Auteurswet (hierna: Aw), dat wil zeggen: het reproduceren van een werk 'zonder direct of indirect commercieel oogmerk' en uitsluitend dienend 'tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt'. Als dat het geval is, zijn fabrikanten en importeurs van apparatuur waarmee de offline streaming copy kan worden weergegeven, zoals smartphones, tablets en pc's, een billijke vergoeding verschuldigd (art. 16c lid 2 Aw).
- 2.2 Omdat de beantwoording van de hiervoor bedoelde vraag samenhangt met de uitleg van bepalingen van Richtlijn 2001/29/EG¹ (hierna: Auteursrechtlijn) en over deze uitleg redelijkerwijs twijfel kan bestaan, zal de Hoge Raad hierover prejudiciële vragen stellen aan het HvJEU.
- 2.3 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
- (i) *Offline streaming copies*, ook wel *tethered downloads* genoemd, zijn *downloads* of kopieën van werken (muziek, films, kortweg 'content') die offline beschikbaar worden gesteld aan een gebruiker van een betaalde streamingdienst (bijvoorbeeld Spotify). Het voordeel van deze faciliteit is dat de gebruiker deze gedownloade kopieën ook kan afspelen wanneer er geen internettoegang is.
 - (ii) De *offline streaming copy* wordt aangeboden als integraal onderdeel van de abonnementsdienst van de aanbieder, zodat de aanbieder daar een commercieel doel mee heeft.
 - (iii) De gang van zaken bij het maken van een *offline streaming copy* is als volgt:

¹ 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 in de informatiemaatschappij, PbEG 2001, L 167/10.

- a) de gebruiker geeft – door binnen de applicatie van de streamingdienst te drukken op de daarvoor bestemde knop – aan welk downloadbare werk hij offline ter beschikking wil hebben;
 - b) de aanbieder plaatst de door de gebruiker aangewezen content op een door de aanbieder speciaal geselecteerd deel van het geheugen van het apparaat (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 keuzevrijheid; hij kan de content ook niet ergens anders neerzetten;
 - c) de aanbieder slaat de content op in een door hem bepaalde encryptiemethode, en alleen hij kan de content decrypten;
 - d) de stappen b) en c) verlopen via een geautomatiseerd proces;
 - e) de content blijft door technische beschermingsmaatregelen binnen de streamingfaciliteit; de gebruiker kan deze niet overplaatsen 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 tot het auteursrecht de toestemming intrekt) wordt de op het apparaat van de gebruiker opgeslagen content automatisch verwijderd;
 - g) de rechthebbende behoudt de controle over de werken: hij bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld en hij kan (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de *offline streaming copies* wordt geblokkeerd of dat een download wordt verwijderd.
- (iv) HP en Dell zijn producenten van ICT-apparatuur zoals computers en smartphones en worden als zodanig geraakt door de heffing van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 5 lid, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn en art. 16c lid 2 Aw.
 - (v) Stobi behartigt de belangen van alle partijen (fabrikanten, importeurs, distributeurs en agenten) die geraakt worden door de heffing van de thuiskopievergoeding op 'blanco informatiedragers' (voorwerpen die bestemd zijn om beelden, geluid of informatie op vast te leggen, zoals USB-sticks).
 - (vi) Stichting De Thuiskopie is krachtens art. 16d Aw belast met de inning en verdeling van de thuiskopievergoeding.
 - (vii) SONT is op grond van art. 16e Aw belast met het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. In SONT zijn (organisaties van) rechthebbenden en betalingsplichtigen vertegenwoordigd.
 - (viii) In 2017 heeft SONT de voorwerpen en tarieven van de thuiskopievergoeding vastgesteld voor de periode van 1 januari 2018 tot en met 31 december 2020. Daarbij zijn als voorwerpen van de thuiskopievergoeding onder meer aangewezen (met daarachter de tarieven voor achtereenvolgens de periode 2015-2017 en de periode 2018-2020):

"PC/Laptop/notebook/server/mediacenter	€ 3,50	€ 2,60
Tablet	€ 3,50	€ 2,60
Smartphone/Telefoon met MPS-speler	€ 3,50	€ 4,70
USB Sticks	€ -	€ 0,60"

Voorts is bij de 'mee te nemen herkomstcategorieën' onder meer vermeld:

“betaalde download streaming dienst”.

2.4 HP c.s. vorderen in deze procedures, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat geen billijke compensatie als bedoeld in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn en art. 16c Aw verschuldigd is voor *offline streaming copies*. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.²

2.5 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat geen billijke compensatie zoals genoemd in art. 16c Aw verschuldigd is voor *offline streaming copies / tethered downloads*.³ Hiertoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen:

“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 (...).

4.5 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.

4.7 Of ook artikel 5 lid 2 b) [Auteursrechtlijn] 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 [Auteursrechtlijn] slechts gedeeltelijk in te voeren, zie o.m. de punten 34 e.v. van *VG Wort*⁴, 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 [een] commercieel/bedrijfsmatige opdrachtnemer mag worden gemaakt, in ieder geval aansluit bij de tekst en doelstelling van artikel 5 lid 2 b) [Auteursrechtlijn] – 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 (...) 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 (...) 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

² Rechtbank Den Haag 18 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9876.

³ Gerechtshof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2289.

⁴ HvJEU 27 juni 2013, zaken C-457/11 tot en met C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426 (VG Wort).

die aan de orde is bij *tethered downloads*, valt niet in te zien. Bij de *tethered download* situatie zet de gebruiker het kopieerproces in gang, en bij de DVD/CD-kopieer-situatie niet, maar dit geringe verschil kan in het licht van het feit dat in beide situaties sprake is van een opdracht, geen gewicht van betekenis in de schaal leggen.

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

4.11 Voor deze conclusie pleit tevens dat de *tethered download* een ander karakter heeft dan een thuiskopie omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt. Hij bepaalt niet alleen zelf welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, maar kan ook zelf (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de *tethered downloads* wordt geblokkeerd of dat een download wordt verwijderd."

3. Beoordeling van het middel in beide zaken

3.1 Onderdeel 1 van het middel in het cassatieberoep van SONT klaagt dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in hoger beroep is getreden. Dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klacht is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.2.1 De overige onderdelen van het middel van SONT en de onderdelen van het middel van Stichting De Thuiskopie keren zich tegen het oordeel van het hof dat een *offline streaming copy* (door het hof ook aangeduid als *tethered download*) niet kan worden aangemerkt als een thuiskopie als bedoeld in art. 16c Aw.

De onderdelen betogen onder meer dat *offline streaming copies* moeten worden aangemerkt als thuiskopieën als bedoeld in art. 16c Aw, omdat het gaat om reproducties die worden vervaardigd door natuurlijke personen voor privégebruik en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, met gebruikmaking van een technische faciliteit die door een derde (de streamingdienstaanbieder) ter beschikking is gesteld. Het oordeel van het hof (in rov. 4.8) dat *offline streaming copies* reproducties zijn die zijn gemaakt door een – commercieel handelende – derde, is volgens de onderdelen onjuist, dan wel onvoldoende gemotiveerd. Daarnaast klagen de onderdelen onder meer dat het hof heeft miskend dat het vereiste dat de thuiskopie niet mag zijn vervaardigd door een commercieel handelende opdrachtnemer, niet in overeenstemming is met art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn, dat de richtlijn het stellen van deze door het hof gecreëerde eis niet toestaat en dat het stellen van deze eis incoherent is en een ongerechtvaardigd verschil in behandeling oplevert. Met het stellen van deze eis ontstaat immers een onderscheid tussen verschillende technologieën en verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen, aldus de klacht. De onderdelen betogen voorts dat, nu uit de wetsgeschiedenis van art. 16c Aw blijkt dat de wetgever niets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrechtlijn, art. 16c Aw richtlijnconform dient te worden uitgelegd. Verder is volgens de onderdelen onjuist dan wel onbegrijpelijk dat het hof (in rov. 4.11) heeft geoordeeld dat een *offline streaming copy* een ander karakter heeft dan een thuiskopie op de grond dat de rechthebbende de controle over de werken behoudt, omdat voor de kwalificatie als thuiskopie geen vereiste is dat de rechthebbende de controle over de werken verliest of dat een thuiskopie tot in lengte van jaren moet kunnen blijven bestaan.

3.2.2 Art. 1 Aw bepaalt:

"Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld."

3.2.3 Art. 16c lid 1 Aw bevat een uitzondering op het uitsluitende karakter van het reproductierecht, die inhoudt dat niet als inbreuk op het auteursrecht van de maker van het desbetreffende werk wordt beschouwd:

"het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt".

Deze in art. 16c lid 1 Aw bedoelde, van het uitsluitende reproductierecht van de maker uitgezonderde reproductie wordt hierna ook aangeduid als: thuiskopie.

Art. 16c lid 2 Aw bepaalt dat voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd is en dat de verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de in het eerste lid bedoelde voorwerpen.

De in art. 16c lid 1 Aw neergelegde beperking op het uitsluitende karakter van het reproductierecht wordt hierna aangeduid als: de thuiskopieregeling. De in art. 16c lid 2 Aw genoemde billijke vergoeding wordt hierna ook aangeduid als: de thuiskopievergoeding.

3.2.4 De thuiskopieregeling is in 2004 aangepast⁵ in verband met de implementatie van art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrecht richtlijn. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de implementatiewet, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal⁶, blijkt dat de wetgever van de toepassing van de thuiskopieregeling niet heeft willen uitsluiten het geval dat een derde ten behoeve van de natuurlijke persoon de reproductie maakt en het geval dat de natuurlijke persoon de reproductie maakt met gebruikmaking van technische of andere middelen die door derden zijn verstrekt. In de wetsgeschiedenis is daarbij verwezen naar en kennelijk bedoeld aan te sluiten bij uitlatingen van de Europese Commissie ten aanzien van art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrecht richtlijn. In de wetsgeschiedenis is daarbij evenwel ook opgemerkt dat een kopie die in opdracht van een natuurlijke persoon is gemaakt door een professionele opdrachtnemer dan wel een opdrachtnemer die daarbij handelt met een commercieel oogmerk (hierna: opdracht kopie) niet valt onder de thuiskopieregeling:

"Wel wordt benadrukt dat de regeling niet uitsluit dat een ander ten behoeve van de natuurlijke persoon de reproductie vervaardigt. De Europese Commissie heeft in haar advies van 3 april 2001 over de amendementen van het Europees Parlement gesteld dat de woorden «gemaakt door» in artikel 5 lid 2 sub [b] ook het kopiëren voor en namens een natuurlijke persoon voor privé-gebruik

⁵ Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PbEG L 167) (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij), Stb. 2004, 336.

⁶ Zie 3.32-3.38 van de conclusie in zaak 22/02230 en 3.18-3.24 van de conclusie in zaak 22/02270.

kunnen dekken. Dit moet aldus worden verstaan dat een kopie gemaakt in opdracht dus kan zijn toegelaten maar ook dat een privé-kopie niet slechts rechtmatig is indien de natuurlijke persoon voor wie de kopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf maakt. Het kan tegelijkertijd niet zo zijn dat een opdrachtnemer, direct of indirect, met commercieel oogmerk handelt. In dat geval is niet van een toegelaten privé-kopie sprake. Volgens de Europese Commissie kan de bepaling ook inhouden dat technische of andere middelen voor het maken van dergelijke kopieën worden verstrekt.”⁷

“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.”⁸

- 3.3.1 Het hof heeft – kort samengevat – geoordeeld dat een *offline streaming copy* een opdrachtkopie is, omdat het de aanbieder van de streamingdienst is die, naar aanleiding van een signaal daartoe van de gebruiker (het drukken op de daartoe bestemde knop), het kopieerproces feitelijk uitvoert en voltooit, en hierbij handelt met een commercieel oogmerk. Naar het oordeel van het hof is dus de aanbieder van de streamingdienst degene die de kopie vervaardigt (in opdracht van de gebruiker), en niet de gebruiker (met gebruikmaking van de technische faciliteit van de aanbieder van de streamingdienst). Om deze reden is een *offline streaming copy* volgens het hof niet een thuiskopie als bedoeld in art. 16c Aw en is daarvoor geen thuiskopievergoeding verschuldigd. Voor deze uitkomst pleit volgens het hof ook dat een *offline streaming copy* een ander karakter heeft dan een thuiskopie omdat de rechthebbende de controle over de werken behoudt. Hij bepaalt niet alleen zelf welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld, maar kan ook zelf (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de *offline streaming copies* wordt geblokkeerd of dat een *offline streaming copy* wordt verwijderd.
- 3.3.2 De oordelen van het hof dat de *offline streaming copy* wordt gemaakt door de streamingdienst en daarom een opdrachtkopie is, en dat opdrachtkopieën niet vallen onder de Nederlandse thuiskopieregeling, worden door Stichting De Thuiskopie en SONT in cassatie bestreden. Deze partijen voeren echter ook aan dat de uitleg die het hof aan de Nederlandse thuiskopieregeling heeft gegeven, waarbij *offline streaming copies* niet onder die regeling vallen, in strijd is met de Auteursrechtlijn. Voordat kan worden toegekomen aan de klachten van de middelen over de uitleg die het hof aan art. 16c lid 1 Aw heeft gegeven en over de wijze waarop het die bepaling op de feiten in deze zaak heeft toegepast, dient eerst te worden vastgesteld welke betekenis de Auteursrechtlijn in dit verband heeft.
- 3.4.1 Art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn staat de nationale wetgever toe beperkingen of restricties op het reproductierecht van de rechthebbende te maken 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”. Deze bewoordingen lijken tot uitdrukking te brengen dat het vereiste dat geen sprake is van een

⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28482, nr. 3, p. 47.

⁸ Kamerstukken II 2002/03, 28482, nr. 8, p. 12.

commercieel oogmerk, ziet op het gebruik dat van de kopie wordt gemaakt door de natuurlijke persoon en niet op de tussenkomst van een derde bij het maken van de kopie.⁹

3.4.2 Uit de rechtspraak van het HvJEU kan worden afgeleid dat de tussenkomst van een commercieel handelende derde op zichzelf niet eraan in de weg staat aan te nemen dat sprake is van een privékopie als bedoeld in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn. Uit die rechtspraak blijkt dat zowel gevallen waarin de tussenkomst van een commerciële derde slechts bestaat uit het ter beschikking stellen van apparatuur, als gevallen waarin sprake is van verdergaande dienstverlening door een commerciële derde bij het maken van een privékopie, een toegelaten uitzondering voor kopieën voor privégebruik zijn. Het HvJEU oordeelde bijvoorbeeld in de zaken *VCAST*¹⁰ en *Ocilion*¹¹, onder verwijzing naar de zaak *Padawan*¹², dat, om zich op art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn te kunnen beroepen, het niet noodzakelijk is dat de betrokken natuurlijke personen de installaties, apparaten of dragers bezitten waarmee de reproducties worden gemaakt, maar dat zij ook "reproductiedienstverlening van derden kunnen ontvangen die de noodzakelijke feitelijke premisse vormt die deze natuurlijke personen toestaat privékopieën te verkrijgen". Voorts besliste het HvJEU in de zaak *Austro-Mechana/Strato*¹³ dat de in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn gebedigde uitdrukking "reproductie, op welke drager dan ook" zich mede uitstrekt tot het maken, voor privédoeleinden, van reservekopieën van auteursrechtelijk beschermde werken op een server waarop de aanbieder van cloudcomputingdiensten opslagruimte ter beschikking stelt van een gebruiker. Deze rechtspraak doet de vraag rijzen of het maken van *offline streaming copies* zoals hiervoor in 2.3 onder (i)-(iii) beschreven, kan worden gezien als het door een natuurlijke persoon maken van een reproductie voor privédoeleinden met behulp van door een commercieel handelende derde ter beschikking gestelde technische of andere middelen (zoals een app op het apparaat van de natuurlijke persoon) waarmee de reproductie kan worden gemaakt.

3.4.3 Op grond van art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn mogen de op grond van lid 2 van die bepaling aan de nationale wetgever toegestane beperkingen en restricties slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast, mag daarbij geen afbreuk worden gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en mogen de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (hierna ook: de driestappentoets). Dit roept de vraag op of de driestappentoets zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke een *offline streaming copy* als een thuiskopie wordt aangemerkt, gelet op de daarin gelegen beperking van het reproductierecht van de auteursrechthebbende. Daarbij zou van belang kunnen zijn dat de rechthebbende de controle over de werken behoudt in die zin dat hij bepaalt welke werken aan abonnees ter beschikking worden gesteld en dat hij kan (doen) bewerkstelligen dat de toegang tot de *offline streaming copies* wordt geblokkeerd of dat een *offline streaming copy* wordt verwijderd (zie hiervoor in 2.3 onder (iii, aanhef en onder g)). Mogelijk is hierbij ook van belang of de rechthebbende door de licentievergoeding die hij van de aanbieder van de streamingdienst bedingt, een vergoeding ontvangt die mede is

⁹ Vgl. de conclusie van A-G Szpunar voor HvJEU 29 november 2017, zaak C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913 (*VCAST*), onder 26.

¹⁰ HvJEU 29 november 2017, zaak C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913 (*VCAST*), punt 35.

¹¹ HvJEU 13 juli 2023, zaak C-426/21, ECLI:EU:C:2023:564 (*Ocilion*), punt 30.

¹² HvJEU 21 oktober 2010, zaak C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 (*Padawan*), punt 48.

¹³ HvJEU 24 maart 2022, zaak C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217 (*Austro-Mechana/Strato*), punt 33.

gebaseerd op het aantal keren dat een *offline streaming copy* door de gebruiker van de streamingdienst wordt afgespeeld. Op grond van deze omstandigheden zou geoordeeld kunnen worden dat de rechthebbende in staat is toezicht uit te oefenen op het gebruik dat van zijn beschermde werken wordt gemaakt door personen die daar op legale wijze toegang toe hebben, en dat het toestaan van *offline streaming copies* behoort tot de normale exploitatie door de rechthebbende, waarvoor de rechthebbende door uitoefening van het reproductierecht van art. 2 Auteursrechtlijn een vergoeding kan bedingen. Daarin zouden *offline streaming copies* op relevante wijze kunnen verschillen van de gevallen die aan de orde waren in de hiervoor in 3.4.2 vermelde rechtspraak van het HvJEU. Het aanmerken van een *offline streaming copy* als reproductie voor privégebruik als bedoeld in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn dan wel als een thuiskopie op grond van art. 16c lid 1 Aw zou dan mogelijk afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk of de belangen van de rechthebbende onredelijk schaden¹⁴.

3.4.4 Het HvJEU heeft nog niet beslist of het maken van een *offline streaming copy* zoals hiervoor in 2.3 onder (i)-(iii) beschreven, valt onder de in art. 5 lid 2, aanhef en onder b, Auteursrechtlijn opgenomen uitzonderingsmogelijkheid voor privékopieën. Over het antwoord op die vraag is, mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2-3.4.3 is overwogen, redelijkerwijs twijfel mogelijk. De Hoge Raad zal die vraag aan het HvJEU voorleggen.

3.4.5 Stichting De Thuiskopie en SONT betogen dat een nationale thuiskopieregeling volgens welke een *offline streaming copy* niet als een thuiskopie wordt aangemerkt, juist in strijd is met en afbreuk doet aan de doelstellingen die worden nagestreefd met de Auteursrechtlijn, waaronder een hoog niveau van auteursrechtbescherming¹⁵, een rechtvaardig evenwicht tussen de belangen van de rechthebbende en de belangen van de gebruiker¹⁶ en een coherente en techniekneutrale toepassing door de lidstaten van de beperkingen en restricties¹⁷. De Hoge Raad zal ook een hierop gerichte vraag aan het HvJEU stellen.

3.5 De behandeling van de overige klachten van de middelen in beide cassatieberoepen zal worden aangehouden.

4. Omschrijving van de uitgangspunten en feiten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor onder 2 vermelde uitgangspunten en feiten, waarvan in deze procedures moet worden uitgegaan.

¹⁴ Vgl. de conclusie van A-G Szpunar voor HvJEU 29 november 2017, zaak C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913 (VCAST), onder 57-70.

¹⁵ Considerans Auteursrechtlijn onder 4 en 9.

¹⁶ Considerans Auteursrechtlijn onder 31.

¹⁷ Considerans Auteursrechtlijn onder 32.

5. Vragen van uitleg

1. Kan een reproductie met de kenmerken zoals hiervoor in 2.3 onder (i)-(iii) beschreven (*offline streaming copy*), mede gelet op de driestappentoets (art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn), worden aangemerkt als een "reproductie (...) door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk" als bedoeld in art. 5 lid 2, onder b, Auteursrechtlijn?
2. Verzetten de doelstellingen van de Auteursrechtlijn, waaronder een hoog niveau van auteursrechtbescherming, een rechtvaardig evenwicht tussen de belangen van de rechthebbende en de belangen van de gebruiker, en een coherente en techniekneutrale toepassing door de lidstaten van de beperkingen en restricties, zich tegen een nationale regeling op grond waarvan de uitzondering voor thuiskopieën niet mede *offline streaming copies* omvat?
3. Is voor het antwoord op een of meer van de voorgaande vragen van belang of de rechthebbenden een vergoeding per gemaakte *offline streaming copy* ontvangen, dan wel of zij een vergoeding ontvangen die is gebaseerd op het aantal keren dat een *offline streaming copy* door de gebruiker van de streamingdienst wordt afgespeeld?

6. Beslissing

De Hoge Raad:

- verzoekt het HvJEU over de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;
- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst de gedingen tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door

op 12 juli 2024.

22/02270

Ondertekening Arrest

ECLI:NL:HR:2024:1074

