



De privé-kopie binnen het auteursrecht: een heffing, verbod of op slot?



Privé-kopie

Scriptie Master Rechtsgeleerdheid

De privé-kopie binnen het auteursrecht: een heffing, verbod of op slot?

Door:

Dhr. Henne Verhoef

studentnummer 851192665

Begeleiding:

Prof. mr. J. Rinkes

Open Universiteit

Amsterdam, 1 december 2013

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	2
2.	De privé-kopie	6
2.1.	Grondslag	6
2.2.	Ontstaansgeschiedenis	8
2.3.	Juridische positie	9
2.4.	De privé-kopie beperking onder druk	11
2.5.	De toekomst van de privé-kopieën	15
3.	Grenzen aan de Nederlandse thuis kopieheffing	17
3.1.	De Nederlandse thuis kopieheffing	17
3.2.	De Auteursrecht richtlijn	20
3.3.	De toetsing van de Nederlandse privé-kopie beperking	27
3.4.	Balans	34
4.	Auteursrechtelijke verboden op het internet	35
4.1.	Inleiding	35
4.2.	Huidige mogelijkheden om auteursrecht inbreuken te verbieden	36
4.3.	Uitbreiding van auteursrechtelijke handhaving door middel van een downloadverbod	40
4.4.	Balans	45
5.	De privé-kopie binnen Digital Rights Management systemen	47
5.1.	Inleiding	47
5.2.	Huidige positie van technische voorzieningen ten opzichte van de privé-kopie beperking	48
5.3.	De mogelijkheid een privé-kopie te maken binnen DRM systemen	53
5.4.	Balans	60
6.	Conclusie	61
7.	Bronnen	68

1. Inleiding

“Please don't steal my movie. I never stole anything from you guys. The writer and the producers and myself, put our pay checks back into this film, so we could make it happen. If you gonna steal it, at least come to my home and try to steal it from here.”¹

Deze reactie plaatste regisseur Jason Eisener onder de link naar de download van zijn film *Hobo with a Shotgun* op de website van The Pirate Bay. U zult dit citaat voor waar moeten aannemen, want inmiddels is de website van The Pirate Bay in Nederland voor de meeste internetgebruikers niet meer beschikbaar. De grootste internet service providers zijn door de rechter na verzoek van stichting BREIN, een belangenorganisatie voor rechthebbenden, gedwongen deze website te blokkeren. Maar daarover later meer. Voor nu ga ik terug naar de discussie die als gevolg van de bovenstaande reactie ontstond. Het verzoek van Eisener werd beantwoord door vele gebruikers van The Pirate Bay. Sommigen stellen dat Eisener blij moet zijn met de gratis publiciteit. De film staat immers in de top honderd meest gedownloadde films. Ook zou de waardering van de film op de website van IMDB (een website over films met een populair forum) met een procentpunt zijn gestegen sinds de film te downloaden is via websites zoals The Pirate Bay. Andere gebruikers stellen dat het feit dat downloaders de film nu op hun harde schijf hebben staan, niet hoeft te betekenen dat ze de DVD niet gaan kopen wanneer deze uitkomt. Zo reageert de gebruiker Chaps24:

1

http://thepiratebay.sx/torrent/6293096/Hobo_With_A_Shotgun_2011_HDTV_Rip_Xvid_AC3_LKRG

'You wouldn't go to a clothing store and buy a shirt if you didn't know if it would fit; I wouldn't buy a car without test driving it, and I feel exactly the same way about movies. If you produce a piece of garbage and you waste my time, then that is all the payment you will get. If however, it 'fits me' and I like it, then I'll buy it to (show my) support and have it to watch when I want to again.'²

Anderen zeggen dat de film niet in een bioscoop in hun buurt komt te draaien. Er zijn ook gebruikers die stellen dat ze überhaupt geen geld aan de film zouden hebben uitgegeven, en dat Eisener aan hen dus geen klanten verliest. Als laatste zijn er ook gebruikers die van mening zijn dat de Eisener, als onderdeel van de film- en entertainmentindustrie aan de lopende band van hen steelt door veel te dure CDs, DVDs, bioscoopkaartjes en merchandise op de markt te brengen. Hij zou zich niet met geld moeten bezighouden, maar hij zou zich beter kunnen concentreren op zijn passie voor film, en blij moeten zijn met het feit dat zoveel mensen zijn film zien. Eisener reageert hierop:

'This movie is no where near close to a Hollywood film. Some people have a skewed view of the independent film world. If our film doesn't make its money back, it would be hard to make another film and pay everyone. We all have to pay rent and heat. I'm new to this, I appreciate people wanting to see my film. I just hope you guys spread the word about the dvd/blu ray or when it comes out in theatres.'

Ook wijst hij erop dat het niet waar is dat de film niet te zien zou zijn, als deze niet in een bioscoop in de buurt te zien is; de film is online tegen betaling te streamen. Het bekijken van films op dergelijke Video on Demand (VOD) platforms verloopt echter niet altijd zonder problemen, legt de gebruiker met de gebruikersnaam dspoh uit:

'I went and looked for an alternative, legal way of viewing your film. I'll always try to support indie filmmakers. iTunes had it available for a rental for ten dollars, so I thought I show my support by getting it there. However, after waiting patiently for the movie to download I went to plug my laptop in our living room projector. I rarely watch movies alone and was looking forward to watching this film with my roommates. After pressing play in iTunes, a message came up claiming that we could not watch the film as long as it was hooked up to our projector due to "digital property licensing" (...) This is a perfect example why people pirate. I know you have no control over iTunes licensing rules, but if the industry does not ease up with these restrictions, they won't be able to keep up with the digital age.'³

De bovenstaande discussie geeft een indruk van de problematiek die is ontstaan met de opkomst van het internet. Als gevolg van de digitale netwerk communicatie is het gebruikelijk dat een populaire film, e-book, of een muziekalbum via het internet wordt aangeboden en gekopieerd naar de computer van een consument, zonder dat hiervoor toestemming van de rechthebbende is verkregen. In Nederland valt het maken van een dergelijke kopie door de consument onder de privé-kopie

² http://thepiratebay.sx/torrent/6293096/Hobo_With_A_Shotgun_2011_HDTV_Rip_Xvid_AC3_LKRG

³ http://thepiratebay.sx/torrent/6293096/Hobo_With_A_Shotgun_2011_HDTV_Rip_Xvid_AC3_LKRG

bepanking (art. 16c Auteurswet). De auteursrechthebbende ontvangt via een heffing op DVDs en CD-ROMs compensatie voor deze kopieën. Deze heffing is onlangs uitgebreid naar computers, laptops, smartphones en tablets. Het is dus voor de rechthebbende in Nederland niet zo, zoals Chaps24 stelt, dat z'n 'waste of time all the payment is that you will get'. Iedereen die een elektronisch apparaat aanschaft, waarmee ook auteursrechtelijke werken kunnen worden afgespeeld, betaald een vergoeding aan auteursrechthebbenden. Een voortgang van deze ontwikkeling zal er echter wel toe leiden dat het huidige auteursrechtelijke stelsel, waarbij een rechthebbende een exclusief verbodsrecht heeft jegens personen die inbreuk maken op zijn auteursrecht, wordt vervangen door een systeem, waarbij de rechthebbende deze privé-kopieën moet toestaan en voor de beperking van het auteursrecht compensatie ontvangt door middel van een collectieve heffing.

Niet iedereen is voorstander van een uitbreiding van de thuiskopieheffing. Er gaan in de politiek ook stemmen op om in plaats van een uitbreiding van het stelsel van heffing het exclusieve verbodsrecht te versterken door een betere handhaving van het auteursrecht mogelijk te maken. Tegen het delen en distribueren van auteursrechtelijk beschermde werken door consumenten via het internet moet gemakkelijker kunnen worden opgetreden. Staatssecretaris Teeven sprak zich in 2012 uit voor een zogenaamd downloadverbod. Dit verbod zou moeten komen naast de reeds bestaande mogelijkheden waarmee een rechthebbende zijn auteursrecht online kan beschermen (zoals bijvoorbeeld via de hierboven beschreven blokkade van de website van The Pirate Bay). Teeven heeft voor het voorstel tot op heden geen meerderheid in het parlement weten te vinden. Tegenstanders stellen dat dit verbod een ongewenste inperking van de privacy van internetgebruikers zou betekenen.

De Europese wetgever heeft zich met de invoering van de Auteursrechtlijn met name uitgesproken voor de ontwikkeling en bescherming van technische voorzieningen waarmee de rechthebbende zelf de toegang tot en controle over het auteursrechtelijke werk feitelijk kan handhaven. Hiermee wordt het onmogelijk werken te kopiëren zonder dat de rechthebbende hiertoe toestemming heeft gegeven en voor zover de technische voorzieningen dit mogelijk maken. Uit de discussie tussen gebruikers van The Pirate Bay en de regisseur van de film *Hobo with a Shotgun* blijkt dat deze film ook legaal wordt aangeboden, maar dat de technische voorzieningen, die in het kader van de licentievoorwaarden door aanbieders worden gehanteerd, bij consumenten tot onvrede kunnen leiden.

De bovenstaande fricties hebben geleid tot de formulering van de volgende probleemstelling:

Op welke wijze dient de auteursrechtelijke privé-kopie beperking te worden vormgegeven, zodat de rechthebbende de exploitatie van het werk kan bepalen, en de consument zo vrij mogelijk binnen zijn persoonlijke levenssfeer over het werk kan beschikken?

Ter beantwoording van deze vraag zal ik allereerst een overzicht geven van de ontwikkeling van de positie van de privé-kopie binnen het auteursrecht (hoofdstuk 2). Daarna wordt ingegaan op de vraag of de huidige, voor Nederland van toepassing zijnde, wetten en verdragen de mogelijkheid bieden voor een collectieve heffing van het auteursrecht (hoofdstuk 3). Vervolgens komt een uitbreiding van het bestaande exclusieve verbodsrecht aan de orde. De vraag is of deze uitbreiding noodzakelijk is en of het strijdigheid met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan opleveren (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 wordt de positie van de privé-kopie beperking ten opzichte van auteursrechtelijke handhaving ondersteund door technische voorzieningen onderzocht. Kan de consument nog wel voldoende over het werk beschikken? Als laatste worden in hoofdstuk 6 de aan het einde van de hoofdstukken 3 t/m 5 opgenomen balansen in onderling verband besproken. Aan de hand hiervan wordt de probleemstelling beantwoord. Het onderzoek verloopt aan de hand van de bestudering van het positieve recht in de vorm van wetten, verdragen, richtlijnen, en jurisprudentie. Daarnaast zal ik wetenschappelijke literatuur raadplegen. Met behulp van deze bronnen wens ik niet alleen te beschrijven wat het geldende recht is, maar ook een normatieve wetenschappelijke bijdrage te leveren over hoe de privé-kopie beperking zou moeten worden vormgegeven.

2. De privé-kopie

2.1. Grondslag

Het auteursrecht beschermt originele uitingen van de menselijk geest en geeft hiertoe de rechthebbende van het werk een exclusief verbodsrecht. De rechthebbende heeft het recht het werk te verveelvoudigen en openbaar te maken. Jegens een ander die handelt in strijd met dit exclusieve recht, kan de rechthebbende gebruik maken van zijn verbodsrecht. De wetgever heeft dit auteursrechtelijke verbodsrecht ingevoerd ter stimulering van het ontstaan en circuleren van creatieve werken. Met behulp van de monopolie op het openbaar maken en reproduceren van het werk, wordt de maker in de gelegenheid gesteld zich als oorsprong te verbinden aan het werk. Daarnaast maakt het auteursrecht het mogelijk om een werk commercieel te exploiteren, waarmee de maker voor zijn creatieve inspanning kan worden beloond. Het auteursrecht is een sterk recht, maar de monopolie op het werk is niet onbegrensd. Zo vallen niet alle handelingen met het werk onder het auteursrechtelijk verbodsrecht. Bij het lezen van een boek is bijvoorbeeld geen sprake van verveelvoudiging of openbaarmaking. Het auteursrechtelijk verbodsrecht is van oudsher gekoppeld aan de exploitatie van het werk. Vroeger heette het in Nederland dan ook kopijrecht en in het Engels heet het auteursrecht nog steeds copyright. Verder is het auteursrecht territoriaal begrensd. Al geven internationale verdragen auteursrechtelijke werken in of uit het buitenland gelijkwaardige bescherming, het territorialiteitsbeginsel maakt dat alleen de feiten, die zich binnen de landsgrenzen voordoen, kunnen

worden beoordeeld⁴. Ook is het exclusieve verbodsrecht beperkt in tijdsduur; 70 jaar na de dood van de maker houdt het recht op te bestaan en gaat het werk over in het publieke domein. Als laatste heeft de wetgever in enkele specifieke gevallen uitzonderingen toegestaan op het auteursrecht. Zo bestaat er het recht te citeren uit een werk (artikel 15a Aw), het werk te parodiëren (artikel 18b Aw), de mogelijkheid van het maken van een privé-kopie (artikel 16c Aw), een werk te raadplegen in een museum of bibliotheek (artikel 15H Aw), of het werk te gebruiken voor onderwijsdoeleinden (artikel 16 Aw). In dit onderzoek staat de positie van de privé-kopie centraal.

De beweegredenen voor het instellen van de privé-kopie beperking kunnen worden gevonden in de belangrijkste grondslagen van het auteursrecht, zoals Grosheide deze heeft ingedeeld bij zijn behandeling van het Nederlandse auteursrecht⁵. Allereerst komt het auteursrecht voort uit een bescherming van het recht van persoonlijkheid. Zo heeft de auteur recht op naamsvermelding, en kan deze zich verzetten tegen aantasting van zijn werk (artikel 25 Aw). Tegelijkertijd heeft ook de eindgebruiker recht op een bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer, en zou deze hierbinnen zonder inmenging van een auteursrechthebbende het werk mogen gebruiken. Ten tweede wordt het auteursrecht ingegeven door een behoefte aan rechtvaardigheid. Zo kan worden gesteld dat het auteursrecht niet is ingesteld door de mens, maar een uiting is van het menselijk juridisch bewustzijn. In dit verband is het van belang op te merken dat in de meeste Europese landen het geldend recht is, dat het naast het exclusieve verbodsrecht is toegestaan dat een individu een privé-kopie maakt onder voorwaarde van de betaling van een (redelijke) vergoeding aan de maker die wordt geïnd door middel van een heffing op blanco dragers⁶. Ten derde kan als beweegreden voor auteursrecht worden gewezen op de culturele aspecten ervan. Enerzijds wordt auteursrecht gezien als motor van vrijheid van meningsuiting. Door het auteursrecht wordt de maker gestimuleerd werken te creëren en verspreiden, waarmee kennis zich kan ontwikkelen en cultuur wordt bevorderd. Anderzijds dient in hetzelfde verband transformatief gebruik van werken mogelijk te zijn. Het gebruik van bestaande werken is een belangrijk onderdeel van de bekwaming van toekomstige auteurs. *Imitatio et aemulatio* (imiteren en overtreffen), zoals het Latijnse adagium stelt met betrekking tot de ontwikkeling van een leerling. Of specifiek met betrekking tot auteursrecht, zoals Hugenholtz en Helberger stellen: 'The law of copyright must also allow prospective authors to "stand on the shoulders of giants" and freely engage in transformative uses of works of authorship'⁷. Ten vierde is auteursrecht gebaseerd op

⁴ C. Alberdingk Thijm, 'Auteursrecht tussen auteur, exploitant en consument', in: De toekomst van het auteursrecht: bijdragen symposium 15-10-2004 (Huizer, e.a.). Amsterdam, 2004, p. 14.

⁵ F. Willem Grosheide, *Auteursrecht op Maat: beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in rechtspolitieke context*. Deventer, Kluwer 1986. p. 128-145

⁶ Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007. p. 1070.

⁷ Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European

economische motieven. Het auteursrecht maakt informatie, wat eigenlijk een publiek goed is, tot een verhandelbaar goed. Hiermee wordt efficiëntie en competitie op informatie markten gerealiseerd. Ook zijn er economische argumenten die kunnen worden gebruikt in het kader van de privé-kopie beperking. De heffing zorgt voor inkomsten voor de maker, maar tegelijkertijd kan gesteld worden dat de exploitatie van het werk erdoor wordt beperkt.

2.2. Ontstaansgeschiedenis

Tot 1950 was kopiëren binnen de privé sfeer geen controversiële zaak. Oorspronkelijk was de beperking van de privé kopie slechts opgesteld als een zogenaamde 'de minimis' bepaling⁸. Dit houdt in dat de auteur of rechthebbende bij slechts gering nadeel geen recht op handhaving heeft. Als een natuurlijk persoon bijvoorbeeld thuis een muziekstuk kopieert, om mee te oefenen en te bewerken, dan heeft de rechthebbende niet het recht deze reproductie in de persoonlijke levenssfeer te verbieden, omdat het nadeel dat de rechthebbende ervan ondervindt zeer klein is. Pas na opkomst van de kopieermachine en opnameapparatuur is het voor consumenten mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken zonder veel inspanning te kopiëren en dupliceren. Vanaf dat moment wordt de privé-kopie beperking als een bedreiging gezien door de exploitanten van auteursrechtelijk beschermde werken. In Duitsland werd in 1955 in het kader van het Tonband arrest voor het eerst bepaald dat het maken van een privé-kopie in strijd kan zijn met het auteursrechtelijke verbodsrecht. In dit arrest oordeelde het Bundesgerichtshof dat het maken van een privé opname door middel van opname apparatuur een inbreuk was op het auteursrecht:

'Nach dem Grundgedanken des Urheberrechtes, das vor allem auch die wirtschaftlichen Belange des geistig Schaffenden sichern will, ist bei einem solchen Interessenwiderstreit zwischen der schöpferischen Sphäre des Urhebers und der privaten Sphäre des Werknutzers vielmehr der schöpferischen Sphäre, ohne die eine Werknutzung überhaupt nicht möglich wäre, der Vorzug zu geben'⁹

De Duitse overheid stelt vervolgens naar aanleiding van het arrest een regeling in, waarin wordt geregeld dat opname apparatuur slechts mag worden verkocht aan zichzelf legitimerende kopers. Deze regeling wordt in een daaropvolgende rechtszaak als strijdig met het grondwettelijke recht op privacy beoordeeld. Het Bundesgerichtshof is van mening dat het recht van de auteursrechthebbende niet illusoir dient te worden en geeft de Duitse regering een alternatief om de rechthebbende in ieder geval niet met lege handen achter te laten. Het hof doet in haar uitspraak de aanbeveling aan de

Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007. p. 1070.

⁸ Dirk Visser, 'Private Copying', in: *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012* (red. B. Hugenholtz). Amsterdam, deLex, 2012, p. 413-441.

⁹ Bundesgerichtshof 18 mei 1955, I ZR 8/54.

wetgever de compensatie te regelen via een heffing bij verkoop van opname apparatuur:

'Sollten sich gangbare und die Allgemeinheit nicht über Gebühr belastende Wege, gegenüber den privaten Nutzern der Geräte, den Anspruch auf die Vervielfältigungsgebühr zu verwirklichen, nicht auffinden lassen, so bleibt der Klägerin die Möglichkeit, der Beklagten den Vertrieb der Tonbandgeräte nur unter der Voraussetzung zu gestatten, daß sie ihrerseits die Vervielfältigungsgebühren durch ein angemessenes Pauschalentgelt ablöst. (...) Für die Klägerin würde diese Lösung der Vergütungsfrage freilich bedeuten, daß sie sich wohl mit einer einmaligen Pauschalgebühr für jedes Gerät zufrieden geben müßte, während sie gegenwärtig von den Gerätebenutzern eine jährliche Lizenzgebühr fordert, wobei offenbleiben kann, ob neben den Lieferanten von Tonbandgeräten auch diejenigen von Tonbändern (vgl. dazu BGH GRUR 1964, 91) auf Zahlung eines entsprechenden Anteils der Vergütung herangezogen werden könnten.'¹⁰

Het heffingstelsel met betrekking tot opname apparatuur wordt een jaar later in Duitsland ingesteld. Twintig jaar later wordt de heffing in Duitsland uitgebreid tot blanco dragers. De meeste Europese landen, waaronder Nederland, volgen het Duitse voorbeeld¹¹. In Nederland geldt sinds de wijziging van de Auteurswet van 30 mei 1990 een heffing op audio- en video-opnamebanden.

2.3. Juridische positie

De privé-kopie beperking is binnen de Nederlandse wetgeving door middel van artikel 16c lid 1 Aw vormgegeven:

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet 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.

Het tweede lid van artikel 16c voegt daaraan toe dat voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, een billijke vergoeding ten behoeve van de maker of diens rechtsverkrijgenden verschuldigd is. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid. Door middel van een algemene maatregel van bestuur kunnen voorwerpen worden aangewezen, en de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding worden bepaald (lid 6).

Artikel 16c van de Auteurswet heeft zijn huidige vorm te danken aan de implementatie van de richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei

¹⁰ Bundesgerichtshof 29 mei 1964, Ib ZR 4/63.

¹¹ Dirk Visser. *Auteursrecht op toegang: De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*. Den Haag, VUGA Uitgeverij, 1997. p.48.

2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna Auteursrechtlijn (ARI)). De Auteursrechtlijn vormt de Europese codificatie van het in 1996 gesloten Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT)¹². Zoals uit de naamgeving blijkt, is de richtlijn ingesteld om op Europees niveau verschillende auteursrechtelijke aspecten te harmoniseren. Dat werd nodig geacht omdat men het wenselijk achtte dat het volledige potentieel van de digitale netwerk omgeving zou worden benut. Ook zouden auteursrechtelijk beschermde werken door de opkomst van het internet in toenemende mate in immateriële vorm over de landsgrenzen van de lidstaten van de Europese Unie worden aangeboden en verhandeld. Omdat dit raakt aan de interne markt, zag de Europese wetgever zich bevoegd een richtlijn op te stellen waarmee verschillende auteursrechtelijke aspecten op Europees niveau zouden worden geharmoniseerd¹³. De Europese wetgever benadrukte hierbij ook de potentie van de nieuwe technologie: 'Belangrijke verschillen in het recht en onzekerheden ten aanzien van de bescherming kunnen de verwezenlijking van schaalvoordelen voor nieuwe producten en diensten, waarvan de inhoud door het auteursrecht en de naburige rechten wordt beschermd, verhinderen.'¹⁴ Met betrekking tot de beperkingen van het auteursrecht wordt in de preambule van de Auteursrechtlijn gesteld dat gezien de toenemende gevolgen hiervan bij grensoverschrijdende exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken, de beperkingen strikt en aan de hand van de gevolgen voor een goede werking van de interne markt dienen te worden geharmoniseerd. De beperkingen, die zijn toegestaan, staan uitputtend opgesomd in artikel 5 van de richtlijn. De privé-kopie beperking is gereguleerd in lid 2 sub b:

De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van (...) de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik 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.

In de richtlijn is bewust een scheiding gemaakt tussen het maken van een reproductie op een analoge drager (sub a) en een digitale drager (sub b). De gevolgen van de privé reproductie op digitale dragers werd door de Europese wetgever van grotere invloed geacht op de werking van de interne markt¹⁵. De

¹² Overweging 15 en 44 van 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.

¹³ Overweging 1, 3 en 5 van 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

¹⁴ Overweging 6 van 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

¹⁵ Overweging 38 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de

Nederlandse wetgever implementeerde de richtlijn dan ook door dit onderscheid te maken en de privé reproductie op analoge dragers in artikel 16b en die op digitale dragers in artikel 16c Auteurswet te vervatten. De Auteursrechtlijn stelt verder in artikel 5 lid 5 dat een beperking slechts mag worden toegepast in bijzondere gevallen, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Dit, op artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunst gebaseerde, vereiste wordt ook wel de drie-stappentoets genoemd. Door de toelaatbaarheid van beperkingen te koppelen aan deze toets is de wetgever gehouden enkel beperkingen toe te staan voor zover deze het auteursrecht als exclusief verbodsrecht niet illusoir maken. Ten derde stelt de richtlijn specifiek aan de privé-kopie beperking het vereiste dat bij de vaststelling van de billijke compensatie, waartoe de rechthebbende op grond van de beperking gerechtigd is, rekening dient te worden gehouden met het al dan niet toepassen van technische voorzieningen op het betrokken werk of materiaal.

2.4. De privé-kopie beperking onder druk

In eerste instantie zijn er weinig problemen bij de inning van de heffing bij de fabrikanten van blanco dragers. Er wordt door de Minister van Justitie een overlegorgaan, genaamd Stichting Onderhandeling Thuiskopievergoeding (SONT), vastgesteld waarin rechthebbenden (auteurs en uitvoerenden) en betalingsplichtigen (fabrikanten en importeurs) in overleg de voorwerpen bepalen waarop een heffing zou moeten worden toegepast en welke hoogte deze heffing zou moeten hebben. Indien dit overlegorgaan niet tot overeenstemming weet te komen, doet de onafhankelijke voorzitter een advies aan de Minister van Justitie op basis waarvan de heffingsstarieven dienen te worden vastgesteld. In de loop van de jaren '90 neemt het aantal (met name buitenlandse, niet in de heffingsonderhandelingen betrokken) importeurs, en de onderlinge concurrentie toe. Mede hierdoor daalt de prijs van de dragers drastisch en gaat de heffing een groot percentage van de verkoopprijs van blanco dragers vormen. Deze factoren hebben tot gevolg dat de weerstand van de betalingsplichtigen tegen de regeling toeneemt¹⁶. Daarnaast volgen technologische ontwikkelingen met betrekking tot audiovisuele media elkaar aan het einde van de 20e eeuw in rap tempo op. Met behulp van de digitale media in de jaren '80 en '90, zoals DVDs en CDs, was het voor consumenten al eenvoudig geworden auteursrechtelijk beschermde werken te kopiëren met dezelfde kwaliteit als het origineel. Omstreeks de eeuwwisseling ontwikkelt digitale technologie zich verder. Het wordt voor de consument mogelijk om zonder tussenkomst van een fysieke kopie werken te kopiëren naar digitale informatie dragers, zoals MP3

¹⁶ harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij
Dirk Visser, 'Private Copying', in: *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012* (red. B. Hugenholtz).
Amsterdam, deLex, 2012, p. 413-441.

spelers. Rechthebbenden willen daarom dat de voorwerpen die onder de heffing vallen worden uitgebreid, aangezien steeds minder vaak blanco dragers worden gebruikt voor het maken van een privé kopie. In 2004 doet stichting ThuisKopie een poging de voorwerpen, die onder de heffing vallen, uit te breiden. De betalingsplichtigen en rechthebbenden bereiken hierover geen overeenstemming. De Minister van Justitie besluit in 2007 de thuisKopieheffing tot nader orde te bevriezen. Deze gaat hiertoe over vooral omdat er behalve veel kritiek op de regeling als geheel, ook ophef is ontstaan over onverdeelde gelden uit de geïnde heffingen¹⁷. In 2012 oordeelt het Hof 's Gravenhage in een rechtszaak aangespannen door stichting Norma (één van de collectieve beheerorganisaties namens rechthebbenden) tegen de Nederlandse Staat dat de Nederlandse overheid het huidige stelsel niet in stand mag houden. Het hof stelt stichting Norma in het gelijk en bepaalt dat uit het systeem van de Auteursrechtlijn, zoals uitgelegd door het HvJEU, volgt dat een lidstaat die het ongeautoriseerd maken van een privé-kopie mogelijk maakt, ervoor moet zorg dragen dat de rechthebbende daarvoor een billijke compensatie ontvangt en dat die billijke compensatie het (mogelijke) nadeel moet vergoeden dat de rechthebbende door de betrokken reproductiehandeling lijdt¹⁸. Aangezien de Nederlandse staat enkel een heffing toepasselijk stelt op blanco dragers, en niet op digitale audiospelers en digitale videorecorders, terwijl deze apparaten in de praktijk voor een meer dan verwaarloosbaar deel voor het kopiëren van beschermd materiaal wordt benut, zou er sinds 2007 geen sprake meer zijn van een billijke vergoeding voor de rechthebbenden. Het hof stelt bovendien dat uit Europese jurisprudentie blijkt dat een lidstaat niet alleen de verplichting op dat de billijke compensatie daadwerkelijk wordt geïnd, maar ook dat deze compensatie niet door middel van een incoherent en niet-geharmoniseerd systeem mag innen. Als een lidstaat een privé-kopie beperking heeft, dan dient hierbij te zijn bepaald dat over de voorwerpen die daadwerkelijk voor het maken van een privé-kopie gebruikt worden een vergoeding worden geheven¹⁹. Nederland mag dus niet de heffing verhogen, zonder de voorwerpen te wijzigen, om zo de compensatie billijk te maken. Met deze uitspraak ziet de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid Fred Teeven zich in 2012 genoodzaakt om de privé-kopie beperking te wijzigen.

Behalve dat de voorwerpen waarop auteursrechtelijk materiaal kan worden opgeslagen door de ontwikkeling van digitale technologie worden gewijzigd, wordt het door de opkomst van het internet ook mogelijk kopieën van audiovisuele werken gemakkelijk met andere consumenten te delen. Er ontstaan in de jaren 2000 verschillende toepassingen waarmee dit kan, zoals bijvoorbeeld via KaZaa, Pirate Bay, Napster, Megaupload, Bittorent, etc. Via dergelijke diensten worden onder andere

¹⁷ Dirk Visser, 'Private Copying', in: *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012* (red. B. Hugenholtz). Amsterdam, deLex, 2012, p. 413-441.

¹⁸ Gerechtshof 's Gravenhage 27 maart 2012. LJN BV9880. r.o. 3.4.

¹⁹ Gerechtshof 's Gravenhage 27 maart 2012. LJN BV9880. r.o. 3.13.

auteursrechtelijk beschermde werken van computers van andere consumenten op afstand naar de personal computer van consumenten gekopieerd (en vice versa). Uit een recent onderzoek uitgevoerd door CentERData en IViR blijkt dat tenminste een kwart van de respondenten op dergelijke wijze auteursrechtelijk beschermd materiaal voor privé gebruik kopieert²⁰. Binnen het huidige Nederlandse recht valt niet alleen het voor privé gebruik kopiëren van een legaal aangeboden, vervaardigd, en verkregen origineel, onder de werking van artikel 16c Aw. Maar ook het kopiëren van een illegaal exemplaar, bijvoorbeeld door middel van het downloaden van een werk via een file sharing dienst, is op basis hiervan toegestaan. De redenering erachter was dat als dit downloaden niet onder thuiskopie beperking viel, dergelijke kopieën ook niet in aanmerking zouden kunnen worden genomen bij de bepaling van de hoogte van de heffing op blanco dragers²¹. De toenmalige Minister van Justitie J.P.H. Donner zei in 2003:

'Dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron. Het feit dat een heffing is betaald legitimeert overigens niet dat een kopie daarvan vervolgens in omloop of anderszins in het verkeer wordt gebracht²².

De laatste volzin is inderdaad conform het bepaalde in artikel 16c lid 1 Aw waarin is gesteld dat de gebruiker alleen voor zichzelf kopieën mag maken, en niet voor een ander. Daarnaast stelt artikel 16c lid 7 Aw dat de gebruiker de gemaakte kopieën ook niet mag afgeven aan een derde²³. Het Gerechtshof in Den Haag schaarde zich in 2010 in twee uitspraken achter de mening van de Minister van Justitie dat de rechthebbende gebaat is bij het toestaan van het downloaden uit illegale bron. Het hof stelt dat een verbod niet te handhaven zou zijn, en dat de rechthebbende op deze wijze tenminste nog een compensatie ontvangt²⁴. Het hof stelt daarnaast dat het rechtmatig achten van downloaden uit illegale bron door het onder de privé-kopie beperking te scharen, gezien de betrokken omstandigheden, niet in strijd met de drie-stappentoets is. En als er wel een conflict zou zijn met de legitieme belangen van de rechthebbende, dan is de afstand tussen hetgeen de Auteursrechtlijn

²⁰ Joost Poort & Jorna Leenheer, *Filesharing 2012: Downloaden in Nederland*. Amsterdam, CentERdata (IVIR), 16 oktober 2012. p. 8.

²¹ Spoor, Verkade, en Visser. *Auteursrecht: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*. Deventer, Kluwer, 2005. p. 272.

²² Kamerstukken II 2002/2003 Wetsvoorstel 28.482, nr. 8. p.13.

²³ Spoor, Verkade, en Visser. *Auteursrecht: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*. Deventer, Kluwer, 2005. p. 271-272.

²⁴ Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010. LJN BO3982, r.o. 7.13. & Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010. LJN BO3980, r.o. 5.13.

voorschrijft en hetgeen het Nederlandse recht inhoudt zo groot, dat de grens van richtlijnconforme interpretatie is bereikt. In één van de twee procedures wordt om cassatie verzocht. De Hoge Raad oordeelt dat verschillende onderdelen van procespartijen vragen van uitleg van de Auteursrechtlijn aan de orde stellen, die in de rechtspraak van het HvJEU tot dusverre geen beantwoording hebben gevonden²⁵. Daarom stelt de Hoge Raad samengevat de volgende, op het downloaden uit illegale bron toepasselijke, prejudiciële vragen: 1) Vallen kopieën ongeacht of deze gemaakt zijn van een rechtmatig verkregen bron onder de thuiskopie beperking, of enkel die zijn gemaakt op rechtmatig verkregen bron? 2a) Als enkel kopieën van rechtmatige bron onder de beperking zijn toegestaan, kan de drie-stappentoets ervoor zorgen dat een beperking wordt uitgebreid? Het zou immers in het voordeel van de rechthebbende kunnen zijn dat het downloaden uit illegale bron onder de privé-kopie beperking valt, omdat de rechthebbende hierdoor in ieder geval gecompenseerd wordt. 2b) Als enkel kopieën van rechtmatige bron onder de beperking zijn toegestaan, is een stelsel dat billijke vergoeding heft ongeacht of deze zijn gemaakt uit een rechtmatig verkregen bron, in strijd met de Auteursrechtlijn of een andere regel van Europees recht? Is voor beantwoording van deze vraag nog van belang dat technische voorzieningen om het maken van ongeoorloofde privé-kopieën tegen te gaan (nog) niet beschikbaar zijn?²⁶ Ondanks het feit dat rechthebbenden een compensatie ontvangen voor de beperking van hun auteursrecht, zijn er verschillende rechthebbenden(organisaties) die menen dat zij doordat downloaden uit illegale bron onder privé-kopie beperking valt onredelijk worden benadeeld in de uitoefening van het auteursrecht. Door zich in gerechtelijke procedures te beroepen op de Auteursrechtlijn proberen zij de Nederlandse overheid te dwingen de stellingname over het downloaden uit illegale bronnen te wijzigen.

In lijn met de laatste volzin van de laatste prejudiciële vraag van de Hoge Raad komt de privé-kopie regeling ten derde in toenemende mate onder druk te staan door de mogelijkheid dat het auteursrecht feitelijk kan worden gehandhaafd door het gebruik van technische voorzieningen waarmee de toegang tot en controle over het werk kan worden gereguleerd. De rechthebbenden kan door middel van deze voorzieningen voor de in handel gebrachte kopieën bepalen of, op welke wijze, en hoe vaak een werk kan worden gekopieerd. De Europese wetgever heeft een belangrijke positie ingeruimd voor deze technische voorzieningen. Dit blijkt uit het feit dat artikel 6 lid 1 en 2 Auteursrechtlijn bepaalt dat Lidstaten dienen te voorzien in een passende rechtsbescherming tegen het verbreken van deze technische voorzieningen (en de handel in middelen die dit verbreken mogelijk maken). In relatie tot de mogelijkheid van het maken van een privé-kopie valt op dat de

²⁵ HR 21 september 2012, LJN BW5879, r.o. 5.2.2 & 5.4.5

²⁶ HR 21 september 2012, LJN BW5879, r.o. 7.

Europese wetgever voorrang geeft aan de ontwikkeling van technische voorzieningen²⁷. Zo dienen Lidstaten op grond van artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn bij het bepalen van de billijke compensatie inzake de privé-kopie, rekening te houden met het al dan niet toepassen van technische voorzieningen op het betrokken werk of materiaal. Daarnaast stelt de richtlijn dat de diverse beperkingen uit artikel 5 bij de toepassing van technische voorzieningen dienen te worden gewaarborgd. De privé-kopie beperking mag in het kader van technische voorzieningen slechts door lidstaten worden gereguleerd voor zover dit niet reeds door de rechthebbenden door middel van de technische voorzieningen (eventueel onder voorwaarden) heeft toegestaan.²⁸ Ook al lijkt de ontwikkeling van technische voorzieningen te zijn achtergebleven bij de verwachting van de Europese wetgever, toch is de Nederlandse overheid gehouden rekening te houden met de ontwikkeling van de technische voorzieningen bij het reguleren van de privé-kopie.

2.5. De toekomst van de privé-kopie

Om te voldoen aan de uitspraak van het Hof 's Gravenhage²⁹ dat de Nederlandse overheid niet langer de voorwerpen die onder de thuiskopieheffing vallen mag beperken tot blanco dragers, heeft staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven met betrekking tot 2013 een AMvB opgesteld, waarmee de voorwerpen, waarover fabrikanten en importeurs een thuiskopie heffing verschuldigd zijn, is uitgebreid naar externe harde schijven, audio-/videospelers, hard disk recorders, tablets, laptops en pc's. Onlangs is deze wijziging en uitbreiding in voorwerpen gecontinueerd tot 2016. In hoofdstuk 3 wordt antwoord gegeven op de vraag in hoeverre deze aangepaste thuiskopieheffing voldoet aan de Auteursrechtlijn en hetgeen het Europees Hof van Justitie hieromtrent heeft bepaald. Daarnaast zal de regulering van de privé-kopie door middel van een heffing meer algemeen en op langere termijn tegen het licht worden gehouden.

In plaats van het bovengenoemde besluit had de staatssecretaris in het kader van het downloaden uit illegale bron liever een civielrechtelijk downloadverbod ingevoerd. Door middel van een dergelijk verbod zouden rechthebbenden in staat worden gesteld om het aan rechthebbenden voorbehouden reproductierecht te handhaven door de consument in en buiten rechte te verbieden het werk uit illegale bron te kopiëren, en civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor hierdoor geleden schade. Nadat een wetsvoorstel hiervoor in 2011 niet tot stand kwam, omdat een meerderheid van de Tweede Kamer hier uiteindelijk tegen was, leek er eind 2012 opnieuw ruimte te zijn voor het vormen

²⁷ Dirk Visser, 'Private Copying', in: *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012* (red. B. Hugenholtz). Amsterdam, deLex, 2012, p. 413-441.

²⁸ Overweging 52 en artikel 6 lid 4, 2e alinea van 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

²⁹ Gerechtshof 's Gravenhage 27 maart 2012. LJN BV9880. r.o. 3.13.

van een wetsvoorstel voor een civielrechtelijk downloadverbod³⁰. Hoewel een meerderheid op lange termijn aangeeft niets te zien in de thuis kopieheffing, is er geen bereidheid om het auteursrechtelijk verbod te handhaven jegens consumenten die een kopie uit een niet rechtmatig verkregen bron downloaden. Tegenstanders kennen in de afweging tussen het 'recht van intellectueel eigendom' versus het recht op de eerbiediging van de persoonlijk levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting meer gewicht toe aan deze laatste twee grondrechten³¹. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op het door staatssecretaris Teeven gewenste downloadverbod, en staan vragen centraal als: welke vruchten heeft deze vorm van auteursrechtelijke handhaving in andere rechtsstelsels opgeleverd,? Zou het downloadverbod in Nederland moeten worden ingevoerd? En hoe verhoudt het zich tot de in het Nederlands en Europees recht geldende grondrechten?

Ten derde kan de privé-kopie worden gereguleerd door middel van de ontwikkeling van het legaal online aanbod, waarbij met behulp van technische voorzieningen door de rechthebbende feitelijk toegang kan worden gegeven en een zekere mate van controle kan houden over het werk. De Europese wetgever lijkt, zo blijkt onder andere uit de Auteursrechtrichtlijn, vertrouwen te hebben dat deze wijze van auteursrechtelijke handhaving beter zal functioneren dan een heffing. Zo dient er bijvoorbeeld bij de vaststelling van billijke compensatie voor de privé-kopie beperking van het auteursrecht rekening mee te worden gehouden. Daarnaast laat de Europese wetgever het met name aan contractspartijen om het maken van een privé-kopie te reguleren. In hoofdstuk 5 wordt de ontwikkeling van technische voorzieningen tot nu toe behandeld, en bepaald of het noodzakelijk is dat, en zo ja op welke juridische wijze, de overheid het maken van een privé kopie voor de consument garandeert.

In hoofdstuk 6 zullen de verschillende mogelijkheden en de juridische implicaties ervan in onderling verband behandeld en gewogen. Door de verschillende argumenten gezamenlijk te bespreken, wordt het mogelijk de beste wijze van regulering van de privé-kopie binnen het auteursrecht te bepalen gezien het toenemend gebruik van internet bij de consumptie en exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken.

³⁰ Speerpuntenbrief Auteursrechten 2020 van staatssecretaris van Veiligheid en Justitie F. Teeven aan de Tweede Kamer dd. 11 april 2011 & Algemeen Overleg over Auteursrechten van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie dd. 22 november 2012.

³¹ Debat Auteursrechten, Tweede Kamer dd. 11 december 2012

3. Grenzen aan de Nederlandse thuiskopieheffing

3.1. De Nederlandse thuiskopieheffing

De privé-kopie beperking bestaat sinds de inwerkingtreding van de Auteurswet 1912. De beperking stond destijds geformuleerd in artikel 17:

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de verveelvoudiging, welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik³².

In de Memorie van Toelichting worden de verschillende voorbeelden genoemd die onder de thuiskopie beperking komen te vallen:

Op grond van dit artikel zal men b.v. om zich in eene vreemde taal te oefenen, of zelfs louter voor zijn genoegen, een boek in die aan taal mogen omzetten, doch die vertaling niet mogen uitgeven; zal de student dictaat mogen houden, zelfs al ware het woordelijk gelijkloidend, van 's professors college, doch dit dictaat niet mogen openbaar maken op welke wijze ook; zal de schilder of beeldhouwer eene schilderij mogen naschilderen, een beeld navormen – zij het ook volgens de bijzondere voorwaarden bij het artikel gesteld – doch die copie niet verhandelen, enz., enz. Steeds moet de verveelvoudiging beheerscht blijven door, en beperkt blijven tot, het bij het artikel gesteld doel³³.

32

Nieuwe regeling Auteursrecht. Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 14.

33 Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 10-11.

Een vergoeding voor de rechthebbende werd pas wettelijk geregeld met de wetwijziging van de Auteurswet 1912 van 30 mei 1990. De voornaamste reden voor het instellen van een vergoeding was dat privé kopiëren, waarvoor de toestemming van de rechthebbenden niet is vereist, in de jaren voorafgaand aan de wetwijziging een zodanige omvang had aangenomen, dat ter zake van deze vorm van gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk een recht op een vergoeding diende te worden gecreëerd³⁴. Daarbij is de wetgever van opvatting dat door deze vergoedingsaanspraak strijdigheid van de toenmalige juridische situatie met de voor Nederland bindende bepalingen van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst en de Universele Auteursrecht Conventie ongedaan zal worden gemaakt³⁵. De wetgever doelt hier met name op artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie, waarin aan de wetgeving van de landen van de Unie de mogelijkheid wordt gegeven in bijzondere gevallen, het verveelvoudigen van werken van letterkunde en kunst toe te staan, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt. De regering onderschrijft de conclusies van een initiatiefgroep van de World Intellectual Property Organization (WIPO) en de Organisatie der Verenigde Naties voor Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (UNESCO): enerzijds dat het kopiëren voor eigen gebruik niet langer als uitzondering voor de exploitatierechten van de auteur mag blijven worden aangemerkt, anderzijds dat het gebruik van moderne reproductietechnologie niet belemmerd mag worden. De verbonden negatieve gevolgen voor de belangen van rechthebbenden zouden kunnen worden gemitigeerd door een vergoedingsplicht op te leggen³⁶.

Over de wijze waarop de heffing zou moeten worden gerealiseerd geeft de Minister van Justitie F. Korthals Altes in de Memorie van Toelichting aan dat het eigenlijk in de rede ligt dat de vergoeding ten laste zou moeten komen van de degene die de verveelvoudiging voor eigen oefening, studie of gebruik maakt: de consument. Inning rechtstreeks bij degene die de kopie maakt is naast eventuele privacy bezwaren, in de praktijk echter ondoenlijk³⁷. Inning bij de consument zou immers zeer grote administratieve lasten voor de incasso-organisatie betekenen. Ook omdat de individuele gebruiker in staat gesteld zou moeten worden bewijs te leveren dat hij geen privé-kopieën heeft gemaakt. Dit zou dan weer leiden tot een controleapparaat, dat in de privésfeer van de gebruiker zou moeten nagaan of

³⁴ Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- of geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. Kamerstukken II 1987-1988, 20656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 8.

³⁵ Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- of geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. Kamerstukken II 1987-1988, 20656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 8.

³⁶ Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- of geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. Kamerstukken II 1987-1988, 20656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3.

³⁷ Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- of geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. Kamerstukken II 1987-1988, 20656, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 3-5.

en zo ja welke soort kopieën voor welk doel zijn gemaakt³⁸. Daarom komt de Nederlandse overheid (in navolging van verschillende andere Europese landen, waaronder Duitsland, Portugal, Oostenrijk, Finland, Hongarije en Frankrijk) tot de invoering van een systeem waarmee bij de importeur of fabrikant met betrekking tot blanco dragers een vergoeding ten behoeve van de rechthebbenden geïnd wordt. Hierdoor kan bij een beperkt aantal distributiepunten de vergoeding ter compensatie van de beperking van het auteursrecht worden geïnd.

De voorwerpen, waarover een heffing dient te worden afgedragen, en de hoogte van de vergoeding worden tot 2006 bepaald door Stichting Onderhandeling Thuiskopievergoeding (SONT). Na 2006 gaat de Nederlandse overheid op grond van artikel 16c lid 6 Auteurswet over tot het vaststellen van een AMvB waarin de voorwerpen waarover vergoeding verschuldigd is en de hoogte van de vergoeding staat aangegeven. Tot 2012 zijn de voorwerpen beperkt tot CD's, DVD's, video- en geluidscassettes. Met ingang van 2013 worden de voorwerpen als volgt uitgebreid:

CD-R		€ 0,03
DVD		€ 0,03
Externe HDD Drive		€ 1,00
Audio-/Videospelers	≤ 2 Gb	€ 1,00
	> 2 Gb	€ 2,00
HDD Recorder/Settopbox	≤ 160 Gb	€ 2,50
	> 160 Gb	€ 5,00
Telefoon met Mp3-speler/Smartphone	< 16 Gb	€ 2,50
	≥ 16 Gb	€ 5,00
Tablet	≤ 8 Gb	€ 2,50
	> 8 Gb	€ 5,00
PC/Laptop		€ 5,00

Dit besluit is per 1 januari 2013 in werking getreden en vervalt met ingang van 1 januari 2014³⁹.

Inmiddels heeft de staatssecretaris namens de minister van Veiligheid en Justitie een nieuw besluit genomen, waarbij de voorwerpen en tarieven gehandhaafd blijven tot 1 januari 2016⁴⁰. De uitbreiding

³⁸ Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 1988-1989, 20656, nr. 5, p. 9.

³⁹ Besluit en Bijlage bij het Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en to vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet.

⁴⁰ Nota van Toelichting bij Besluit van 15 oktober 2013, 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 verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet.

van voorwerpen is het gevolg van de uitspraak van het Hof 's Gravenhage waarin het bepaalde dat de Nederlandse overheid niet langer de voorwerpen die onder de thuiskopieheffing vallen mag beperken tot blanco dragers.⁴¹ Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding is door de Minister van Justitie rekening gehouden met het downloaden uit illegale bron. Anders zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn en de wet zou dan een premie zetten op gebruik van illegaal werk, aldus de Minister van Justitie in 2003⁴².

De reikwijdte van de thuiskopieheffing is sinds de invoering ervan enorm toegenomen. De toename is gelegen in de uitbreiding van de voorwerpen waarover vergoeding verschuldigd is en het feit dat bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding door de Minister van Justitie ook rekening gehouden wordt met het downloaden uit illegale bron. Gezien de toegenomen reikwijdte van de Nederlandse thuiskopie heffing wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag of de huidige regeling toelaatbaar en rechtmatig is op grond van wat hierover is bepaald in de totstandkoming, artikelen en jurisprudentie van de Auteursrechtlijn en Auteurswet.

3.2. De Auteursrechtlijn

Ruim tien jaar na de invoering van de thuiskopieheffing in Nederland in 1990 worden verschillende auteursrechtelijke aspecten door middel van de Auteursrechtlijn op Europees niveau geharmoniseerd. De Auteursrechtlijn stelt in artikel 5 welke beperkingen nationale wetgevers mogen hanteren. Uit de preambule van de richtlijn blijkt uit overweging 32 dat het een uitputtende opsomming betreft. De privé-kopie beperking is onder voorwaarden toegestaan op grond van artikel 5 lid 2 sub b ARI:

De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik 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;

Het Europese Hof van Justitie heeft in de zaak Padawan/SGAE uitspraak gedaan over het begrip billijke compensatie, en de ongedifferentieerde heffing over fysieke dragers, ten behoeve van het maken van een privé-kopie, door zowel consumenten als niet-consumenten. Over het eerste stelde het Hof dat het begrip billijke compensatie dient te worden beschouwd als een autonoom

⁴¹ Gerechtshof 's Gravenhage 27 maart 2012. LJN BV9880. r.o. 3.13.

⁴² Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 2002-2003, 28482, nr. 8. p.13.

unierechtelijk begrip en dat het uniform moet worden uitgelegd binnen het grondgebied van de Unie.⁴³ Het staat de lidstaten echter vrij om met het oog op de financiering van de billijke compensatie een 'heffing voor het kopiëren voor privégebruik' 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. In het kader van een dergelijke regeling dienen de personen die over die installaties beschikken de heffing voor het kopiëren voor privégebruik te betalen.⁴⁴ Over het systeem van heffing, zoals is vormgegeven in Spanje, stelde het Hof dat enkel op grond van de beperking aangewezen fysieke dragers die door natuurlijke personen worden aangeschaft onder de werking van de beperking vallen. Een ongedifferentieerde toepassing van een heffing op fysieke dragers aangeschaft door niet-natuurlijke personen is in strijd met artikel 5 lid 2 sub b ARI.⁴⁵ Wat betreft de koppeling aan technische voorzieningen wordt in de preambule vermeld dat de lidstaten naar behoren rekening moeten houden met de technologische en economische ontwikkelingen, met name wat het digitaal kopiëren voor privégebruik en de vergoedingsstelsels betreft, wanneer doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen beschikbaar zijn. Dergelijke beperkingen of restricties mogen geen belemmering vormen voor de toepassing van technische voorzieningen of het gebruik daarvan in geval van verboden omzeilingspraktijken.⁴⁶

Op grond van artikel 5 lid 5 ARI zijn alle beperkingen, waaronder die van de privé-kopie, verder onderhevig aan de volgende vereisten:

De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

Dit artikel wordt ook wel de drie-stappentoets genoemd. De drie stappen waarmee de wetgever (en rechter) de beperking dient te toetsen zijn: 1) het mag slechts in bepaalde bijzondere gevallen; 2) er mag geen afbreuk worden gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal 3) de wettige belangen van de rechthebbende mogen niet onredelijk worden geschaad. Uit de totstandkoming van de toets in het kader van de richtlijn is verder geen informatie over de wijze waarop de toets dient te worden toegepast. Daarom kan wat betreft de onderlinge verhouding van de stappen het beste uitleg worden gezocht in de voorbereidende stukken van de introductie van de toets

⁴³ HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08 (Padawan/SGAE) par. 33.

⁴⁴ HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08 (Padawan/SGAE) par. 46.

⁴⁵ HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08 (Padawan/SGAE) par. 53.

⁴⁶ Overweging 39 van 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.

in de Berner Conventie. Algemeen wordt aangenomen dat de drie-stappentoets uit de Berner Conventie dient te worden gezien als een toets met drie cumulatief opgesomde vereisten, waartegen een beperking afzonderlijk dient te worden getoetst. Indien aan één vereiste niet wordt voldaan, voldoet de beperking in zijn geheel reeds niet:

'if it is certain that the reproduction affects normal exploitation of the work, the reproduction is not at all permitted (...) 'If it is considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license, or to provide for use without payment.'⁴⁷

Verschillende rechtswetenschappers hebben kritiek geuit op de toepassing van de drie-stappentoets in de Auteursrechtlijn. De kritiek richt zich op het feit dat enkel de belangen van de rechthebbende worden gewogen, en niet de belangen van de auteurs en uitvoerende kunstenaars daarbij kunnen worden meegewogen. Daarnaast vinden vele schrijvers het onwenselijk dat rechters en wetgevers een gedwongen beoordelingskader dienen te hanteren, waarbij slechts secundair plaats is voor de afweging van andere belangen dan de economische belangen van de rechthebbende. Beperkingen op goede gronden worden reeds ontoelaatbaar geacht wanneer zij in strijd zijn met de normale exploitatie van de rechthebbende, doordat aan alle vereisten afzonderlijk dient te worden voldaan. De schrijvers van de verklaring 'A Balanced Interpretation of the "Three-step Test" in Copyright Law' stellen dat dit eenzijdig economische perspectief in de tweede stap zou moeten worden verlaten zodat: 'exceptions or limitations should not be held to conflict with the normal exploitation of a protected work or other subject matter where they serve important competing considerations—notably in counteracting unreasonable constraints on competition'⁴⁸.

Koelman onderschrijft dit gebrek, en stelt dat de huidige drie-stappentoets dient te worden gewijzigd. Hij stelt voor om de ingrediënten van de drie-stappentoets in stand te houden, maar de cumulativiteit van de vereisten te laten vallen. Volgens hem kan aansluiting gezocht worden bij de in de Verenigde Staten gebruikte fair use test. In plaats van een toepassing van de drie-stappentoets waarin één stap een 'show-stopper' kan betekenen, worden de verschillende factoren in deze test gewogen. Daarnaast stelt hij voor om de huidige tweede stap van de toets te herschrijven tot: 'do not *unreasonably* conflict with normal exploitation'⁴⁹. Hierdoor kan bij de beoordeling van de tweede factor

⁴⁷ Svante Begrström. *Report on the preparatory work of the Main Committee I of the Stockholm Conference (1967)*. p. 1145, par. 85.

⁴⁸ Christophe Geiger, e.a., 'Towards a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law' in: *European Intellectual Property Review*. 2008, 30(12), p. 491.

⁴⁹ Kamiel Koelman, 'Fixing the Three-step Test' in: *European Intellectual Property Review*. 2006, 28(8), p. 409.

de economische belangen van de rechthebbende worden afgewogen tegen andere betrokken belangen. Er zijn ook schrijvers, die een wijziging van de richtlijn niet nodig achten. De drie-stappentoets zou volgens hen nooit bedacht zijn als een harde eis voor beperkingen, zoals die nu vaak gewoonlijk in de wetenschappelijke literatuur wordt beschouwd. Het idee erachter is om een open norm te creëren, waarmee de wetgever in staat zou zijn per beperking tot een juiste beoordeling te komen. De drie-stappentoets moet zo worden geïnterpreteerd, dat er respect is voor de rechtmatige belangen van derden, zoals mensenrechten, mededinging, en andere publieke belangen (met name wat betreft wetenschappelijke, sociale, culturele en economische ontwikkeling)⁵⁰. Naast Geiger, stellen ook Hugenholtz en Senftleben dat gezien de ontstaansgeschiedenis van de drie-stappentoets in de Auteursrechtlijn de ruimte reeds bestaat om andere belangen mee te wegen⁵¹. Deze ruimte wordt door hen aangenomen op grond van het feit dat de Auteursrechtlijn voortkomt uit het WCT verdrag⁵², en hierbij is overeengekomen dat nieuwe beperkingen en uitzonderingen door staten mogen worden uitgewerkt die aan de digitale netwerkomgeving zijn aangepast⁵³. Hieruit zou blijken dat de opstellers van het verdrag geenszins de intentie hebben gehad de drie-stappentoets het karakter van een 'restrictive control mechanism' te willen geven⁵⁴. Daarnaast blijkt uit de totstandkoming van dit artikel van het WCT verdrag dat bij de beoordeling van een beperking, die een hoge mate van bescherming biedt aan het auteursrecht, ook andere belangen, zoals wetenschappelijk onderzoek, onderwijs, de beschikbaarheid van informatie in bibliotheken, en toegang voor gehandicapten, dienen te worden meegewogen⁵⁵. Alhoewel Lucas stelt dat het begrip 'conflict met normale exploitatie' duidelijker dient te worden genormeerd, is hij tegen het instellen van een open norm. De normering zal deugdelijker worden wanneer een rechter enkel op grond van bewijs naar voren gebracht door partijen bevoegd is hierover te oordelen. Het ontbreekt de rechter immers aan concrete feiten omtrent de normale exploitatie van het auteursrecht. Maar als de rechter ook andere belangen zou moeten meewegen in de drie-stappentoets, dan zouden deze door de wetgever zo concreet mogelijk moeten worden geformuleerd. Want, zo stelt Lucas de toepassing van een open norm, waarbij belangen met ruime reikwijdte worden afgewogen, leiden niet alleen tot een ongewenste rechtsonzekerheid, maar bovendien mist de rechter de democratische basis om over de

⁵⁰ Christophe Geiger, e.a., 'Towards a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law' in: *European Intellectual Property Review*. 2008, 30(12), p. 493.

⁵¹ P. Bernt Hugenholtz & Martin R.F. Senftleben. Fair use in Europe. In search of Flexibilities. IViR/VU, Amsterdam, November 2011, p. 22.

⁵² Recital 15 en 44 van 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

⁵³ Overeengekomen verklaringen (Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT) (1996))

⁵⁴ P. Bernt Hugenholtz & Martin R.F. Senftleben. Fair use in Europe. In search of Flexibilities. IViR/VU, Amsterdam, November 2011, p. 23.

⁵⁵ WIPO Diplomatic Conference on certain copyright and neighboring rights questions. CRNR/DC/4, par. 12.09.

afweging van betrokken grondrechten te oordelen⁵⁶.

Het Europese Hof van Justitie heeft tot op heden nog geen duidelijk standpunt ingenomen op de vraag op welke wijze de drie-stappentoets exact dient te worden toegepast. Wel valt uit de twee uitspraken van Hof een voorzichtige conclusie te trekken over de context van de beoordeling over de toelaatbaarheid van beperkingen. In de zaak *Infopaq* uit 2009 onderstreept het Hof het algemene beginsel dat beperkingen restrictief dienen te worden geïnterpreteerd⁵⁷. Dit oordeel van het Hof sluit aan bij de juridische positie van de beperking. Het is een uitzondering van de hoofdregel dat de rechthebbende toestemming moet geven voor de reproductie van zijn werk. Daarnaast sluit het aan bij hetgeen de Europese wetgever in de preambule van de Auteursrechtlijn heeft bepaald met betrekking tot het doel van de beperkingen in de Auteursrechtlijn. De Auteursrechtlijn vormt de Europese codificatie van het in 1996 gesloten Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT)⁵⁸. Met betrekking tot de in artikel 10 opgenomen toelaatbare beperkingen zijn de Verdragsluitende partijen van het WCT een verklaring overeengekomen. Hierin wordt verduidelijkt dat het staten is toegestaan beperkingen en uitzonderingen, aanvaardbaar onder de Berner Conventie, aan te passen aan de digitale netwerkomgeving⁵⁹. De overweging dat beperkingen kunnen worden aangepast aan de digitale netwerkomgeving, dient niet alleen worden meegenomen bij de vormgeving van de nationale beperkingen, maar deze overweging werkt ook door in het oordeel over de toelaatbaarheid van vormgegeven beperkingen. Enerzijds dient het auteursrecht technologische ontwikkelingen niet in de weg te staan. Dit is met name het geval bij de beperkingen op grond van artikel 5 lid 1 ARI. Deze beperkingen op het auteursrecht zijn vastgesteld omdat gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken op computers zonder reproducties gezien de aard van deze nieuwe technologie onmogelijk zou zijn. Anderzijds dient het mogelijk te zijn dat de opgesomde beperkingen, uit artikel 5 lid 2 en 3 ARI, ook na ontwikkeling van digitale netwerk technologie blijven bestaan. Maar daarbij werd bij de totstandkoming van het WCT wel gesteld dat verdragsluitende partijen dienen te beseffen dat:

'In the digital environment, formally "minor reservations" may in reality undermine important aspects of protection. Even minor reservations must be considered using sense and reason. The purpose of the protection must be kept in mind.'⁶⁰

⁵⁶ Andre Lucas, 'For a reasonable interpretation of the three-step test' in: *European Intellectual Property Review*. 2010, 32(6), p. 282.

⁵⁷ HvJEU, 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, par. 56-57.

⁵⁸ Overweging 15 en 44 van 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.

⁵⁹ Overeengekomen verklaringen (Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT) 1996) betreffende artikel 10.

⁶⁰ WIPO Diplomatic Conference on certain copyright and neighboring rights questions. CRNR/DC/4, par. 12.08.

Ook de Europese wetgever heeft aan nationale wetgevers geen vrijbrief willen geven om naar believen beperkingen van het auteursrecht vorm te geven. In de preambule van de Auteursrecht richtlijn wordt duidelijk aan gegeven hoe zij de verhouding tussen de toegestane beperkingen en de ontwikkeling van het auteursrecht in de digitale netwerk omgeving ziet:

De lidstaten moeten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben. Bijgevolg zal het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal⁶¹.

Uit de zaak *Football Association Premiere League* uit 2011 blijkt dat alhoewel het Hof lijkt uit te gaan van het algemene beginsel dat beperkingen strikt dienen te worden geïnterpreteerd, dit niet betekent dat het niet tot een gebalanceerde oplossing kan komen in een individueel geval⁶². In de uitspraak legt het Hof met name ook nadruk op het doel en de reden van de onderliggende beperking. Het Hof overweegt dat:

'In accordance with its objective, that exception must allow and ensure the development and operation of new technologies and safeguard a fair balance between the rights and interests of rightholders, on the one hand, and of users of protected works who wish to avail themselves of those new technologies, on the other.'⁶³

Het Hof baseert zich hierbij met name op de volgende zin uit overweging 31 in de preambule van de Auteursrecht richtlijn:

Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechte moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving.

Bij de drie-stappentoets, als instrument ter beoordeling van de toelaatbaarheid van beperkingen, dienen deze overwegingen een rol te spelen. Allereerst dient te worden gewaarborgd dat

⁶¹ Overweging 44 van 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.

⁶² P. Bernt Hugenholtz & Martin R.F. Senftleben. Fair use in Europe. In search of Flexibilities. IViR/VU, Amsterdam, November 2011, p. 25.

⁶³ HvJEU, 4 oktober 2011, C-403/08 & C-429/08, *Football Association Premiere League/ QC Leisure*. Par. 164.

beperkingen, als uitzondering op de hoofdregel dat reproductie enkel is toegestaan met toestemming van de rechthebbende, strikt dienen te worden opgevat en vormgegeven. De kern van het auteursrecht mag niet worden aangepast. Het volgende voorbeeld uit de totstandkoming van de driestappentoets in de Berner Conventie geeft enige duidelijkheid hierover:

'A practical example might be photocopying for various purposes. If it consists of producing a very large number of copies, it may not be permitted, as it conflicts with a normal exploitation of the work. If it implies a rather large number of copies for use in industrial undertakings, it may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, an equitable remuneration is paid. If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use.'⁶⁴

Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat er een grens valt te trekken om een kern waarbinnen het auteursrecht niet mag worden beperkt. In het voorbeeld over fotokopiëren wordt deze grens overschreden bij de reproductie van een groot aantal kopieën. Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan normale exploitatie door de rechthebbende. Om te bepalen wanneer sprake is van een afbreuk van de normale exploitatie van werken of ander materiaal, zal ik gebruik maken van het door Martin Senftleben geformuleerde criterium:

'a conflict with a normal exploitation arises when authors are divested of an actual or potential typical major source of royalty revenue that carries weight within the overall commercialization of works in the relevant category.'⁶⁵

Er dient derhalve sprake te zijn van een substantieve inperking van de normale exploitatie, zoals rechthebbende normaal zijn deze uit te voeren. Terecht voegt Senftleben toe dat hieronder ook een potentieel grote bron van inkomsten kan vallen. De Europese wetgever stelde immers in dit verband dat beperkingen of restricties nog beperkter dienen te worden geformuleerd en geïnterpreteerd, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal⁶⁶. Deze nieuwe vormen voor de exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken dienen de kans te krijgen zich te ontwikkelen. Beperkingen dienen dit niet in de weg te staan. Het argument van verschillende schrijvers dat de beperkingen die bestonden ten tijde van de introductie van de drie-stappentoets buiten de reikwijdte van de toets zouden vallen (het

⁶⁴ Svante Begrström. *Report on the preparatory work of the Main Committee I of the Stockholm Conference (1967)*. p. 1145, par. 85.

⁶⁵ Martin Senftleben. *Copyright, Limitations and the Three Step test. An analyses of the three-step test in International and EC Copyright Law*. Kluwer International Law, 2004 p. 194.

⁶⁶ Overweging 44 van 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.

zogenaamde 'grandfathered in'⁶⁷), legt het af tegen de overweging dat de toelaatbaarheid van beperkingen met name dient te worden beoordeeld aan de hand van het criterium of een gemeenschappelijke markt voor auteursrecht op het internet kan ontstaan. Wanneer aan de kern van het auteursrecht geen afbreuk wordt gedaan en zich een gemeenschappelijke markt op het internet kan ontwikkelen, is het mogelijk in bijzondere gevallen beperkingen op het auteursrechtelijk verbodsrecht toe te staan. Als derde en laatste stap voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een beperking, dient te worden bepaald of de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Het woord onredelijk impliceert een oordeel over het gewicht van de belangen van de rechthebbende ten opzichte van de overige in het geding zijnde belangen. Welke overige belangen in het geding zijn, hangt af van de betrokken beperking, en dienen in concreto te worden bepaald. Met betrekking tot de belangen van de rechthebbende wordt met name gekeken naar de economische belangen, zo stelt Senftleben:

If the author must be prevented from prohibiting a certain use because of its fundamental importance for the satisfaction of social, cultural or economic needs, his remaining interest must be brought to bear. (...) It can be concluded that, first and foremost, the authors' economic interests must be brought into focus in the context of the third criterion.⁶⁸

Aangezien het met name de economische belangen van de rechthebbenden betreft, kan aan deze belangen tegenwicht worden geboden door middel van een redelijke compensatie voor de beperking van het auteursrecht van de rechthebbende.

3.3. Toetsing van de Nederlandse privé-kopie beperking

Allereerst is het zaak te toetsen of de Nederlandse privé-kopie beperking in de vorm van de huidige thuiskopieheffing voldoet aan het daartoe bepaalde in artikel 5 lid 2 sub b van de Auteursrechtlijn. Zoals hierboven reeds beschreven heeft het Europese Hof van Justitie in de zaak Padawan/SGAE een oordeel geveld over de Spaanse thuiskopieheffing. Het Hof stelde in de uitspraak dat het begrip billijke compensatie niet dient te worden uitgelegd aan de hand van het nationale recht, maar dat het dient te worden beschouwd als een autonoom unierechtelijk begrip en dat het uniform moet worden uitgelegd op het grondgebied van de Unie.⁶⁹ In overweging 35 van de preambule stelt de Europese wetgever dat een zinvol criterium voor billijke compensatie zou kunnen worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. Wat betreft

⁶⁷ Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. 1987, p. 479-481.

⁶⁸ Martin Senftleben. *Copyright, Limitations and the Three Step test. An analyses of the three-step test in International and EC Copyright Law*. Kluwer International Law, 2004 p. 216.

⁶⁹ HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08, Padawan/SGAE, par. 33.

privé gebruik wordt gesteld dat het toegestaan is dat het nadeel ook kan worden gecompenseerd door het instellen van vergoedingsstelsels.⁷⁰ Het HvJEU bevestigt dit ook in de uitspraak in de zaak Padawan/SGAE.⁷¹ Bij het vormgeven van vergoedingsstelsel dient te worden meegenomen dat digitaal kopiëren voor privé gebruik op grotere schaal zal plaatsvinden en een grotere economische impact op de ontwikkeling van de informatiemaatschappij zal hebben in vergelijking met analoge kopiëren. Daarom dienen beide vormen van kopiëren gescheiden worden gereguleerd. Het instellen van een heffingstelsel op grond van artikel 5 lid 2 sub b ARI, zoals de in Nederlands recht separaat vormgegeven artikelen 16b (analoog kopiëren) en 16c (digitaal kopiëren) Auteurswet, is derhalve conform Europees recht. Aangezien de Europese wetgever onderstreept dat billijke compensatie als autonoom unierechtelijk begrip dient te worden beschouwd, en uniform dient te worden uitgelegd, is de Nederlandse overheid niet geheel vrij in het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. Het is hierbij gehouden aan datgene wat hierover door de Europese wetgever en rechter is bepaald. Deze zienswijze wordt bevestigd door het bepaalde in overweging 38 van de preambule van de Richtlijn. Hierin staat beschreven dat met name verschillen tussen de bestaande vergoedingsstelsels aangaande digitaal kopiëren de werking van de interne markt zullen beïnvloeden. Aangezien de Richtlijn een interne markt voor auteursrechtelijk beschermde werken in de informatiemaatschappij tot stand wenst te brengen⁷², kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de Europese wetgever grote verschillen tussen de verschillende thuiskopie vergoedingsstelsel wenst te voorkomen. In de zaak Thuiskopie/ACI is deze lezing van het Europese recht door het Hof 's Gravenhage onderschreven.⁷³

Stichting Thuiskopie geeft aan de Nederlandse tarieven te vergelijken met de tarieven die vastgesteld zijn in andere Europese landen. Stichting Thuiskopie en de World Intellectual Property Organization (WIPO) hebben in 2012 een enquête uitgevoerd onder verschillende nationale beheerorganisaties. Hieruit blijkt dat in een steeds groter wordend aantal Europese landen de lijst met voorwerpen die onder de thuiskopieheffing vallen, wordt uitgebreid met digitale apparatuur waarmee privé-kopieën worden gemaakt of afgespeeld. Uit dit onderzoek blijkt verder dat de hoogte van de tarieven in Europa in grote mate fluctueren. Ook de voorwerpen waarover de heffing wordt geheven zijn per nationaal stelsel verschillend⁷⁴. De verschillen in hoogte en voorwerpen komen voort uit de

⁷⁰ Overweging 38 van 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.

⁷¹ HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08, Padawan/SGAE, par. 46.

⁷² Overweging 1 t/m 4 van 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.

⁷³ Gerechtshof 's Gravenhage, 15 november 2010, LJN BO3982. r.o. 9.2.

⁷⁴ Stichting Thuiskopie & WIPO. *Intellectual Survey on Private Copying. Law and Practice*, 2012. p. 13-14.

verschillen in de wijze en het moment van totstandkoming van de nationale regelingen.⁷⁵ Maar ook zijn de verschillen verklaarbaar op grond van het feit dat het nadeel van de beperking voor de rechthebbende mede afhangt van criteria die per land verschillen, zoals de verkoopprijs, koopkrachtniveau, privé-kopie regime en breedbandpenetratie.⁷⁶ Stichting ThuisKopie geeft aan bij het advies over de hoogte van de tarieven hiermee rekening te hebben gehouden. Alhoewel er dus verschillen tussen de privé-kopie beperkingen in Europa bestaan kan niet worden gezegd, dat de Nederlandse thuisKopieheffing in strijd is met een geharmoniseerde toepassing van het begrip billijke compensatie.

Vervolgens dient te worden bepaald of een heffing op apparaten in plaats van blanco media, waarmee of waarop kopieën voor privé gebruik kunnen worden gemaakt, in strijd is met het bepaalde in artikel 16c Auteurswet en artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn. De richtlijn staat in het kader van de privé-kopie beperking een reproductie toe, op welke drager dan ook. De Auteurswet hanteert een beperkter begrip inzake de voorwerpen die onder de thuisKopieheffing vallen. Minister van Justitie Korthals Altes stelde bij de invoering van de thuisKopie regeling dat voor de toepasselijkheid van de regeling 'de voor het verveelvoudigen gehanteerde techniek noch de aard van het voorwerp (ofwel drager) waarop de beelden of geluiden worden vastgelegd, relevant zijn'⁷⁷. Een uitbreiding naar andere dragers of voorwerpen lijkt dus op grond van het bovenstaande mogelijk te zijn. Artikel 16c lid 2 Auteurswet is echter zo geformuleerd dat slechts een privé-kopie, gemaakt op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, onder de beperking valt. Dit bestemmingscriterium lijkt behalve bij de reeds onder de regeling vallende CD-R en DVD-R, bij de audio/videospeler en harddisk recorder/set top box geen obstakel te vormen. Het betreft hier voorwerpen bestemd om werken ten gehore te brengen. Problematischer is dit bestemmingscriterium met betrekking tot de uitbreiding van de voorwerpen die onder de heffing vallen naar externe hard disks, smartphones, tablets, laptops en pc's. Dit zijn geen toepassingsgerichte, maar universele apparaten. Deze worden in de praktijk gebruikt wordt voor allerlei doeleinden, waaronder de verwerking en bewerking van data, als navigatiesysteem, spelmachine, radio, mp3-speler, of voor het versturen van e-mails en opzoeken van informatie op het internet, etc. Vooral vanwege deze multifunctionaliteit zou het nooit vol te houden zijn dat het bestemmingscriterium van artikel 16c lid 2 Aw van toepassing is op deze apparaten of voorwerpen⁷⁸. Daar komt bij dat de minister bij de invoering van de thuisKopieheffing stelde dat gelet op het feit dat het digitale verveelvoudigen zonder kwaliteitsverlies onbeperkt kan

⁷⁵ Stichting ThuisKopie & WIPO. *Intellectual Survey on Private Copying. Law and Practice*, 2012. p. 5.

⁷⁶ Stichting ThuisKopie. *Factsheet ThuisKopievergoedingen in Europa*, 2012.

⁷⁷ Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 1988-1989, 20656, nr. 5, p. 5.

⁷⁸ Stef van Gompel. 'De vaststelling van de thuisKopievergoeding', in: *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*. 2006-2.

plaatsvinden, een vergoedingsregeling niet als een toereikende bescherming kan worden gezien voor de belangen van rechthebbenden. Een betrouwbare technische oplossing, die een beperking van het digitale verveelvoudigen mogelijk maakt, in combinatie met een vergoedingsregeling verdient de voorkeur⁷⁹. De Auteursrechtlijn geeft ruimte voor een heffing op universele apparaten, mits ze maar in hoge mate worden gebruikt voor het opslaan of afspelen van de privé-kopie. Uit het rapport van Davies blijkt dat de Europese Commissie bij de vormgeving van de richtlijn de bestaande Europese privé-kopie beperkingen niet wenste te harmoniseren, op grond van de gedachte dat men toen dacht dat deze heffingen door middel van technologische vernieuwingen snel overbodig zouden worden⁸⁰. Mijn inziens dient de Auteurswet dan ook te worden geïnterpreteerd in het licht van een niet verregaande harmonisatie van nationale beperkingen binnen de Auteursrechtlijn. Daardoor kan het bestemmingsvereiste geen obstakel vormen voor de rechtmatigheid van de AMvB van 25 oktober 2012, waarmee de voorwerpen, die onder de heffing vallen, werd uitgebreid.

Het laatste onderdeel van artikel 5 lid 2 sub b ARI waaraan de Nederlandse thuiskopieheffing dient te worden getoetst, wordt gevormd door het vereiste dat enkel de privé kopie gemaakt door een natuurlijk persoon onder de beperking valt. De minister zag zich bij het instellen van het Nederlandse thuiskopie systeem niet genoodzaakt een aparte regeling te treffen voor professioneel gebruik, omdat deze zich wat betreft wijze van verpakking en omvang duidelijk onderscheiden van de voorwerpen voor privé-kopiëren⁸¹. Sinds de invoering van de regeling is er veel veranderd op het gebied van de technologie die gebruikt wordt bij het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken. Omdat met de intrede van informatie technologie gegeven is dat voor deze technologie alles bestaat uit data, zijn de dragers voor auteursrechtelijk beschermde werken dezelfde geworden als die gebruikt worden om andere bestanden mee op te slaan. Daarmee werden de dragers, waarop op grond van artikel 16c Auteurswet een thuiskopieheffing rustte, in toenemende mate ook door professionele gebruikers voor andere doeleinden gebruikt. Het Europese Hof van Justitie oordeelde in dit verband in de zaak Padawan/SGAE dat een heffingssysteem waarbij geen onderscheid tussen professioneel en consumptief gebruik in strijd is met hetgeen bepaald in artikel 5 lid 2 sub b ARI. In Nederland bestond voor de uitbreiding van de voorwerpen waarover de compensatie voor de thuiskopie werd geheven geen onderscheid tussen voorwerpen gebruikt door professionele gebruikers en door consumenten. Bij de vaststelling van de hoogte van het tarief werd slechts rekening gehouden met professioneel

⁷⁹ Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 1988-1989, 20656, nr. 5, p. 15.

⁸⁰ G. Davies, 'Copyright in the Information Society: Technical Devices to Control Private Copying', in: P. Ganeva, Chr. Heath en G. Schricker, *Urheberrecht. Gestern- Heute- Morgen. Festschrift für Adolf Dietz*. München, Beck Verlag, 2001. p. 307-319.

⁸¹ Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 1988-1989, 20656, nr. 5, p. 9.

gebruik (mutualisation)⁸². In navolging van de bovenstaande uitspraak van het Europese Hof heeft de rechtbank 's Gravenhage geoordeeld dat een importeur van blanco dragers onterecht verplicht was gesteld een thuiskopieheffing te berekenen over de voorwerpen die deze leverde aan professionele gebruikers⁸³. Binnen de huidige regeling is het mogelijk vrijstelling of restitutie aan te vragen voor professioneel gebruik. De Nederlandse overheid heeft de uitspraak van het Europese Hof inzake Padawan/SGAE meegenomen in de huidige regeling. Iedere professionele gebruiker kan restitutie of vrijstelling van de thuiskopieheffing aanvragen. Door de administratieve lasten, in de vorm van transactiekosten per restitutie aanvraag (€ 8,-) en de voorwaarden voor de vrijstelling (maandelijkse opgave van inkoop voor eigen gebruik, export, en verkoop aan andere geregistreerde professionele gebruikers), zullen professionele gebruikers het mijn inziens vaak niet de moeite lonen de restitutie of vrijstelling aan te vragen. Daarnaast zal het feit dat er geen verplichting rust op de verkoper om de thuiskopieheffing op de factuur te vermelden (en het dus niet eens duidelijk is of een heffing is berekend)⁸⁴, aan bijdragen dat professionele gebruikers de heffing vaak onterecht zullen betalen. Ik denk dat een scheiding in een professioneel en consumenten verkoopkanaal, zoals voorgesteld door één van de procespartijen in het geschil voor de rechtbank 20 februari 2013, een oplossing biedt die conform Europees recht is.

Naast de beoordeling van de Nederlandse thuiskopie regeling aan het bepaalde in artikel 5 lid 2 sub b ARI, dient deze te worden getoetst aan de drie-stappentoets in artikel 5 lid 5 ARI. Zoals uit de in de vorige paragraaf behandelde jurisprudentie en literatuur blijkt, is het niet eenvoudig hoe de drie-stappentoets dient te worden geïnterpreteerd. Ik heb na een behandeling van het bestaande verzoeg vastgesteld dat er sprake moet zijn van een substantieve inperking van de, huidige of op korte termijn, normale exploitatie van het auteursrechtelijk beschermd werk. Hierbij is van belang of ondanks de privé-kopie regeling een gemeenschappelijke markt voor auteursrechtelijk beschermde werken op het internet kan ontstaan. Daarnaast kunnen beperkingen enkel worden vormgegeven in bijzondere gevallen en dienen de, met name economische, belangen van de rechthebbende in concreto te worden afgewogen ten opzichte van andere betrokken belangen. Het Europese Hof van Justitie zal over de drie-stappentoets in zijn algemeenheid en met betrekking tot de (Nederlandse) thuiskopie beperking specifiek, op korte termijn meer duidelijk verschaffen. De Hoge Raad heeft in de procedure tussen ACI en Thuiskopie prejudiciële vragen gesteld, waarbij de positie van de Nederlandse thuiskopieheffing (waaronder ook het downloaden uit illegale bron valt) tot de Europeesrechtelijke

⁸² Besluit van de voorzitter Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding d.d. 2 juni 1999.

⁸³ Rechtbank 's Gravenhage, 20 februari 2013. LJN BZ1542. r.o. 4.22.

⁸⁴ Nota van Toelichting bij Besluit van 15 oktober 2013, 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 verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet

drie-stappentoets door het Europese Hof van Justitie zal worden bepaald. Hierop vooruitlopend zal ik aangeven hoe naar mijn mening de Nederlandse privé-kopie beperking moet worden beoordeeld in het licht van de drie vereisten. De privé-kopie beperking mag enkel in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast. Dit is het geval. Het auteursrecht wordt enkel beperkt in het geval van het maken van een kopie van een werk door een natuurlijk persoon, voor eigen gebruik, oefening of studie. Er mag geen afbreuk worden gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal. Er dient sprake te zijn van een substantieve inperking van de normale exploitatie. Allereerst kan gesteld worden dat digitale exploitatie valt onder de normale exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken. Auteursrechthebbenden zijn voor een steeds groter wordend deel van hun inkomsten afhankelijk van de digitale exploitatie via iTunes, Google Play, Spotify, etc. In 2012 was reeds 33% van de totale omzet van de muziekindustrie afkomstig uit digitale exploitatie van de auteursrechtelijk beschermde werken⁸⁵. Daarna dient te worden bepaald of de Nederlandse thuiskopieheffing afbreuk doet aan deze normale exploitatie. Aangezien de Nederlandse wetgever heeft bepaald dat het downloaden uit illegale bron onder de thuiskopieheffing valt, dienen deze privé-kopieën bij de mate van inperking te worden meegenomen. Uit het onderzoek van CentERdata uit 2012 geeft meer dan een kwart van de respondenten (ouder dan 16 jaar) aan het afgelopen jaar één of meerdere auteursrechtelijk werken te hebben gedownload uit illegale bron⁸⁶. Wellicht dat niet iedere kopie gemaakt was, indien de consument ervoor had moeten betalen, maar uit hetzelfde onderzoek blijkt dat een consument, die het werk uit illegale bron download, slechts zelden het werk ook op legale wijze aanschaft⁸⁷. Daarom kan mijn inziens worden gesteld dat door het downloaden uit illegale bron toe te staan onder de thuiskopieheffing afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de rechthebbende om het auteursrechtelijk werk digitaal te exploiteren. De Nederlandse privé-kopie beperking lijkt daarmee in deze vorm, waarbij het downloaden uit illegale bron valt onder de thuiskopieheffing, niet te voldoen aan strikte toepassing van artikel 5 lid 5 ARI. Ook al houdt de drie-stappentoets gezien het cumulatieve karakter van de test na het falen te voldoen aan de tweede stap reeds op, hierbij zal ik volledigheidshalve de derde stap nog kort behandelen. De Nederlandse wetgever stelt dat het downloaden uit illegale bron nu juist ten behoeve van de rechthebbende onder de thuiskopieheffing te hebben geplaatst. Een andere wijze van auteursrechtelijke handhaving zou onmogelijk en/of onwenselijk zijn, zo stelde de Minister van Justitie destijds. En op deze wijze wordt de rechthebbende tenminste nog gecompenseerd. De wettige belangen worden daarmee, zeker vanaf

⁸⁵ IFPI Digital Music Report 2013. Engine of a digital world (http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2013.html). p. 6.

⁸⁶ Joost Poort & Jorna Leenheer, *Filesharing 2012: Downloaden in Nederland*. Amsterdam, CentERdata (IVIR), 16 oktober 2012. p. 3.

⁸⁷ Joost Poort & Jorna Leenheer, *Filesharing 2012: Downloaden in Nederland*. Amsterdam, CentERdata (IVIR), 16 oktober 2012. p. 3.

het moment dat de heffing is uitgebreid naar de verschillende apparaten waarmee tegenwoordig privé-kopieën worden gemaakt, niet onredelijk geschaad.

Er zijn ook schrijvers van mening dat auteurs beter kunnen worden beloond voor hun creatieve werk via een compensatie door middel van een collectieve afwikkeling van auteursrecht. Silke von Lewinski stelt dat een verplichting tot collectief beheer niet in strijd zou moeten zijn met de internationaalrechtelijke vereisten omtrent het auteursrecht. Haar belangrijkste argument voor deze stellingname is dat de auteur met behulp van collectief beheer uiteindelijk beter beloond zal worden voor het creatieve proces, dan dat deze nu ontvangt van de mediaconglomeraten, die de huidige markten domineren⁸⁸. Ongeacht het valide argument van Von Lewinski dat de nadruk op de belangen van de rechthebbende binnen het auteursrecht dikwijls ten koste gaat van de auteur, gaat dit voorstel in tegen hetgeen in verschillende internationale auteursrechtelijk verdragen (Berne Conventie, Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht, Auteursrechtlijn) omtrent het auteursrecht (een individueel handhaafbaar verbodsrecht) is bepaald. Het is verder onwenselijk omdat een verplicht collectief beheer op mondiaal niveau moeilijk en niet efficiënt realiseerbaar zal zijn. Daarnaast zal het stelsel van collectieve afwikkeling van het auteursrecht ten koste zal gaan van (het ontstaan van) een goed functionerende, efficiënte markt, met economische prikkels voor rechthebbenden en tussenpersonen om voor een goede prijs de consument, op gewenste wijze, een goed product te leveren. Alexander Peukert pleit voor een stelsel waarbij de rechthebbende standaard een auteursrecht verkrijgt, die hij individueel kan licenseren en handhaven. Daarnaast zou de rechthebbende de keuze moeten hebben dit op te geven, en door middel van een heffing gecompenseerd te worden⁸⁹. Dit 'bipolair auteursrecht systeem' acht ik niet in strijd met de grondslagen van internationale auteursrechtelijke verdragen. Wel zullen er mijn inziens bepaalde artikelen in internationale verdragen moeten gewijzigd en een dergelijk systeem van internationaal georganiseerde compensatie tussen landen moeten worden overeengekomen. Peukert geeft toe dat 'these steps are extremely difficult to achieve or simply unrealistic on a political level'⁹⁰.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, zal de toename van het legaal online aanbod een privé-kopie beperking waarbij downloaden uit illegale bron onder de heffing valt op termijn in strijd brengen met de drie-stappentoets uit de Auteursrechtlijn. Door de koppeling van de billijke compensatie met het al dan niet toepassen van technische voorzieningen, heeft de Europese wetgever rechthebbenden de mogelijkheid gegeven op een zachte landing in de overgang van een compensatie door heffing naar

⁸⁸ S. von Lewinski, 'Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights- A Case Study on its Compatibility with International and EC Copyright Law', in: *e-Copyright Bulletin*. March 2004, p. 1-14.

⁸⁹ A. Peukert, 'A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment', in: *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*. 28 1, 2005. p. 1-80.

⁹⁰ A. Peukert, 'A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment', in: *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*. 28 1, 2005. p. 52.

exploitatie met behulp van technische voorzieningen. De Nederlandse wetgever geeft zich gezien de verlenging van de thuiskopieheffing met stabiele tarieven in 2014 en 2015 geen rekenschap van de ontwikkeling van het legaal online aanbod waarbij rechthebbenden zich met behulp van technische voorzieningen inkomsten verschaffen. De rechthebbenden die uit legaal online aanbod inkomsten uit auteursrechtelijk beschermde werken, en technische voorzieningen gebruiken om controle te houden over toegang en het toegestane aantal kopieën, verliest het recht op billijke compensatie uit de geïnde thuiskopieheffingen. Gezien het feit dat het legale aanbod toeneemt, dient de hoogte van de heffing af te nemen. Dit is alleen anders indien het aanbod dat zonder technische voorzieningen wordt geëxploiteerd toeneemt. Uit het besluit van de Nederlandse regering de thuiskopieheffing in de huidige vorm te verlengen, blijkt op generlei wijze dat er rekening wordt gehouden met de toename van het (legale) online aanbod⁹¹.

3.4. Balans

De Nederlandse thuiskopieheffing valt onder de privé-kopie beperking zoals toegestaan binnen de Auteursrechtlijn. Alhoewel de Auteurswet spreekt over voorwerpen welke bestemd zijn om werken ten gehore te brengen, blijkt uit de Auteursrechtlijn dat dit bestemmingscriterium geen vereiste is. Daarmee is de AMvB, waarbij de thuiskopieheffing werd uitgebreid universele apparaten, niet in strijd met de Auteursrechtlijn. Wel dient er kritisch te worden gekeken naar de voorzieningen waarmee de professionele gebruiker kan worden uitgesloten van betaling van de thuiskopieheffing, die door het Europees Hof van Justitie in de zaak Padawan/SGAE verplicht zijn gesteld. Naar mijn mening voldoen deze momenteel, aangezien de administratieve lasten zo hoog zijn en de heffing vaak onbekend, niet. Doordat het legaal online aanbod toeneemt, voldoet een privé-kopie beperking waarbij het downloaden uit illegale bron onder de thuiskopieheffing valt, nu reeds of in de nabije toekomst niet meer aan de drie-stappentoets uit de Auteursrechtlijn. Daarbij dient te worden aangetekend dat de uitleg van de drie-stappentoets niet evident is. Het is te hopen dat het Europees Hof van Justitie naar aanleiding van de door de Nederlandse rechter gestelde prejudiciële vragen een duidelijk antwoord geeft op de positie van het downloaden uit illegale bron in het kader van de privé-kopie beperking en de drie-stappentoets. De toename van het legaal online aanbod, waarbij technische voorzieningen worden toegepast, zou tot gevolg moeten hebben dat voor deze rechthebbenden de billijke compensatie voor privé-kopieën zou komen te vervallen. Uit de gelijkblijvende tarieven van de thuiskopieheffing en het besluit dat hieraan ten grondslag ligt blijkt hiermee door de Nederlandse regering geen rekening te zijn gehouden.

⁹¹ Nota van Toelichting bij Besluit van 15 oktober 2013, 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 verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet

4. Auteursrechtelijke verboden op het internet

4.1. Inleiding

In april 2011 pleitte staatssecretaris Teeven in zijn speerpuntenbrief Auteursrecht voor een herziening van de privé-kopie beperking. Teeven gaf in deze brief aan verandering te willen brengen in het feit dat onder deze beperking het downloaden van bestanden voor eigen gebruik in Nederland is toegestaan. Teeven wilde een civielrechtelijk downloadverbod in voeren, waardoor niet alleen het uploaden, maar ook het downloaden uit evident illegale bron verboden zou worden. Tijdens de laatste vergadering van de Tweede Kamer in 2011 vroeg een meerderheid van het parlement de regering af te zien van het voornemen te komen tot een downloadverbod. Hiermee was het downloadverbod van de baan. Tijdens een regulier auteursrechten overleg eind 2012 leek het er ineens toch weer op dat er een meerderheid van de Tweede Kamer voorstander te vinden was voor de ontwikkeling van een wetsvoorstel, waarbij het downloaden uit illegale bron verboden zou worden. In het daaropvolgende debat blijkt dat de woordvoerder Recourt van de PvdA, de politieke partij waarmee de parlementaire meerderheid zou kunnen worden gevormd, verkeerd begrepen. Alhoewel de partij weliswaar niet tevreden is met de thuiskopieheffing, is het geenszins van plan een voorstel te steunen waarmee het downloaden van auteursrechtelijke werken zonder toestemming van de rechthebbende, wordt verboden. Bij beide pogingen om te komen tot een downloadverbod vormt zich een meerderheid tegen het wetsvoorstel, om reden dat dit de privacy van gebruikers aantast, de ontvangst van informatie belemmert, en men twijfelt aan de doelmatigheid van het verbod. In dit hoofdstuk behandel ik allereerst de huidige mogelijkheden het auteursrecht individueel te handhaven bij onrechtmatige

exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken op het internet. Vervolgens zal worden ingaan op een uitbreiding hiervan door een downloadverbod. Hierbij zal ik, mede aan de hand van de wijze waarop dit instrument functioneert binnen andere Europese rechtsstelsels, beoordelen of het downloadverbod kan bijdragen aan een betere werking van het auteursrecht. Bij deze beoordeling zal naast doelmatigheid aandacht zijn voor de afweging tussen betrokken grondrechten.

4.2 Huidige mogelijkheden om auteursrechtelijke inbreuken te verbieden

Bij onrechtmatige exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken op het internet wordt het auteursrechtelijk verbodsrecht tot op heden meestal aangewend jegens tussenpersonen die hierbij een rol spelen. Allereerst kunnen tussenpersonen aansprakelijk worden gesteld voor de schade die rechthebbenden ondervinden door de inbreuk op hun auteursrecht. Deze tussenpersonen bestaan uit bedrijven die zorgdragen voor de aansluiting van consumenten en bedrijven op het internet, zogenaamde internet service providers (ISPs). Teneinde de rechten en plichten van deze tussenpersonen op het internet te reguleren is binnen de Europese Unie de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij met name de elektronische handel in de interne markt (E-Commerce Richtlijn) in werking getreden. Hierbij is in dit kader met name van belang dat, mits ISPs geen invloed uitoefenen op de inhoud, en het begin-, en eindpunt van de communicatie, zij niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de informatie die wordt verstuurd. De ISP handelt dan als een doorgeefluik. In het Nederlandse recht is deze uitsluiting van aansprakelijkheid opgenomen in artikel 6:169c lid 1 BW. In het geval een ISP een gebruiker van het netwerk een opslagfaciliteit met toegang tot het internet verleent (hosting), dan is deze niet aansprakelijk wanneer deze niet daadwerkelijk kennis heeft van onwettige activiteiten. Wanneer de ISP dit besef verkrijgt, is deze verplicht na verzoek prompt te handelen, zodat de informatie niet meer toegankelijk en/of verwijderd wordt. De voorwaarden van uitsluiting van aansprakelijkheid bij hosting is opgenomen in artikel 6:169c lid 4 BW. Er is in de richtlijn en de wet geen procedure vastgesteld voor dergelijke 'notice and take down' verzoeken. De wijze waarop en met welke waarborgen deze procedures plaats vinden, zijn door marktpartijen in de Gedragscode Notice-and-Take-Down bepaald. Deze gedragscode is een document, die ISPs vrijwillig kunnen onderschrijven. Het is opgesteld om ISPs meer duidelijkheid te bieden bij de behandeling van klachten over de onrechtmatigheid of strafbaarheid van informatie op het internet. De bovenstaande uitsluiting van aansprakelijkheid laat onverlet dat kan worden verzocht om een rechterlijk verbod of bevel (artikel 6:169c lid 5 BW). Alhoewel ISPs geregeld worden verzocht webpagina's onbereikbaar te maken, komt de toepassing van deze vorm van aansprakelijkheid in het kader van de handhaving van auteursrecht jegens het kopiëren uit illegale bron niet of nauwelijks voor.

ISPs faciliteren over het algemeen geen diensten welke direct inbreuk maken op de aan de auteursrechthebbende voorbehouden handeling zoals bepaald in artikel 3 lid 1 ARI. Ook oefenen deze tussenpersonen geen invloed uit over de inhoud van de informatie, en het begin- en eindpunt van de verzending.

Naast ISPs zijn andere bedrijven actief bij het gebruik van de digitale netwerk omgeving. Deze tussenpersonen verlenen diensten in het netwerk die door consumenten worden gebruikt voor bepaalde toepassingen. Met betrekking tot de verspreiding, exploitatie, en consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken zijn er verschillende diensten ontplooid, software ontwikkeld en gerechtelijke procedures gevolgd. Zo werd de software KaZaA waarmee gebruikers onderling (peer-to-peer) bestanden uit konden wisselen, in 2003 door de Hoge Raad als niet onrechtmatig beoordeeld. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het Hof dat het onmogelijk zou zijn om de software aan te passen zodat geen, op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra-repertoire, inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen kunnen plaatsvinden⁹². Deze uitspraak was vernieuwend in die zin dat Nederland hiermee wereldwijd het eerste land was, waar het gebruik van peer-to-peer software onomstotelijk toegestaan was. Wanneer de uitspraak wordt geplaatst in de context van andere uitspraken, waarbij gepoogd werd een bepaalde technische ontwikkeling te verbieden vanwege het feit dat hiermee auteursrechtelijke inbreuken mogelijk zouden worden, is deze minder vernieuwend, of zelfs logisch te noemen. Zo werd in de Verenigde Staten in 1984 in de zaak Sony Corp v. Universal City Studios eenzelfde oordeel geveld; fabrikanten en verkopers van video recorders konden niet aansprakelijk worden gesteld, omdat een groot deel van het gebruik van video recorders voor redelijke doeleinden werd gebruikt, zoals bijvoorbeeld 'private time-shifting'⁹³. Als fabrikanten van technologie of software en ISPs zich neutraal opstellen, dat wil zeggen geen actieve betrokkenheid hebben bij de inhoud van de informatie en totstandkoming van de overdracht van informatie, kunnen zij niet worden aangesproken voor de schade van auteursrechthebbende.

De auteursrechthebbenden hebben hun aansprakelijkheidsclaims vervolgens gericht tot tussenpersonen die actieve betrokkenheid hebben bij het, op auteursrechten inbreuken makend, aanbod van auteursrechtelijk beschermde werken. Stichting Brein heeft in dit verband verschillende procedures gevoerd jegens de organisatie verantwoordelijk voor het beheer van de website The Pirate Bay. Door middel van deze website krijgen gebruikers informatie over de beschikbaarheid van bestanden, vaak auteursrechtelijk beschermd materiaal, die andere gebruikers delen. Doordat The Pirate Bay gebruikers actief helpt, geen actie onderneemt wanneer sprake zou zijn van inbreuk

⁹² Hoge Raad 19 december 2003. LJN AN7253, r.o. 4.3.

⁹³ Megan Richardson, 'Downloading Music off the Internet: Copyright and Privacy in Conflict?' in: *Journal of Law and Information Science*. Vol 13, Nr. 1, p. 90-106.

makende handelingen, en gebruikers in staat stelt om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen, wordt het belang van de auteursrechthebbenden om zelf te bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden hun werken de gebruiker bereiken, geschaad⁹⁴. In een gerechtelijke procedure tussen Eyeworks en FTD oordeelt het Hof eveneens dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens het auteursrecht van de rechthebbende op grond van artikel 6:162 BW⁹⁵. FTD is een organisatie die een website beheert met behulp waarvan gebruikers informatie verkrijgen over de beschikbaarheid van diverse werken. Hieronder zijn ook verwijzingen naar welke bestanden de film *Komt een vrouw bij de dokter* bevat. FTD wordt aansprakelijk bevonden omdat zij het uploaden van auteursrechtelijk materiaal stimuleert, waarvan zij weet of behoort te weten dat hiermee de rechthebbende schade wordt toegebracht, en dat zij hiervan zelf profijt trekt. Uit bovenstaande blijkt dat een procedure jegens een tussenpersoon ter verkrijging van het recht op schadevergoeding zinvol is wanneer behalve sprake is van het feit dat de aangesproken partij direct inbreuk (uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal) mogelijk maakt, maar deze tussenpersoon ook actieve betrokkenheid heeft bij het onrechtmatig handelen (stimulering), niet voldoende reageert op vermeende auteursrechtelijke inbreuken, en het mogelijk maken van onrechtmatig handelen jegens het auteursrecht voor de tussenpersoon profijt oplevert. Deze aansprakelijkheid is voor de rechthebbenden slechts een spreekwoordelijk doekje tegen het bloeden. De gebruikers hebben met behulp van deze diensten het auteursrechtelijk beschermd materiaal reeds verkregen. Daarnaast valt het recht op schadevergoeding - gezien het feit dat beherende organisaties dikwijls gevestigd zijn in het buitenland - erg traag en moeilijk te gelde te maken. Ook blijkt dat, nadat een organisatie succesvol is aangesproken, dezelfde of een andere organisatie doorgaat met het mogelijk maken van op auteursrechten inbreukmakende handelingen. De Europese wetgever heeft daarom ook voorzien in een snel te verzoeken en ruim toe te passen auteursrechtelijk verbodsrecht jegens deze en andere organisaties die betrokken zijn als tussenpersonen bij het op de auteursrechten inbreukmakend handelen.

Specifiek met betrekking tot het verbodsrecht bij auteursrechtelijke inbreuken jegens tussenpersonen zijn twee richtlijnbevestigingen van belang. Allereerst is in artikel 8 lid 3 ARI de verplichting voor lidstaten opgenomen om een rechthebbende de mogelijkheid te geven om een verbod te verzoeken ten aanzien van een tussenpersoon middels wiens diensten de inbreukmaker inbreuk maakt op auteursrechten. Het gaat hier dan om een tussenpersoon die door middel van een dienst auteursrechtinbreuken faciliteert. De inroeping van dit verbodsrecht is verruimd door artikel 11 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de

⁹⁴ Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2009. LJN BK1067, r.o. 5.11.

⁹⁵ Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010, LJN BO3980, r.o. 6.7.

handhaving van intellectuele eigendomsrechten (Handhavingsrichtlijn). Hiermee is de mogelijkheid geschapen, nadat is komen vast te staan dat sprake is van inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht, en het een bevel tot staking van de inbreuk tegen de inbreukmaker tot geen resultaat heeft geleid, het rechterlijk bevel ook kan worden verzocht jegens tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele eigendomsrecht te maken. Dit maakt de tussenpersoon niet aansprakelijk, maar dient ertoe tot staking te komen van de diensten die door de derde worden gebruikt om inbreuk te maken. In de Auteurswet is deze verbodsmogelijkheid neergelegd in artikel 26d Auteurswet:

De rechter kan op vordering van de maker, tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op auteursrecht te maken, bevelen de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken, te staken.

De wetgever stelde bij de implementatie van artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn over artikel 26d Aw dat:

De rechter zal hierbij moeten afwegen of deze vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel en het belang van de rechthebbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering de tussenpersoon eventueel toebrengt. De tussenpersoon dient redelijkerwijs in staat te zijn aan de vordering te voldoen, zonder daarvoor onevenredige kosten te moeten maken. Indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is als het dagvaarden van een tussenpersoon, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden.⁹⁶

Daarnaast heeft de Europese wetgever ook snel ingrijpen mogelijk willen maken. Artikel 1019e Rv is ingevoerd op grond van artikel 9 lid 4 van de Handhavingsrichtlijn. Een eiser kan hiermee in kort geding om een verbod verzoeken ter voorkoming van een dreigende inbreuk, met onherstelbare schade voor de rechthebbende, zonder dat de vermeende inbreukmaker onmiddellijk in die procedure betrokken wordt, dus *ex parte*⁹⁷.

In 2012 heeft de Rechtbank 's Gravenhage op basis van deze bevoegdheid de verplichting opgelegd aan internet service providers (eerst Ziggo en Xs4all⁹⁸, en vervolgens UPC, KPN, T-Mobile, en Tele2⁹⁹) om de (sub)domeinnamen en IP-adressen van The Pirate Bay niet bereikbaar te maken voor gebruikers. De Rechtbank nam het argument van Stichting BREIN over dat na verschillende procedures het kennelijk onmogelijk blijkt te zijn om de auteursrechtinbreuken gefaciliteerd door The

⁹⁶ Kamerstukken II Aanpassingen ter uitvoering van Richtlijn 2004/48/EG. 30.392, nr. 3. p.26.

⁹⁷ Kamerstukken II Aanpassingen ter uitvoering van Richtlijn 2004/48/EG. 30.392, nr. 3. p.23.

⁹⁸ Rechtbank 's Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549

⁹⁹ Rechtbank 's Gravenhage 10 mei 2012, LJN BW5387

Pirate Bay tot staken te dwingen. Aangezien abonnees van de service providers muziek, films of games uitwisselen via The Pirate Bay, en dat het gebruik van het BitTorrent protocol impliceert dat gebruikers ook uploaden, en derhalve inbreuken hebben gemaakt op auteursrechten, komt de rechtbank tot het oordeel dat het gevorderde bevel tot blokkering van The Pirate Bay door de internet service providers gerechtvaardigd is. In deze procedure wordt mijn inziens op juiste wijze een balans geslagen tussen de belangen van rechthebbenden bij de uitoefening van het auteursrecht, en het belang van burgers in het kader van de vrijheid van meningsuiting ongehinderd informatie te verkrijgen. Allereerst dienen de rechthebbenden allereerst de direct betrokkenen aan te spreken. Ten tweede is het vervolgens niet mogelijk ISPs te dwingen websites af te sluiten zonder gerechtelijke tussenkomst. Ten derde wordt bij een blokkade bovendien niet in praktische zin te veel gevraagd van ISPs. Ten vierde wordt het internetverkeer van gebruikers op de wijze niet naar inhoud geïnspecteerd. Ten vijfde wordt de toegang tot informatie slechts gehinderd voor zover dit een website betreft die zich richt op het mogelijk maken van op auteursrechten inbreukmakend handelen. De rechthebbenden zullen dus in toekomstige gevallen ook eerst de direct betrokken tussenpersoon dienen aan te spreken. Als deze vervolgens weigert te handelen naar aanleiding van rechterlijke uitspraken, kunnen, slechts mits er sprake is van voldoende inbreukmakend handelen door de abonnees van internet service providers, internet service providers worden bevolen websites te blokkeren.

4.3. Uitbreiding van auteursrechtelijke handhaving door middel van een downloadverbod

De vraag is op welke wijze, het scheppen van de mogelijkheid een downloadverbod te bevelen, een bijdrage kan leveren aan de handhaving van het auteursrecht. Zoals uit het bovenstaande blijkt, richt de handhaving van het auteursrecht in Nederland op tussenpersonen die informatie verstrekken over de beschikbaarheid van auteursrechtelijk beschermde werken die worden gedeeld door gebruikers. Deze vorm van handhaving richt zich op tussenpersonen die direct of indirect betrokken zijn bij op auteursrechten inbreukmakend handelen. Het daadwerkelijk inbreukmakend handelen vindt in de vorm van gegevensoverdracht in de regel plaats tussen gebruikers onderling. De gebruiker die het auteursrechtelijk beschermd werk beschikbaar stelt of verstuurt, maakt op grond van artikel 1 Aw inbreuk op het uitsluitende recht van de maker het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Hieronder valt onder uitsluitende recht van de maker volgens artikel 3 ARI ook het recht van mededeling van werken aan het publiek, per draad of draadloos, en op grond van artikel 4 ARI het recht op elke vorm van distributie van werken of kopieën. Staatssecretaris Teeven wenst, naast een verbod jegens tussenpersonen en een verbod jegens de directe inbreukmaker (diegene die

auteursrechtelijk beschermde werken beschikbaar stelt), ook een verbod jegens degene die downloaden uit evident illegale bron¹⁰⁰.

In Europa gaan nationale overheden op verschillende manieren met een dergelijk downloadverbod om. In Frankrijk is de Handhavingsrichtlijn geïmplementeerd door middel van wetgeving. Deze wordt vaak HADOPI genoemd naar het bestuursorgaan dat oordeelt over vermeende auteursrechtinbreuken: Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet). Hierbij kan een internetgebruiker die herhaaldelijk inbreuk (mogelijk) maakt op auteursrechten in toenemende hevigheid daarop kan worden aangesproken. Deze vorm van handhaving wordt ook wel 'three strikes' wetgeving genoemd, vanwege het feit dat een gebruiker nadat voor de derde keer inbreuk is geconstateerd kan worden afgesloten van het internet. In 2009 werd de toepassing van de wet door het Grondwettelijk Hof als onrechtmatig beoordeeld, omdat een gebruiker zonder tussenkomst van de rechter van het internet kon worden afgesloten. De Franse overheid heeft naar aanleiding hiervan de procedure aangepast, zodat deze maatregel slechts kan worden opgelegd na toetsing door een rechterlijke instantie¹⁰¹. Onlangs besloot minister van Cultuur Filippetti tot afschaffing van de maatregel waarmee een gebruiker kan worden afgesloten van het internet¹⁰². De zwaarste maatregel voor onachtzaamheid met betrekking tot de bescherming van auteursrechten is nu een boete tot de hoogte van €1500,-. Ook in Duitsland kunnen individuele gebruikers aangesproken wanneer zij inbreuk maken op auteursrechten. ISPs kunnen volgens het Bundesverfassungsgericht in een uitspraak uit 2008, op grond van de Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken, slechts worden gedwongen tot het verstrekken van informatie over de gebruiker wanneer sprake is van 'Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten'¹⁰³. Auteursrechtelijke inbreuken zijn geen strafbare feiten. Na deze uitspraak heeft het Duitse parlement een nieuwe wet aangenomen waarmee ISPs slechts gedwongen kunnen worden informatie te verstrekken over gebruikers, op verzoek van de Officier van Justitie, wanneer er sprake is van inbreuk op commerciële schaal. De boete is hierbij verlaagd van €1000,- naar €100,-¹⁰⁴. In andere Europese rechtstelsels vormt het recht op een eerbiediging van de

¹⁰⁰ Speerpuntenbrief Auteursrecht 2020 door Staatssecretaris Teeven, 11 april 2011, p. 9.

¹⁰¹ Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37, p. 39, e.v.

¹⁰² Décret 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027678782>)

¹⁰³ Bundesverfassungsgericht. 11 maart 2008. 1 BvR 256/08, r.o. 6.

¹⁰⁴ Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks

persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) een groter obstakel voor een gedwongen verstrekking van persoonsgegevens over de gebruiker door ISPs in het kader van vermoedelijke inbreuken op auteursrechten. In Oostenrijk worden IP-adressen niet gezien als persoonsgegevens, maar als communicatiegegevens. Nationale regelgeving bepaalt hierover dat deze gegevens slechts door ISPs kan worden verstrekt, nadat deze zijn geanonimiseerd¹⁰⁵. In Italië heeft een zaak gediend in 2007 waarbij een organisatie namens rechthebbenden internetgegevens van vermeende inbreukmakers op auteursrechten verzamelde. Dit werd in strijd met grondwettelijke, en Europeesrechtelijke fundamentele rechten, zoals privacy en geheimhouding van communicatie beoordeeld. De betrokken ISP kon op basis daarvan niet worden gedwongen persoonsgegevens te overleggen¹⁰⁶. In België werd de internet service provider genaamd Scarlet door de nationale rechter gedwongen internet verkeer te filteren, en verkeer, waarmee auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming werden gedeeld, te blokkeren. De zaak kwam door middel van een prejudiciële vraag voor het Europese Hof van Justitie¹⁰⁷. Deze oordeelde dat een dergelijke vorm monitoring, waarbij alle communicatie gefilterd wordt, in strijd met de verboden algemene toezichtsverplichting van artikel 15 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG. Bovendien vormt deze methode geen juist evenwicht tussen de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt. Ook is het niet conform de voorwaarden uit artikel 3 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn dat bepaalt dat bescherming van intellectuele eigendomsrechten niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn¹⁰⁸. Het Europese recht geeft lidstaten de ruimte voor deze verschillende benaderingen. In de rechtszaak tussen Promusicae vs. Telefónica de España, waarbij de auteursrechtenorganisatie persoonsgegevens wenste te ontvangen van de ISP, heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat lidstaten de verstrekking van persoonsgegevens in civiele procedures op grond van Richtlijn 2002/58/EG mogen toestaan, maar dat lidstaten niet verplicht zijn (op grond van Richtlijnen 2000/31/EG, 2001/29/EG, of 2004/48/EG) persoonsgegevens openbaar te maken om auteursrechten te beschermen¹⁰⁹. Lidstaten moeten een redelijke balans zien te vinden tussen de betrokken fundamentele rechten, waarbij deze niet alleen consistent dient te zijn met hetgeen bepaald in de verschillende richtlijnen, maar ook met algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het

in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37, p. 27.

¹⁰⁵ Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37, p. 27, e.v.

¹⁰⁶ Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37, p. 32, e.v.

¹⁰⁷ Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37, p. 37, e.v.

¹⁰⁸ HvJ EU 24 november 2011. C-70/106 (Scarlet vs. Sabam). r.o. 40, e.v.

¹⁰⁹ HvJ EU 29 januari 2008. C-275/06 (Promusicae vs. Telefónica de España). r.o. 53, 60.

beginsel van evenredigheid¹¹⁰. Binnen Europa is een tendens waar te nemen dat lidstaten de ruimte die het Europees recht biedt om de betrokken grondrechten te balanceren steeds minder vaak benutten om een beleid te hanteren die ten nadele van de gebruiker die slechts in beperkte mate via het internet een privé-kopie verkrijgt. De eerbiediging van persoonlijke levenssfeer wint het in deze omstandigheid van het recht op eigendom.

De reden die staatssecretaris Teeven aandraagt voor de invoering van een verbod op het downloaden uit illegale bron, is dat volgens de huidige stand van het recht het als tussenpersoon verschaffen van diensten die door derden worden gebruikt voor downloaden uit illegale bron niet onrechtmatig of verboden is, omdat het downloaden uit illegale bron thans onder de privé-kopie beperking valt¹¹¹. Het lijkt Teeven niet zozeer te doen te zijn om een verzwaring van de handhavingspraktijk (zoals dit ook niet het geval is bij games en andere software, welke werken niet onder de thuiskopiebeperking vallen (art. 45n Aw.)), maar om op deze wijze inbreuk faciliterende websites en diensten eenvoudiger aansprakelijk gesteld of verboden te krijgen¹¹². Hij geeft als huidige stand van het recht onder andere de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 9 februari 2011. Hierin zou de website FTD zich verschuilen achter de rechtmatigheid van het downloaden uit illegale bron. Op grond van de uitspraak van de rechtbank handelt de website slechts onrechtmatig voor zover het een forum biedt voor uploaders. Door de indexering van de binnen nieuwsgroepen aanwezige bestanden (die voor een groot deel auteursrechtelijk beschermde werken bevatten) wordt in directe zin voornamelijk het downloaden gefaciliteerd. Op grond van het feit dat de Minister van Justitie in 2003 heeft bepaald dat het downloaden uit illegale bron onder de thuiskopie beperking valt¹¹³, kunnen websites die melding maken zonder dat sprake is van een hieraan gekoppelde upload van auteursrechtelijk beschermde werken, niet worden verboden. Pas zodra het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig zou worden, dan kunnen ook dergelijke websites op grond van het feit dat zij worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht (art. 8 lid 3 ARI en art. 26d Aw), worden verboden. Teeven geeft verder aan op Europees niveau te willen pleiten voor de handhaving van auteursrecht door het ontoegankelijk maken van inbreukmakende websites en diensten, en niet voor een handhaving door middel van de Franse 'three-strikes wetgeving'¹¹⁴.

Aangezien het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een grondrecht is welke niet licht geschonden mag worden, dient de Nederlandse overheid bij de invoering van een downloadverbod zorg te dragen voor een gebalanceerde uitvoering. Uit verschillende Europese

¹¹⁰ HvJ EU 29 januari 2008. C-275/06 (Promusicae vs. Telefónica de España). r.o. 68.

¹¹¹ Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010, LJN BO3980. Rechtbank Haarlem 9 februari 2011 LJN BP3757.

¹¹² Speerpuntenbrief Auteursrecht 2020 door Staatssecretaris Teeven, 11 april 2011, p. 10.

¹¹³ Kamerstukken II 2002/2003 Wetsvoorstel 28.482, nr. 8. p.13.

¹¹⁴ Speerpuntenbrief Auteursrecht 2020 door Staatssecretaris Teeven, 11 april 2011, p. 11.

rechtstelsels, zoals bijvoorbeeld Frankrijk en Duitsland, blijkt dat enkel gebruikers die op grote schaal inbreuk plegen hierop kunnen worden aangesproken. Daarnaast is de zwaarste maatregel die in deze landen op onachtzaamheid/inbreuk van auteursrechten staat een boete. Alhoewel in Frankrijk voorheen de uitsluiting van het internet als zwaarste maatregel gold, is deze komen te vervallen vanwege de grote mate van kritiek op deze inperking van de vrijheid van meningsuiting (met name het recht op informatie als onderdeel hiervan). Een maatregel kan in Frankrijk slechts worden opgelegd nadat het bestuursorgaan HADOPI de inbreukmaker heeft gewaarschuwd. In Duitsland kan het slechts nadat de Officier van Justitie bij de bevoegde rechterlijke instantie heeft verzocht om het opleggen van de boete. Uit verschillende rechtszaken in Oostenrijk en Italië blijkt dat de directe verstrekking van persoonsgegevens van ISPs aan rechthebbenden in strijd lijkt te zijn met Europese richtlijnen en grondrechten. Uit de beantwoording van de prejudiciële vragen naar aanleiding van een Belgische procedure bleek dat het gedwongen monitoren van dataverkeer met het oog op het blokkeren van op auteursrechten inbreukmakend verkeer, op meerdere punten strijdig is met verschillende Europese richtlijnen en fundamentele rechten. Daarbij komt dat aangezien staatssecretaris Teeven het downloadverbod enkel wenst in te voeren om het verweer van inbreukmakende websites en partijen die dit faciliteren te verzwakken, mijn inziens persoonsgegevens op grond hiervan niet zouden mogen worden bewaard en verstrekt. Want de opslag en verstrekking van persoonsgegevens is in dit verband dan niet noodzakelijk, en dient geen specifiek, expliciet en legitiem doel, zoals door de Europese wetgever vereist¹¹⁵.

Bovendien lijkt het downloadverbod, na de uitspraken van de rechtbank 's Gravenhage uit 2012 waarmee verschillende ISPs werden bevolen de website van The Pirate Bay te blokkeren, in de redenering zoals deze door staatssecretaris Teeven in zijn speerpuntenbrief is verwoord, niet meer nodig te zijn. ISPs kunnen immers succesvol worden aangesproken websites te blokkeren die bijdragen aan het zonder toestemming van de rechthebbende uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken. De rechtbank oordeelde, mijn inziens terecht, dat bij een gebruikmaking van het protocol BitTorrent gebruikers zowel downloaden als uploaden. Dat het technisch gezien mogelijk is het uploaden uit te schakelen, neemt niet weg dat als een uitschakeling standaard zou zijn, een torrent systeem nooit kan functioneren. Want voor iedere downloader, is een uploader nodig. Met dit gegeven en aanvullend bewijs dat abonnees van de aangesproken ISPs daadwerkelijk betrokken waren bij de upload van auteursrechtelijk beschermde werken, achtte de rechtbank voldoende bewezen dat door middel van de website The Pirate Bay door abonnees inbreuk is gemaakt op het

¹¹⁵ Overweging 25 van Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken.

auteursrecht van rechthebbenden¹¹⁶. Voor de handhaving van de auteursrechten middels een verbod uitgevoerd door ISPs is de onrechtmatigheid van het downloaden uit evident illegale bron in dit geval dus geen noodzakelijke voorwaarde. Problematischer zal het overigens worden wanneer via de betreffende website voor een groot gedeelte ook materiaal met toestemming van de rechthebbende wordt gedeeld. Daarnaast is het reëel te verwachten dat het effect van de blokkade van The Pirate Bay op het zonder toestemming delen van auteursrechtelijk beschermde werken beperkt blijft, zo stelt recent onderzoek van CentERData en IViR¹¹⁷. Allereerst geeft slechts 25% van de respondenten überhaupt aan uit illegale bron te downloaden. En alhoewel meer dan de helft aangeeft na blokkade verwacht te stoppen of minderen met het downloaden uit illegale bron, blijkt ten tweede dat bij navraag onder abonnees van ISPs die The Pirate Bay reeds blokkeren, geen vermindering in het downloaden uit illegale bron optreedt. Diegene die wil downloaden uit illegale bron, verkrijgt ondanks de blokkade van The Pirate Bay informatie over de beschikbaarheid van auteursrechtelijk beschermde werken welke door gebruikers worden gedeeld (via andere websites (of nieuwsgroepen) en door middel van het gebruik van een VPN of proxy verbinding naar een buitenlandse server, van waaruit The Pirate Bay niet geblokkeerd wordt). Dat de blokkade niet effectief zou blijken te zijn, wat de conclusie is van het onderzoek, hoeft naar mijn mening niet te betekenen dat The Pirate Bay ten onrechte wordt geblokkeerd. De mate waarin via deze website zonder toestemming van de auteursrechthebbende, films, muziek, series en games worden aangeboden, maakt mijn inziens een bevel tot blokkade gerechtvaardigd. Dat het blokkeren van deze website echter (nog) onvoldoende blijkt te zijn om een groot effect in het tegengaan van up- en downloaden uit illegale bron te bewerkstelligen, vormt mijn inziens eerder een argument voor de stelling dat rechthebbenden door middel van deze wijze van handhaving (door middel van een rechterlijk verbod) slechts achter de feiten aanlopen.

4.4. Balans

Rechthebbenden hebben op dit moment verschillende mogelijkheden om een inbreukmaker of een tussenpersoon die de inbreuk faciliteren tot stoppen te dwingen. De ISP kan aansprakelijk worden gesteld wanneer het actief betrokken is bij de inhoud van de informatie, of het begin- en eindpunt van de communicatie. Daarnaast kan de ISP door de rechter worden bevolen een website te blokkeren. Hiervoor dient eerst de inbreukmakende website zelf in rechte te zijn aangesproken, Vervolgens dient te blijken dat de organisatie verantwoordelijk voor het beheer van de website niet aan een rechterlijk

¹¹⁶ Rechtbank 's Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549, r.o. 4.12.

¹¹⁷ Joost Poort, Jorna Leenheer, Jeroen van der Ham, Cosmin Dumitru. *Baywatch: two approaches to Measure the Effects of Blocking Acces to The Pirate Bay*. Working Paper, 22 Augustus 2013.

verbod gehoor geeft. Dan pas kan de ISP tot een blokkade van de website worden bevolen. Bij het vormen van een verbod waarbij het downloaden uit evident onrechtmatige bron onrechtmatig wordt, dient het eigendomsrecht te worden afgewogen tegen het recht op een eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Alhoewel Europees recht de ruimte laat voor een dergelijk verbod, is in diverse Europese nationale rechtstelsels de tendens waar te nemen, dat het recht op privacy in dit verband over het algemeen zwaarder zou moeten wegen dan het eigendomsrecht van de rechthebbende. In sommige stelsels weegt het eigendomsrecht zwaarder op het moment dat auteursrechtinbreuken en stelselmatig en/of commercieel karakter krijgen. Aangezien staatssecretaris Teeven het downloadverbod wil invoeren om inbreuk faciliterende tussenpersonen gemakkelijker en sneller tot stoppen te kunnen dwingen, is de opslag van persoonsgegevens van individuele gebruikers niet noodzakelijk. Een systeem waarbij dit wel zou worden opgeslagen is in strijd met Europees recht (Richtlijn 2006/24/EG). Indien het oordeel van de rechtbank 's Gravenhage door hogere rechters wordt bevestigd dat downloaden ook uploaden inhoudt, en dat ISPs gedwongen kunnen worden tot een blokkade van websites die dit faciliteren, is het wetsvoorstel om te komen tot onrechtmatig downloaden uit evident onrechtmatige bron minder noodzakelijk.

5. De privé-kopie binnen Digital Rights Management systemen

5.1. Inleiding

De toekomst van het auteursrecht in de informatiemaatschappij is volgens de Europese wetgever gelegen in een feitelijke controle over het auteursrechtelijk beschermde werk door de rechthebbende. In de Auteursrechtlijn zijn verschillende artikelen opgenomen waarmee de Europese wetgever de positie van deze technische voorzieningen heeft willen reguleren. Het was de verwachting dat het gebruik van dergelijke technische voorzieningen de norm zou worden voor de exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken. Doordat de rechthebbende door middel van technische voorzieningen de toegang van de gebruiker tot het werk bepaalt, kan de rechthebbende zich hiermee feitelijke controle over het werk verschaffen. De technische voorziening kan zo worden ingericht dat het maken of verkrijgen van een kopie, zonder toestemming van de rechthebbende, niet mogelijk is. Door de ingebruikname van technische voorzieningen zou het maken van een privé-kopie door de rechthebbende en niet meer door middel van heffing gereguleerd worden.

Alhoewel verschillende exploitatievormen voor auteursrechtelijk beschermde werken waarbij toegang wordt bepaald door technische voorzieningen tot nu toe het licht hebben gezien, kan niet worden gezegd dat hiermee de beperking van het auteursrecht voor het maken van een privé-kopie volledig en zonder problemen privaatrechtelijk gereguleerd wordt. In dit hoofdstuk zal ik eerst ingaan op de huidige praktische en juridische status van technische voorzieningen met betrekking tot het

reguleren van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. Vervolgens zal ik bepalen of technische voorzieningen wenselijk zijn met betrekking tot de handhaving van auteursrecht in het algemeen en de privé-kopie in het bijzonder. Daarna beantwoord ik de vraag, op welke wijze de negatieve uitwerkingen het beste kunnen worden voorkomen. Als laatste kom ik toe aan een balans van het onderzoek naar de positie van de privé-kopie ten opzichte van auteursrechtelijke werken beschermd door technische voorzieningen.

5.2. Huidige positie van technische voorzieningen ten opzichte van de privé-kopie beperking

De Europese wetgever wenste door middel van het opstellen van de Auteursrechtlijn de toetreding van lidstaten tot het WIPO Auteursrechtverdrag (WCT) en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT) mogelijk te maken. Bij deze verdragen werd bepaald dat de ontwikkeling van technische voorzieningen diende te worden beschermd door middel van adequate rechtsbescherming (art. 12 WCT en 19 WPPT). De ontwikkeling van deze techniek zou de houders van auteursrechten in staat stellen gebruik te maken van technische voorzieningen ter voorkoming of beperking van handelingen die door hen niet zijn toegestaan. Ter implementatie van beide WIPO-verdragen stelde de Europese wetgever daarom in de Auteursrechtlijn dat lidstaten verplicht zijn rechtsbescherming te bieden tegen het onwerkzaam maken van doeltreffende technische voorzieningen en tegen de levering van inrichtingen en producten of diensten voor dat doel¹¹⁸. Deze rechtsbescherming werd vastgelegd in artikel 6 lid 1 en 2 van de Auteursrechtlijn. Als voorwaarde stelde de richtlijn dat een technische voorziening doeltreffend dient te zijn. Daarnaast is in dit artikel ook de verhouding van technische voorzieningen tot de bestaande beperkingen van artikel 5 bepaald.

Om met de verhouding tussen technische voorzieningen en de toelaatbare beperkingen van auteursrecht te beginnen; art 6 lid 4 ARI bepaalt dat lidstaten passende maatregelen dienen te nemen, zodat ongeacht de technische voorzieningen de in dit lid bepaalde beperkingen en restricties van auteursrecht kunnen worden uitgeoefend. De beperkingen die de Lidstaten verplicht zijn mogelijk te maken, zijn die uit artikel 5 lid 2 sub a, c, d, en e, en lid 3 onder a, b en e ARI. Deze verplichting geldt dus niet met betrekking tot het mogelijk maken van een privé-kopie (artikel 5 lid 2 sub b ARI). Artikel 6 lid 4 ARI stelt dat een lidstaat ook maatregelen mag nemen met betrekking tot de begunstigde van de privé-kopie beperking. Dit mag zij slechts doen onder de volgende drie voorwaarden. De reproductie voor privégebruik is niet reeds overeenkomstig artikel 5 lid 2 sub b en lid 5 ARI door de rechthebbende mogelijk gemaakt. Een lidstaat mag de maatregelen alleen instellen voor zover het nodig is van de

118

Overweging 47 van 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

bepanking te genieten. De genomen maatregelen mogen de rechthebbende niet weerhouden adequate maatregelen te nemen betreffende het aantal reproducties. Daarnaast heeft de Europese wetgever bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn bepaald dat, met betrekking tot de privé-kopie beperking in het kader van technische voorzieningen, lidstaten dienen te bevorderen dat vrijwillige maatregelen worden genomen om het doel van de beperking te helpen bereiken. Indien binnen redelijke termijn geen vrijwillige maatregelen zijn getroffen, kunnen lidstaten maatregelen nemen die ervoor zorgen dat begunstigen van de beperking kunnen profiteren. Rechthebbenden mogen niet worden belet overeenkomstig artikel 5 lid 2 sub b en lid 5 technische voorzieningen te treffen, waarbij sprake is van billijke compensatie en mogelijke differentiatie van gebruiksvoorwaarden (zoals bijvoorbeeld het controleren van het aantal reproducties)¹¹⁹. Artikel 6 lid 4 ARI is in Nederland geïmplementeerd door de opname van artikel 29a in de Auteurswet. In lid 1 is bepaald wat moet worden verstaan onder doeltreffende technische beschermingsmaatregelen. In lid 2 en 3 is vastgesteld dat het omzeilen van technische voorzieningen of het handelen in diensten of producten die dit mogelijk maken een onrechtmatige daad inhoudt. In lid 4 heeft de Nederlandse wetgever de mogelijkheid geschapen om middel AMvBs maatregelen te nemen waardoor begunstigen van beperkingen van het auteursrecht hiervan kunnen profiteren. Hieronder vallen niet alleen de beperkingen die de Europese wetgever lidstaten heeft verplicht mogelijk te maken, maar ook de privé-kopie beperking waartoe een Lidstaat de mogelijkheid heeft, maar niet verplicht is. De Nederlandse wetgever heeft de verplichting maatregelen te nemen om de begunstigen in staat te stellen bepaalde beperkingen te benutten, niet geïmplementeerd. De gedachte achter regulering mogelijk te maken via een AMvB, is dat daarmee een belangrijke stimulans zou worden gecreëerd om te bewerkstelligen dat het overleg over gebruikersvrijheden tot overeenstemming zou leiden¹²⁰. Met andere woorden, de Nederlandse wetgever stuurt niet alleen omtrent het mogelijk maken van de privé-kopie, maar ook overige beperkingen in het kader van technische voorzieningen aan op zelfregulering.

Er hebben zich in de praktijk, na de totstandkoming van het wettelijk kader voor technische voorzieningen in de vorm van de Auteursrechtlijn, verschillende vormen van controle over auteursrechtelijk beschermde werken ontwikkeld. Grofweg vallen deze uiteen in drie verschillende methodes. Allereerst zijn er verschillende systemen in gebruik die primair een ruime verspreiding van werken of kennis tot doel hebben. Een goed voorbeeld hiervan is het licenseringssysteem Creative Commons. Hiermee kan een auteur er voor kiezen het werk onder voorwaarden te verspreiden, zonder zijn auteursrechten hiervoor op te geven. Door een keuze uit de verschillende voorwaarden,

¹¹⁹ Overweging 52 van 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

¹²⁰ L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie)*. Amsterdam, IViR, 2007. p. 21.

kunnen rechthebbenden bepalen dat commercieel gebruik niet mogelijk is, dat naamsvermelding bij gebruik verplicht is, en/of dat bewerking mits onder zelfde voorwaarden heruitgegeven mogelijk is¹²¹. Een ander voorbeeld van dergelijke beperkte vorm van controle op legaal online aanbod is de methode die in zwang is in de uitgeverijsector. Daarbij wordt een toegangscontrole geplaatst voor rechtmatige gebruikers, bijvoorbeeld door het koppelen van een gebruiker aan een individuele gebruikersnaam en wachtwoord. De producten worden doorgaans verder niet belemmerd door kopieerbeveiliging of anderszins¹²².

De tweede methode wordt gekenmerkt door een passief systeem, waarbij de auteursrechtelijk beschermde werken op een bijzondere manier worden verpakt, waardoor het slechts mogelijk is auteursrechtelijk beschermde werken op daartoe gecertificeerde apparatuur af te spelen. Hiermee wordt het gebruikers moeilijk gemaakt deze werken te kopiëren. Er bestaan verschillende voorbeelden van dergelijke belemmeringen voor het maken van een privé-kopie. In eerste instantie werd een belemmering opgeworpen door middel van een slechte indexering van content op de fysieke drager. Hierdoor kon deze niet worden gekopieerd op een computer, maar hierop slechts worden afgespeeld. Het nadeel is dat fysieke dragers hierdoor sneller kapot gaan. In de muziekindustrie heeft men enige tijd gebruik gemaakt van belemmering door slechte indexatie. Nadat bekend werd dat dit gemakkelijk kon worden omzeild en gebruikers door problemen bij het afspelen van de muziek en masse hun ongenoegen uitten, is de muziekindustrie gestopt met het op deze wijze belemmeren van het maken van een privé-kopie. Een andere manier om het maken van een privé-kopie te belemmeren is door de content versleuteld op te slaan op de fysieke drager. Enkel gecertificeerde apparatuur met beschikking over de juiste code kan de informatie ontsleutelen en de content afspelen¹²³. In de film- en gamesindustrie wordt al langere tijd gebruik gemaakt van dit type technische voorzieningen. Allereerst wordt gebruik gemaakt van regiocodes. Hiermee is de afspeelbaarheid van DVDs gekoppeld aan het werelddeel waarbinnen deze is aangeschaft. Dit is niet direct van invloed op de kopieerbaarheid, maar op deze wijze proberen rechthebbenden wereldwijde verspreiding te beperken. Daarnaast bestaat voor DVDs het Content Scrambling System. Blu-Ray DVDs worden beschermd met Advanced Access Content System. Door middel van deze toegepaste technische voorzieningen is de content versleuteld en is deze slechts afspeelbaar op apparatuur die daartoe gecertificeerd is. CSS werd in 1999 gekraakt om het afspelen van DVDs op Linux distributies mogelijk te maken. Er werd software ter beschikking gesteld, waarmee de content op DVDs kon worden ontsleuteld. Ook van AACS zijn reeds meerdere

¹²¹ P.B. Hugenholtz. 'De toekomst van het auteursrecht: DRM met een vriendelijk gezicht?', in: *De toekomst van het auteursrecht: bijdragen symposium 15-10-2004* (Huizer, e.a.). Amsterdam, 2004, p. 26.

¹²² L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie)*. Amsterdam, IViR, 2007. p. 20.

¹²³ K. Koelman. *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en rechsteconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen*. Amsterdam, IViR, 2003. p. 21-22.

decryptie sleutels uitgelekt. Aangezien consumenten steeds vaker auteursrechtelijk beschermde werken zonder fysieke drager direct op daartoe geschikte apparatuur tot zich neemt, is het belang van de tweede methode afgenomen en zal de derde methode voor technische voorzieningen ter bescherming van intellectueel eigendom steeds bepalender worden. Deze derde methode valt te typeren als een actief systeem, waarbij het beheer van rechten online plaats vindt.

Deze vorm van technische voorzieningen wordt vaak Digital Rights Management (DRM) genoemd. DRM systemen belemmeren toegang of het kopiëren zelf niet, maar leiden tot een omgeving waarin diverse soorten gebruik, met inbegrip van het kopiëren, praktisch slechts mogelijk zijn overeenkomstig de contractuele voorwaarden die door de rechthebbenden worden gesteld. Bij het gebruik van DRM systemen worden technische voorzieningen vaak gecombineerd met elementen als betalingsmechanismen, klantenbeheer, en vergunningsregelingen¹²⁴. DRM systemen worden in ruime mate ingezet bij allerlei legale distributiediensten, zoals Apple iTunes, Spotify, Google Play, etc. Ook heeft SONY op zeer indringende wijze gepoogd een DRM software systeem via verkochte muziek CDs op computers van onwetende gebruikers geïnstalleerd proberen te krijgen. Door middel van deze software werd niet alleen informatie teruggekoppeld over het gebruik van het door SONY uitgebrachte auteursrechtelijk beschermde werk, maar werd door de software ook aan SONY gerapporteerd welke andere CDs de gebruiker afspeelde. SONY werd gedwongen het gebruik en verspreiding van de software te staken, omdat niet werd voldaan aan wetgeving die bepaalt dat de gebruiker toestemming moet geven voor de installatie van de software, en omdat de verdeckte installatie van de software voor problemen rondom de beveiliging van de computer zorgde¹²⁵.

Bij de eerste methode vorm van auteursrechtelijk beheer van toegang en gebruik, waarbij de gebruiker niet door middel van kopieerbeveiliging of DRM wordt belemmerd, is het maken van een privé-kopie zoals door de Nederlandse wetgever in artikel 16c Auteurswet is toegestaan, te allen tijde mogelijk. Aangezien rechthebbenden (en financiers) vaak grote investeringen hebben gedaan in de productie of marketing van het werk, zal een lichte vorm van bescherming door hen niet wenselijk worden geacht. Of deze methode dominant zal worden met betrekking tot feitelijke handhaving van auteursrecht, hangt daarom af van de vraag of het mogelijk zou zijn wereldwijd een systeem te introduceren waarbij deze rechthebbenden een billijke vergoeding voor het gebruik zouden ontvangen. In hoofdstuk 2 heb ik geconcludeerd dat een dergelijk systeem complex zou zijn, en niet gemakkelijk gevestigd kunnen worden gezien het feit dat hiervoor verdragen dienen te worden gewijzigd of opgesteld. Wanneer er sprake is van kopieerbeveiliging door middel van versleuteling of

¹²⁴ L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie)*. Amsterdam, IViR, 2007. p. 20.

¹²⁵ Catherine Stromdale, 'Public and private sectors focus on DRM and copy protection', in: *Entertainment Law Review*. 2006, 17(3) p. 101-103.

op bepaalde wijze opslaan van content waardoor enkel gecertificeerde spelers de content kunnen afspelen, zoals bij de tweede methode, dan wordt het maken van een privé-kopie in grote mate belemmerd. Het is echter niet zo dat er een recht van de consument op het maken van een privé-kopie bestaat. De Auteurswet waarborgt de gebruiker geen actief toegangsrecht, maar enkel de vrijheid om een werk, zo hij daartoe in de gelegenheid is, voor eigen gebruik te verveelvoudigen¹²⁶. De minister van Justitie heeft zich hierover duidelijk uitgesproken:

'Het primaat ligt bij de individuele rechtsuitoefening en de privaatrechtelijke handhaving. Iemand kan ervoor kiezen om een privé-kopie bijvoorbeeld van een cd door een technisch slot te verbieden. Als hij kiest voor een beveiliging tegen privé-kopieën, dan wordt uiteraard wel afgezien van een aanspraak op de thuiskopievergoeding. Je kunt er zo voor zorgen dat wat je op de markt zet, niet kan worden gekopieerd. In het wetsvoorstel wordt de gebruiker niet het recht gegeven om te kopiëren, dat door de overheid zou moeten worden gewaarborgd. Als dat recht wel wordt gegeven, dan tasten wij in wezen een fundamenteel beginsel van het burgerlijk recht aan, namelijk de vrijheid en de vormloosheid van contracten.¹²⁷

Maar niet alleen het maken van een kopie wordt op deze wijze belemmerd, ook de gebruiker die rechtmatig van het werk wenst te genieten ondervindt veelal hinder doordat de auteursrechten op het werk via deze wijze feitelijk worden beschermd. CDs raken sneller onbruikbaar, en het blijkt vaak onmogelijk DVDs en CDs op bepaalde apparatuur af te spelen. Daarnaast bestaat een groep programmeurs die de content op het apparaat naar keuze wil afspelen, en om deze reden de versleuteling (tot op heden vaak succesvol) hebben omzeild. Met behulp van deze hacks kan de versleuteling door gebruikers ongedaan gemaakt. Vervolgens delen bepaalde gebruikers ontsleutelde auteursrechtelijke werken met elkaar. Het is mijn inziens twijfelachtig of deze vorm van technische voorzieningen daarmee doeltreffend is te noemen (in tegenstelling tot datgene wat het onderzoek Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet stelt¹²⁸). Op grond van artikel 6 lid 3 ARI is doeltreffendheid vereist voor de op de lidstaten rustende verplichting passende rechtsbescherming te bieden voor technische voorzieningen. Onder doeltreffend wordt in het kader van de Auteursrechtlijn verstaan:

Technische voorzieningen worden geacht "doeltreffend" te zijn indien het gebruik van een beschermd werk of ander beschermd materiaal wordt gecontroleerd door de rechthebbenden door toepassing van een controle op de toegang of een beschermingsprocédé zoals encryptie, versluiering of een andere transformatie van het werk of ander materiaal of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt.

¹²⁶ P.B. Hugenholtz. 'De toekomst van het auteursrecht: DRM met een vriendelijk gezicht?', in: *De toekomst van het auteursrecht: bijdragen symposium 15-10-2004* (Huijzer, e.a.). Amsterdam, 2004, p. 30.

¹²⁷ Kamerstukken II 2003/2004 Wetsvoorstel Aanpassing van de Auteurswet (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij) 28.482, nr. 50. p.2.

¹²⁸ L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie)*. Amsterdam, IViR, 2007. p. 22.

Met betrekking tot het criterium “doeltreffend” is het de bedoeling daarmee aan te geven dat bescherming moet worden afgewezen voor verouderde voorzieningen of voor voorzieningen die al te gemakkelijk of bij toeval zijn te omzeilen. In een unaniem besluit van 25 mei 2007, besliste het Hof van Helsinki dat het Content Scrambling System (CSS) ondoeltreffend is, aangezien het niet meer zijn beschermingsdoel bereikt. Ook is een technische voorziening niet doeltreffend indien zij een negatieve uitwerking heeft op het normaal functioneren van (afspeel- of opname) apparatuur¹²⁹. Omdat deze vorm van technische voorzieningen op basis van het bovenstaande mogelijk in strijd zijn met het doeltreffendheidsvereiste uit de Auteursrechtlijn, en belangrijk nog het gegeven dat de behoefte aan fysieke dragers, die op die wijze kunnen worden beschermd, voor de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken enorm is afgenomen, zal ik me nu voor het vervolg van dit hoofdstuk concentreren op de positie van de privé-kopie in relatie tot de derde methode van technische voorzieningen.

De derde manier waarop technische voorzieningen zijn vorm gegeven om de rechthebbende feitelijke controle over het auteursrechtelijk beschermde werk te geven, behelst dat auteursrechtelijk beschermde werken aan de gebruiker van een dienst door middel van een licentie worden verstrekt. De in licentie verstrekte auteursrechtelijk beschermde werken bevatten technische beveiliging, waarmee niet alleen traceerbaar is van welke gebruiker een bepaald exemplaar afkomstig is, maar waarmee de dienst bovendien kan bepalen op hoeveel (en welke) apparaten het werk kan worden gekopieerd en/of afgespeeld. Zoals reeds opgemerkt bestaat er niet zoiets als een recht op het maken van een privé-kopie binnen de Nederlandse wetgeving. De Europese wetgever heeft inzake het benutten van de privé-kopie beperking jegens de auteursrechthebbende geen verplichting gesteld aan lidstaten. Uit de totstandkoming van de richtlijn en de aanpassing van de Auteurswet op basis hiervan blijkt dat de wetgevers de regulering van de privé-kopie beperking in het kader van technische voorzieningen mogelijk hebben willen maken, maar nog niet hebben willen benutten om zodoende ruimte te geven aan betrokken partijen om vrijwillig tot wilsovereenstemming te komen. De vraag is of de mogelijkheid tot het maken van een privé-kopie aan zelfregulering over te laten tot op heden tot het gewenste resultaat heeft geleid (en zo nee, of dit door middel van het opstellen van een AMvB wel zou kunnen worden bereikt).

5.3. De mogelijkheid een privé-kopie te maken binnen DRM systemen

¹²⁹ L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie)*. Amsterdam, IViR, 2007. p. 6.

Door verschillende partijen worden auteursrechtelijk beschermde werken via een DRM systeem online aangeboden. Om een indruk te krijgen tot welk resultaat zelfregulering met betrekking tot het maken van een privé-kopie heeft geleid, zal ik hierna de gebruikersvoorwaarden van de belangrijkste wereldwijde platforms, en enkele lokale initiatieven onderzoeken. Apple was de eerste partij die succesvol legaal online aanbod wist te creëren. Apple verkoopt apparaten waarmee auteursrechtelijk beschermde werken kunnen worden afgespeeld, en verplicht de gebruiker een account per apparaat in te stellen. Vervolgens kan de gebruiker met gebruikmaking van zijn account aankopen doen van auteursrechtelijk beschermde werken. Deze aankopen doet de gebruiker in de iTunes Store. Het betreft hier geen eigendomsoverdracht, maar een licensering onder voorwaarden. In de gebruiksvoorwaarden van iTunes staan de condities van de licensering van het auteursrechtelijk beschermde werk aan de gebruiker beschreven¹³⁰. De belangrijkste voorwaarde in het kader van het maken van een privé-kopie is de volgende: de gebruiker is het toegestaan content van een account te downloaden op niet meer dan 10 apparaten, op voorwaarde dat niet meer dan 5 hiervan iTunes-goedgekeurde computers zijn. Daarmee is de content slechts afspeelbaar op vijf computers. Deze computers dienen te zijn gekoppeld aan dezelfde account als die waarmee de content is aangeschaft. Voor deze exemplaren heeft de gebruiker binnen de licentie toestemming van de rechthebbende voor het gebruik van het werk op meerdere apparaten. Het is de gebruiker verder toegestaan zeven keer een audio-afspeellijst op een CD te branden. Naast Apple heeft ook Google ook een online winkel voor het aanschaffen van auteursrechtelijk beschermde werken; Google Play. Na betaling van de toepasselijke kosten voor de content heeft de gebruiker het niet-exclusieve recht gedurende de geselecteerde periode, of zolang als Google en de toepasselijke auteursrechthouder rechten hebben de content aan de gebruiker te leveren, kopieën te downloaden of streamen, en de content uitsluitende voor persoonlijke, niet-commerciële doeleinden te bekijken, te gebruiken en weer te geven, aldus artikel 6 van de gebruikersvoorwaarden van Google Play¹³¹. Daarnaast wordt in de voorwaarden gesteld dat de content niet mag worden verkocht, verhuurt, overgedragen, aangepast, etc. Google behoudt zich het recht toe beperkingen in te stellen voor het aantal apparaten dat de gebruiker mag gebruiken om de inhoud te openen. Wat betreft muziek heeft Google nog geen beperkingen vastgesteld. Films en televisieseries daarentegen kunnen slechts op een beperkt aantal apparaten tegelijkertijd worden afgespeeld en/of opgeslagen:

Voor Video-inhoud in de locker geldt het volgende: (1) u mag slechts één stream van elke Video-inhoud in de locker tegelijk bekijken, (2) u mag maximaal drie streams van de Video-inhoud in de locker tegelijk weergeven vanuit uw locker, (3) u mag maximaal vijf Apparaten tegelijk autoriseren voor offline

¹³⁰ <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>

¹³¹ http://play.google.com/intl/nl_nl/about/play-terms.html

weergave van de Video-inhoud in de locker en u moet de autorisatie van een van die vijf Apparaten ongedaan maken om aanvullende Apparaten te autoriseren, (4) u mag hetzelfde Apparaat slechts drie keer autoriseren gedurende een periode van twaalf maanden en de autorisatie van dat Apparaat twee keer ongedaan maken gedurende een periode van twaalf maanden, (5) u mag elke 90 dagen de autorisatie voor offline weergave van in totaal twee Apparaten ongedaan maken, en (6) u mag niet meer dan drie Google-accounts autoriseren op hetzelfde Apparaat.

Ook Spotify heeft een business model voor legaal online aanbod (tot op heden enkel muziek) ontwikkeld dat momenteel veel gebruikers kent. De content wordt niet per werk aangeschaft, maar de gebruiker heeft gedurende de abonnementsperiode de mogelijkheid de in de catalogus opgenomen werken af te spelen en te downloaden om offline af te spelen op verschillende apparaten waarop het account van de gebruiker staat ingesteld. Bij Spotify verkrijgt de gebruiker een beperkte, niet-exclusieve, herroepelijke licentie voor persoonlijk, niet-commercieel gebruik. In de voorwaarden van Spotify is geen maximum aan apparaten opgenomen waarmee een bepaalde account kan worden gekoppeld. Wel stelt artikel 4 van de gebruiksvoorwaarden dat het de gebruiker niet is toegestaan de rechten uit de overeenkomsten over te dragen of aan derden in sublicentie te geven, en dat de gebruiker de gebruikersinstructies in acht dient te nemen. In artikel 8 wordt bij de gebruikersinstructies vermeld dat het de gebruiker niet is toegestaan de content te kopiëren, en dat de gebruiker het persoonlijke wachtwoord niet aan anderen ter beschikking mag stellen of gebruik mag maken van de gebruikersnaam of wachtwoord van anderen¹³². Onlangs is in Nederland de videodienst van Netflix geïntroduceerd. Netflix biedt gebruikers een abonnement waarmee tegen een vaststaand maandelijks tarief content uit de beschikbare catalogus (films en televisieseries) op verschillende apparaten kunnen worden afgespeeld. De content wordt gestreamd afgespeeld binnen daartoe ontwikkelde applicatie. De content is versleuteld, en kan niet worden gedownload om offline te bekijken. Naast de vier bovengenoemde wereldwijde platforms zijn er op het gebied van films en televisieseries een aantal meer lokaal gerichte organisaties die online legaal auteursrechtelijk beschermd werken met gebruik van een DRM systeem aanbieden. Bioscoopexploitant Pathé biedt online films aan. Deze kunnen enkel via een internetverbinding worden bekeken. De films worden dan gestreamd. De film kan niet worden gedownload om deze offline te bekijken. In de gebruiksvoorwaarden stelt Pathé Thuis dat gehuurde en gekochte content bekeken kan worden op verschillende apparaten met een maximum van 5 apparaten per gebruiker in een gegeven periode¹³³. Gehuurde en gekochte content kan niet op meerdere apparaten gelijktijdig worden bekeken. Als de content in de toekomst niet meer beschikbaar is, dan zal Pathé de gebruiker in staat stellen de content te downloaden, zodat de gebruiker op een naar het oordeel van Pathé daartoe geschikt apparaat kan afspelen. Daarnaast biedt Ximon, een initiatief van de Nederlandse Vereniging van Speelfilmproducenten, het Eye Filminstituut,

¹³² <https://www.spotify.com/nl/legal/end-user-agreement/>

¹³³ <http://www.pathe-thuis.nl/documents/pathethuisvoorwaarden.pdf>

en het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid, in Nederland online legaal auteursrechtelijke beschermde werken aan. Net als bij Pathe Thuis is het niet mogelijk om content te downloaden om deze offline te bekijken. In de algemene voorwaarden voor het gebruik van Ximon staat beschreven dat een gebruiker slechts in huiselijke kring gebruik mag maken van het maandabonnement¹³⁴. Het is de gebruiker niet toegestaan om inloggegevens aan andere ter beschikking te stellen. Het gebruik is verder in beginsel onbeperkt, maar bij excessieve afwijkingen ten opzichte van gemiddeld gebruik zal Ximon de gebruiker mogen vragen het gebruik te matigen. Als een matiging niet plaatsvindt, heeft Ximon het recht om het abonnement van de gebruiker te beëindigen.

Uit het onderzoek naar de voorwaarden van de verschillende DRM systemen in relatie tot de mogelijkheid voor het maken van een privé-kopie, komt naar voren dat het maken van een privé-kopie over het algemeen niet meer mogelijk is. Er zijn verschillende DRM systemen (Netflix, Pathé Thuis, Ximon, e.a.) waarbij een streaming dienst wordt aangeboden. In dit geval wordt enkel ten behoeve van directe weergave de content gekopieerd. De weergave vindt plaats in een daartoe ontwikkelde beveiligde applicatie. Er blijft geen kopie op het apparaat van de gebruiker achter. Een privé-kopie binnen de voorwaarden van de licentie is hierbij dus sowieso onmogelijk. In artikel 6 lid 4, 4e alinea ARI heeft de Europese wetgever bepaald dat wanneer bij deze interactieve diensten op aanvraag contractuele overeenkomsten zijn gesloten, geen mogelijkheid is voor een lidstaat maatregelen te nemen om een gebruiker in staat te stellen een beperking te benutten. Bij enkele DRM systemen (Apple iTunes, Google Play, Spotify, e.a.) is het wel mogelijk om content op een apparaat offline af te spelen. Voor muziek gelden minder weergavebeperkingen dan voor films en televisieseries. Bij films en televisieseries is er altijd sprake van een maximum aantal apparaten waarop de content afgespeeld en/of gekopieerd kan worden. Behalve door middel van de wijze waarop de technische voorziening bepaald of een privé-kopie kan worden bepaald, kunnen de verschillende platforms van legaal online aanbod worden onderscheiden door middel van de wijze waarop wordt afgerekend voor het gebruik van de auteursrechtelijk beschermde werken. Soms kunnen gebruikers per werk afrekenen, soms kunnen alle werken uit de gehele catalogus tegen een maandelijks vast tarief worden geraadpleegd, en soms biedt een platform beide mogelijkheden aan. Met betrekking tot de mogelijkheid van het maken van een privé-kopie binnen de bestaande DRM systemen kan het volgende worden geconcludeerd. Zuiver beschouwd vallen de kopieën die op de verschillende apparaten kunnen worden gekopieerd of gedownload niet onder de huidige privé-kopie beperking, want het zijn door de rechthebbende geautoriseerde exemplaren van het werk. Het betreft daarentegen wel reproducties voor privé gebruik mogelijk gemaakt door de rechthebbende, zoals bedoeld in artikel 6 lid 4, laatste zin ARI. Aangezien deze DRM systemen vrijwillig tot stand zijn

¹³⁴ <http://info.ximon.nl/nl/kijken-bij-ximon#algemene-voorwaarden>

gekomen, waarbij reproducties voor privégebruik reeds zijn mogelijk gemaakt (en eventueel het maximum aantal reproducties is vastgesteld) door de rechthebbenden, kunnen Lidstaten op grond van artikel 6 lid 4, 2e alinea ARI ten opzichte van deze systemen geen effectieve maatregelen meer treffen ten aanzien van de begunstigde van de privé-kopie beperking. Dit wordt onderschreven door Helberger en Hugenholtz in het artikel 'No Place Like Home for Making a Copy':

The remedies articulated in Article 6(4) of the Directive cannot be enforced against DRM-protected works offered on-demand under agreed upon contractual terms. Because DRM-protected content is typically offered online under click-wrap licenses, this exception effectively swallows the rule¹³⁵.

Met betrekking tot werken die de gebruiker via een interactieve dienst op aanvraag volgens overeenkomst op een gewenste tijd en plaats kan afspelen, kan een lidstaat geen maatregelen nemen ten behoeve van de benutting van de privé-kopie. Ook met betrekking tot de werken die gebruikers als onderdeel van een abonnement hebben bekeken of beluisterd kunnen maatregelen inzake de privé-kopie beperking mijn inziens niet worden ingesteld. Het lijkt hier te gaan om het toepassen van technische voorzieningen door rechthebbenden om een mogelijke differentiatie tussen de verschillende gebruiksvoorwaarden overeenkomstig artikel 5 lid 5 ARI te realiseren, zoals het bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn werd voorzien¹³⁶. Daar komt bij dat er bij deze vorm van online aanbod geen gelicenseerd gebruik van één bepaald auteursrechtelijk werk betreft. De gebruiker krijgt de beschikking alle werken in de catalogus (indien gewenst meerdere keren) te raadplegen voor zolang deze werken beschikbaar blijven in de catalogus.

Het lijkt voor de Nederlandse overheid enkel mogelijk om maatregelen te nemen tegen aanbieders die aan de gebruiker een bepaald werk licenseren om offline te kunnen bekijken, en de gebruiker geen enkele mogelijkheid bieden voor het maken van een privé-kopie van een door de gebruiker aangekocht auteursrechtelijk beschermd werk. Daarentegen zijn sommige lidstaten echter al in een vroeg stadium overgegaan tot het reguleren van de privé-kopie beperking in relatie tot feitelijk handhaving van auteursrecht door middel van licensering ondersteund door technische voorzieningen. Zo heeft men in België en Portugal bepaald dat de privé-kopie beperking niet per contract kan worden uitgesloten¹³⁷. In Frankrijk kunnen individuele gebruikers en consumentenorganisaties bij een daartoe aangewezen bestuursorgaan om toepassing van de privé-

¹³⁵ Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007. p. 1077.

¹³⁶ Overweging 52 van 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

¹³⁷ L. Guibault, e.a. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. IViR, Amsterdam, Februari 2007. p. 160-162.

kopie beperking verzoeken. Dit bestuursorgaan heeft de bevoegdheid het minimum aantal toegestane kopieën te bepalen¹³⁸. Doordat de Auteursrechtlijn de ruimte heeft gelaten voor lidstaten of en op welke wijze de privé-kopie beperking ten opzichte van de toepassing van technische voorzieningen wordt gereguleerd, is een breed scala aan nationale oplossingen ontstaan¹³⁹. Niet enkel het gebrek aan harmonisatie is mijn inziens reden voor regulering van de privé-kopie ten opzichte van licensering ondersteund door technische voorzieningen, maar ook de gevolgen van de eenzijdige totstandkoming van overeenkomsten tussen aanbieders van legaal online aanbod en consumenten geven aanleiding tot een Europese herziening inzake de regulering van technische voorzieningen, en de positie van de privé-kopie daarbinnen.

Nu is de situatie ontstaan dat consumenten weliswaar vrijwillig contractuele overeenkomsten sluiten met aanbieders van legaal online aanbod, maar dat deze aanbieders eenzijdig in de algemene voorwaarden bepalen dat de consumenten geen gebruik kunnen maken van de beperkingen die binnen het auteursrecht in de loop der jaren zijn ontstaan. Zo wordt het de consument met behulp van deze voorwaarden vaak onmogelijk gemaakt het werk voor privé gebruik te kopiëren. Daarnaast is het de consument niet toegestaan het werk over te dragen. Ook kan de consument het werk vaak enkel binnen de applicatie van de aanbieder kopiëren of in ieder geval afspelen. Mijn inziens zouden aanbieders van legaal online aanbod moeten komen tot een systeem waarbij met behoud van auteursrechtelijke bescherming door technische voorzieningen de overdraagbaarheid van werken tussen applicaties, aanbieders en rechtmatige gebruikers is gewaarborgd. Bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn hadden de opstellers hiervoor wel oog; zo werd de (mogelijkheid tot) regulering van de toegestane beperkingen aan lidstaten overgelaten¹⁴⁰ en gesteld dat de bevordering van compatibiliteit en interoperabiliteit van de verschillende systemen wenselijk is¹⁴¹. De Auteursrechtlijn biedt echter geen zekerheid en harmonisatie inzake de privé-kopie beperking ten opzichte van licensering ondersteund door technische voorzieningen. Daarnaast ontbreekt het ook aan instrumenten waarmee de consument verzekerd is dat hij de verschillende beperkingen, en in dit verband met name de privé-kopie beperking, kan benutten. Binnen de Auteursrechtlijn ging men er immers vanuit dat consumenten en aanbieders via contractuele overeenkomsten tot een

¹³⁸ Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007. p. 1076.

¹³⁹ L. Guibault, e.a. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. IViR, Amsterdam, Februari 2007. p. 166.

¹⁴⁰ Artikel 6 lid 4, eerste en tweede alinea van 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

¹⁴¹ Overweging 54 van 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

geharmoniseerde en gebalanceerde uitkomst zouden komen, waarbij de rechthebbende het werk beschermd weet en de consument vrijelijk binnen zijn persoonlijke levenssfeer over het werk kan beschikken. De Europese wetgever heeft reeds een begin gemaakt de zwakke positie van de consument met betrekking tot het benutten van de beperkingen ten opzichte van technische maatregelen te verbeteren. Zo is in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten bepaald dat de aanbieder de consument in duidelijke en begrijpelijke wijze informatie dient te verschaffen over de functionaliteit van digitale inhoud, met inbegrip van toepasselijke technische beveiligingsvoorzieningen (sub g), en voor zover van toepassing, de relevante interoperabiliteit van digitale inhoud met hardware en software (sub h). Op grond hiervan dient de aanbieder van online auteursrechtelijke werken de consument duidelijk te informeren in hoeverre de werken beveiligd zijn. Daarnaast dient de aanbieder de consument voorafgaand aan de licentie overeenkomst informatie te verstrekken over relevante interoperabiliteit van de werken (digitale inhoud). Informatievoorziening alleen is mijn inziens niet voldoende. Hiervoor is de ongelijkheid van partijen bij deze licentie overeenkomsten te groot. De Europese wetgever zou de inhoud van de contractuele overeenkomst van aanbieders van online auteursrechtelijk beschermde werken ook dienen te beïnvloeden om zo interoperabiliteit en overdraagbaarheid van werken voor de consument te bewerkstelligen. Helberger en Hugenholtz zien mogelijkheden dit via de werking van de Richtlijn van Oneerlijke Bedingen of Richtlijn Consumentengoederen te realiseren. Om de non-conformiteit en onredelijkheid van een beding aan te tonen, is het noodzakelijk dat de kwaliteit van het product of de dienst niet aan de verwachtingen van de consument voldoet. Een rechter dient in dit verband te bepalen wat normaal is met betrekking tot een bepaald product of dienst. Helberger en Hugenholtz stellen in dit verband dat:

'the outcome would largely depend on the legal climate in each Member State, the attitude of its courts to consumer issues, and the willingness of its courts to consider more fundamental rights of consumers, such as freedom of speech or the right to privacy.'¹⁴²

De Europese wetgever heeft gesteld dat belangrijke verschillen in het recht en onzekerheden ten aanzien van bescherming de verwezenlijking van schaalvoordelen kunnen verhinderen voor nieuwe producten en diensten, waarvan de inhoud door het auteursrecht en de naburige rechten wordt beschermd¹⁴³. Daarom verdient het mijn inziens de voorkeur te streven naar een verdergaande

¹⁴² Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007. p. 1090.

¹⁴³ Overweging 7 van 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

uniformering van gebruikersvoorwaarden van online aanbieders. Extensieve regulering door middel van wetgeving is gezien de snelle ontwikkelingen op het gebied van business modellen en techniek niet flexibel genoeg. De Europese wetgever doet er beter aan betreffende technische beschermingsvoorzieningen redelijke gebruikersvoorwaarden af te dwingen door een duidelijke en technologie onafhankelijke norm vast te stellen. Hierbij dient een balans te worden gevonden tussen de belangen van de rechthebbenden die het werk tegen onrechtmatige verspreiding wil beschermen en de belangen van de consument, die over het werk binnen zijn persoonlijke levenssfeer wil kunnen beschikken. Deze balans kan het beste worden gevonden door de aanbieders van online auteursrechtelijke beschermde werken niet te verplichten bepaalde beperkingen mogelijk te maken, maar eenzijdige contractuele voorwaarden die afwijken van auteursrechtelijke beperkingen ongeldig en nietig te verklaren¹⁴⁴. Een nadere concretisering van deze norm kan vervolgens het beste vorm krijgen door middel van een gedragscode die door betrokken partijen wordt vastgesteld en nageleefd (zoals dat ook effectief gebeurt door middel van de Notice-and-Take-Down gedragscode).

5.4. Balans

Alhoewel het gebruik van technische voorzieningen is achtergebleven bij de verwachting van de Europese wetgever, inmiddels zijn er verschillende methodes ontwikkeld waarmee de rechthebbende door middel van licensering ondersteund door technische voorzieningen controle heeft over het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. In het licht van de toename van legaal online aanbod, wordt de belangrijkste technische voorziening gevormd door Digital Rights Management systemen. Door de wetgever is de regulering van de mogelijkheid van het maken van een privé-kopie gelaten aan de vrijwillige totstandkoming van overeenkomsten tussen gebruikers en aanbieders. Uit een bestudering van de gebruikersvoorwaarden van verschillende platforms blijkt dat het gebruikers vaak in beperkte mate is toegestaan een kopie te maken van auteursrechtelijk beschermde werken. Daarbij is het kopiëren en afspelen alleen mogelijk binnen de door de aanbieder geleverde technische voorziening. Aangezien er daarnaast tussen Europese nationale rechtstelsels verschillen in bestaan in de beantwoording van de vraag of auteursrechtelijke beperkingen door overeenkomst kunnen worden uitgesloten, dient er mijn inziens op Europees niveau een duidelijke norm te worden opgesteld waarmee het door middel van algemene voorwaarden uitsluiten van auteursrechtelijke beperkingen wordt tegengegaan. De Europese wetgever zou daarnaast dienen aan te sturen op een gedragscode

¹⁴⁴ L. Guibault, e.a. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. IViR, Amsterdam, Februari 2007. p. 161-163.

waarmee de interoperabiliteit en overdraagbaarheid van werken tussen verschillende platformen kan worden gerealiseerd.

6. Conclusie

In mijn onderzoek heb ik beschreven dat er voldoende aanleiding is om de Nederlandse privé-kopie onder de loep te nemen. Vervolgens heb ik de meest relevante juridische mogelijkheden, hoe de privé-kopie beperking kan worden vormgegeven, los van elkaar besproken. Slechts een gezamenlijke behandeling van de voors en tegens van deze verschillende mogelijkheden zal een coherent antwoord kunnen geven op mijn probleemstelling: op welke wijze dient de auteursrechtelijke privé-kopie beperking te worden vormgegeven, zodat de rechthebbende de exploitatie van het werk kan bepalen, en de consument zo vrij mogelijk binnen zijn persoonlijke levenssfeer over het werk kan beschikken?

In hoofdstuk 3 heb ik onderzocht of de huidige compensatie voor de privé-kopie beperking in de vorm van een heffing op voorwerpen, die worden gebruikt bij het maken van de privé-kopie, in de toekomst kan blijven bestaan. De Nederlandse thuiskopieheffing valt onder de privé-kopie beperking zoals toegestaan binnen de Auteursrechtlijn. Alhoewel de Auteurswet spreekt over voorwerpen welke bestemd zijn om werken ten gehore te brengen, blijkt uit de Auteursrechtlijn dat dit bestemmingscriterium geen vereiste is. Daarmee is de AMvB, waarbij de thuiskopieheffing werd uitgebreid universele apparaten, niet in strijd met de Auteursrechtlijn. Wel dient er kritisch te worden gekeken naar de voorzieningen waarmee de professionele gebruiker kan worden uitgesloten van betaling van de thuiskopieheffing, die door het Europees Hof van Justitie in de zaak Padawan/SGAE verplicht zijn gesteld. Naar mijn mening voldoen deze momenteel, aangezien de administratieve lasten zo hoog zijn en de heffing vaak onbekend, niet. Doordat het legaal online

aanbod toeneemt, voldoet een privé-kopie beperking waarbij het downloaden uit illegale bron onder de thuiskopieheffing valt, nu reeds niet of in de nabije toekomst niet meer aan de drie-stappentoets uit de Auteursrechtlijn. Daarbij dient te worden aangetekend dat de uitleg van de drie-stappentoets niet evident is. Het is te hopen dat het Europees Hof van Justitie naar aanleiding van de door de Nederlandse rechter gestelde prejudiciële vragen een duidelijk antwoord geeft op de positie van het downloaden uit illegale bron in het kader van de privé-kopie beperking en de drie-stappentoets. De toename van het legaal online aanbod, waarbij technische voorzieningen worden toegepast, zou tot gevolg moeten hebben dat voor deze rechthebbenden de billijke compensatie voor privé-kopieën zou komen te vervallen. Uit de gelijkblijvende tarieven van de thuiskopieheffing en het besluit dat hieraan ten grondslag ligt blijkt hiermee door de Nederlandse overheid geen rekening te zijn gehouden.

Daarna heb ik in hoofdstuk 4 onderzocht of het bestaande auteursrechtelijke handhavingsinstrumentarium dient te worden uitgebreid met een downloadverbod. Rechthebbenden hebben op dit moment verschillende mogelijkheden om een inbreukmaker of een tussenpersoon die de inbreuk faciliteren tot stoppen te dwingen. De internet service provider (ISP) kan aansprakelijk worden gesteld wanneer het actief betrokken is bij de inhoud van de informatie, of het begin- en eindpunt van de communicatie. Daarnaast kan de ISP door de rechter worden bevolen een website te blokkeren. Hiervoor dient eerst de inbreukmakende website zelf in rechte te zijn aangesproken, Vervolgens dient te blijken dat de organisatie verantwoordelijk voor het beheer van de website niet aan een rechterlijk verbod gehoor geeft. Dan pas kan de ISP tot een blokkade van de website worden bevolen. Bij het vormen van een verbod waarbij het downloaden uit evident onrechtmatige bron onrechtmatig wordt, dient het eigendomsrecht te worden afgewogen tegen het recht op een eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Alhoewel Europees recht de ruimte laat voor een dergelijk verbod, is in diverse Europese nationale rechtstelsels de tendens waar te nemen, dat het recht op privacy in dit verband over het algemeen zwaarder zou moeten wegen dan het eigendomsrecht van de rechthebbende. In sommige stelsels weegt het eigendomsrecht zwaarder op het moment dat auteursrechtinbreuken en stelselmatig en/of commercieel karakter krijgen. Aangezien staatssecretaris Teeven het downloadverbod wil invoeren om inbreuk faciliterende tussenpersonen gemakkelijker en sneller tot stoppen te kunnen dwingen, is de opslag van persoonsgegevens van individuele gebruikers niet noodzakelijk. Een systeem waarbij dit wel zou worden opgeslagen is in strijd met Europees recht (Richtlijn 2006/24/EG). Indien het oordeel van de rechtbank 's Gravenhage door hogere rechters wordt bevestigd dat downloaden ook uploaden inhoudt, en dat ISPs gedwongen kunnen worden tot een blokkade van websites die dit faciliteren, is het wetsvoorstel om te komen tot onrechtmatig downloaden uit evident onrechtmatige bron minder noodzakelijk.

In hoofdstuk 5 heb ik onderzocht of er met de intrede van technische voorzieningen waarmee de rechthebbende feitelijk toegang heeft en controle houdt over het werk, de consument voldoende vrij is om een privé-kopie te maken. Alhoewel het gebruik van technische voorzieningen lijkt te zijn achtergebleven bij de verwachtingen van de Europese wetgever, zijn er inmiddels verschillende methodes ontwikkeld waarmee de rechthebbende door middel van licensering ondersteund door technische voorzieningen controle heeft over de toegang tot en het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. In het licht van de toename van legaal online aanbod, wordt de belangrijkste technische voorziening gevormd door Digital Rights Management systemen. Door de wetgever is de regulering van de mogelijkheid van het maken van een privé-kopie gelaten aan de vrijwillige totstandkoming van overeenkomsten tussen gebruikers en aanbieders. Uit een bestudering van de gebruikersvoorwaarden van verschillende platforms blijkt dat het gebruikers vaak in beperkte mate is toegestaan een kopie te maken van auteursrechtelijk beschermde werken. Daarbij is het kopiëren en afspelen alleen mogelijk binnen de door de aanbieder geleverde technische voorziening. Aangezien er daarnaast tussen Europese nationale rechtstelsels verschillen bestaan in de beantwoording van de vraag of auteursrechtelijke beperkingen door overeenkomst kunnen worden uitgesloten, dient er mijn inziens op Europees niveau een duidelijke norm te worden opgesteld waarmee het door middel van algemene voorwaarden uitsluiten van auteursrechtelijke beperkingen wordt tegengegaan. De Europese wetgever zou daarnaast dienen aan te sturen op een gedragscode waarmee de interoperabiliteit en overdraagbaarheid van werken tussen verschillende platforms kan worden gerealiseerd.

Uit mijn onderzoek blijkt dat een voortgang van de Nederlandse thuiskopieheffing op termijn alleen mogelijk is voor zover rechthebbenden geen technische voorzieningen gebruiken om het gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werken, zoals het maken van een privé-kopie, te reguleren. Als de rechthebbende zijn werk niet wenst te beschermen, dan is hij hiertoe vrij. Op basis van de bestaande regelgeving ontvangt de rechthebbende een compensatie voor de beperking van het auteursrecht. Er zijn schrijvers die deze wijze van regulering wenselijk achten. Niet alleen geeft dit volledige vrijheid aan gebruikers om werken te kopiëren en hiermee kennis en cultuur te delen en/of uit te breiden door bestaande werken te bewerken, maar ook vormt zich op de wijze een alternatief voor auteurs om buiten de industrie van rechthebbenden en tussenpersonen (vaak mediaconglomeraten) hun werk te exploiteren¹⁴⁵. Alhoewel inhoudelijk wel wat voor deze argumenten valt te zeggen, zijn er mijn inziens beperkingen aan een ontwerp van een auteursrechtelijk systeem

¹⁴⁵ A. Peukert, 'A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment', in: *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*. 28 1, 2005. p. 1-80. S. von Lewinski, 'Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights- A Case Study on its Compatibility with International and EC Copyright Law', in: *e-Copyright Bulletin*. March 2004, p. 1-14.

met dit uitgangspunt. Zou deze wijze van exploitatie dominant worden, wat ik gezien de complexiteit van een internationaal systeem en de aard van de organisatie van de industrie (waarbij grote investeringen voor de productie en marketing van content over het algemeen noodzakelijk zijn) niet waarschijnlijk acht, dan gaat dit in tegen de huidige grondslag voor auteursrechtelijke verdragen en wetten. De norm dat het auteursrecht primair een exclusief verbodsrecht is (en in bepaalde gevallen kan worden beperkt), zal dan moeten gewijzigd naar het gegeven dat de beperking van het auteursrecht de norm wordt, en voor het exclusieve verbodsrecht kan worden gekozen. Een dergelijk wijziging zal niet eenvoudig en snel ingevoerd kunnen worden. Zo zal er een register moeten komen waarin de keuze van de auteur wordt vastgelegd. Daarnaast rijst de vraag op basis van welk gegeven de compensatie dient te worden vastgesteld. Ook de verdeling van de compensatie levert problemen op. De enige maatstaf lijkt dan de hoeveelheid downloads te zijn. Dit kan gezien het feit dat er geen kosten aan verbonden zijn gemakkelijk worden gemanipuleerd. Als laatste wil ik onderstrepen dat wanneer auteurs zouden kiezen voor dit systeem, zij zich afhankelijk maken van de overheid die tot de hoogte van compensatie en wijze van verdeling zal moeten besluiten. Een heffing als basis voor het auteursrecht lijkt me op grond van het bovenstaande niet wenselijk. De thuiskopieheffing zal ten opzichte van het exclusieve verbodsrecht altijd secundair dienen te blijven. Daarbij zal de heffing eerder afnemen dan toenemen. Allereerst is aannemelijk dat met behulp van technische voorzieningen, die worden gebruikt ter ondersteuning van de licentievoorwaarden van legaal online aanbod, de praktische mogelijkheid om het werk uit illegale bron te downloaden zal afnemen. Daarnaast verbindt artikel 5 lid 2 sub b ARI aan het gebruik van technische voorzieningen de voorwaarde dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding hiermee rekening wordt gehouden. De Nederlandse overheid dient daarom inzicht te verschaffen in de wijze van totstandkoming van de ongewijzigde verlenging van de tarieven voor thuiskopieheffing in de komende 2 jaar. Op grond van de toename van legaal online aanbod zou, indien de overige elementen gelijk blijven, de totale som van de thuiskopieheffing, en daarmee de hoogte van de tarieven, moeten afnemen. Als uiteindelijk blijkt dat verschillende auteurs er bewust voor kiezen om hun werk door middel van de compensatie uit de thuiskopieheffing te exploiteren, dan zal de toegevoegde waarde hiervan door het Nederlandse parlement moeten worden beoordeeld. Als hiervoor een meerderheid is, kan de collectieve financiering van deze werken worden voortgezet.

Zolang het exclusieve verbodsrecht binnen het auteursrecht een centrale rol blijft vervullen, is het noodzakelijk rechthebbenden in staat te stellen dit recht ook daadwerkelijk uit te oefenen. Want ook al zal het illegale online aanbod afnemen als gevolg van de technische voorzieningen die worden gebruikt ter ondersteuning van legaal online aanbod, toch zullen er gebruikers blijven die het beeld en/of geluid van auteursrechtelijk beschermde werken via een extern apparaat opnemen, of die de

versleuteling van een fysieke drager kraken en het werk op het internet plaatsen. Momenteel wordt het auteursrecht ingeroepen jegens tussenpersonen (websites en internet service providers). Staatssecretaris Teeven heeft verschillende pogingen gedaan om het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig gesteld te krijgen. Hij geeft aan dit alleen te willen invoeren om op deze wijze de handhaving jegens tussenpersonen te vergemakkelijken, niet om op deze wijze individuele gebruikers in rechte aan te spreken. Gezien recente jurisprudentie van de rechtbank 's Gravenhage, waarin het downloaden koppelt aan het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal, lijkt het niet langer noodzakelijk te zijn het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig te stellen, om zodoende tussenpersonen in rechte aan te kunnen spreken¹⁴⁶. Ook onder het huidige auteursrecht kunnen tussenpersonen wiens doel primair lijkt te zijn het delen van auteursrechtelijke beschermde werken mogelijk te maken worden tegengegaan. Het is in dit verband dus niet noodzakelijk dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het gedrang komt. Al zou het downloadverbod er komen, dan zou het gezien de motivatie van Teeven op grond van Europese regelgeving niet toegestaan zijn om de persoonsgegevens in dit verband op te slaan en op verzoek mede te delen. Dit betekent echter mijn inziens niet dat het recht op privacy bij auteursrechtelijke handhaving in zijn geheel buiten schot blijft. De afgelopen 5 jaar heeft de focus van de wetgever met name gelegen op een uitbreiding van de onrechtmatigheid naar het downloaden uit evident illegale bron. De Nederlandse wetgever zou er mijn inziens goed aan doen een instrumentarium te ontwikkelen met betrekking tot gebruikers die auteursrechtelijk beschermde werken uploaden. Van hen kan worden gesteld dat gezien het feit dat zij bewust inbreuk maken op het auteursrecht van een rechthebbende het recht op privacy niet per definitie in de weg staat aan de handhaving van het eigendomsrecht van de rechthebbende. In dit verband heeft de Nederlandse overheid wel een zorgplicht gebruikers te informeren. Het zal een gebruiker van een torrent niet altijd duidelijk zijn, dat de software standaard staat ingesteld zodat content ook geupload wordt. Daarnaast zal het recht op privacy ook worden ingeperkt op het moment dat een rechthebbende een gebruiker aansprakelijk wenst te stellen die doeltreffende technische voorzieningen omzeilt en dat weet of redelijkerwijs behoort te weten (art. 29d lid 2 Aw). Deze gebruiker zal bijvoorbeeld door het aanbrengen van een individueel watermerk in het werk kunnen worden getraceerd en inzake de betreffende onrechtmatige daad worden aangesproken. Momenteel zijn de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil het redelijk zijn dat de tussenpersoon persoonsgegevens dient af te geven, door de Hoge Raad in de zaak Lycos/Pessers in 2005 als volgt geformuleerd: a) de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk; b) de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens; c) aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder

¹⁴⁶ Rechtbank 's Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549 & Rechtbank 's Gravenhage 10 mei 2012, LJN BW5387

ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen; d) afweging van de betrokken belangen van de derde, de tussenpersoon, en de vermeende inbreukmaker brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren¹⁴⁷. Zolang het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken zo frequent blijft plaatsvinden zoals dit momenteel gebeurt¹⁴⁸, verdient een meer laagdrempelige procedure bij een onafhankelijk bestuursorgaan, waarbij dezelfde genuanceerde voorwaarden als in Lycos/Pessers worden gehanteerd, in plaats van veelvuldige gerechtelijke procedures mijn inziens meer de voorkeur. Aangezien het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken over het algemeen door vele individuele gebruikers gezamenlijk plaatsvindt, zou de wetgever in deze gevallen het beste een getrappt handhavingsmodel kunnen hanteren. Hierbij zou een (onwetende) gebruiker kunnen worden gewaarschuwd dat vanaf zijn verbinding auteursrechtinbreuken plaatsvinden. Bij voortdurende auteursrechtinbreuken door dezelfde gebruiker kan een maximum schadevergoeding per gebruiker worden gehanteerd. Hiermee wordt voorkomen dat één individuele gebruiker hoofdelijk voor de gehele schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Alvorens de procedure in te richten, kan de Nederlandse overheid het beste eerst onderzoeken op welke wijze een dergelijk systeem in Frankrijk en Duitsland functioneert.

Gezien de toename van legaal online aanbod en de wijze waarop dit aanbod door middel van licensering ondersteund door technische voorzieningen is vormgegeven, worden consumenten in toenemende mate beperkt in het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. Uit mijn onderzoek blijkt dat de terughoudendheid van wetgevers ten behoeve van het ontstaan vrijwillige overeenkomsten op dit terrein heeft geleid tot een uitsluiting van de privé-kopie beperking via algemene voorwaarden. Ook wordt de consument zeer beperkt in de overdraagbaarheid van auteursrechtelijk beschermde werken tussen verschillende platforms en ten opzichte van andere gebruikers. Aangezien de exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken door middel van DRM systemen langzamerhand de norm wordt, doet de Europese wetgever er verstandig aan om dit aspect beter te reguleren. Mijn inziens zou de uitsluiting van auteursrechtelijke beperkingen op de grijze lijst van algemene voorwaarden (in Nederland door middel van art. 6:237 BW geïmplementeerd) kunnen worden geplaatst. Daarnaast zouden aanbieders van legaal online auteursrechtelijk beschermde werken ertoe moeten worden gedwongen een gedragscode op te stellen ten behoeve van een verbetering in interoperabiliteit tussen en overdraagbaarheid van auteursrechtelijk beschermde werken op verschillende platforms. Inhoudelijk zou dit moeten leiden tot: de mogelijkheid voor

¹⁴⁷ HR 25 november 2005, LJN AU4019 (Lycos/Pessers)

¹⁴⁸ Helaas ontbreekt het aan gegevens hierover in het onderzoek van Joost Poort & Jorna Leenheer, *Filesharing 2012: Downloaden in Nederland*. Amsterdam, CentERdata (IVIR), 16 oktober 2012. In lijn met de beredenering van het oordeel van de Rechtbank 's Gravenhage (Rechtbank 's Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549 & Rechtbank 's Gravenhage 10 mei 2012, LJN BW5387) kan dit mijn inziens terecht worden aangenomen.

gebruikers om auteursrechtelijk beschermde werken in beperkte mate uit te kunnen lenen, de mogelijkheid bij ontevredenheid over een platform de afzonderlijk aangeschafte werken te kunnen migreren naar een ander platform, een afstemming van de wijze waarop gebruikers in staat kunnen worden gesteld ten behoeve van oefening en studie werken te kunnen bewerken, etc.

Bij de beoordeling van de thuiskopieheffing in het kader van mijn onderzoeksvraag is met name de vrijheid van de rechthebbende om zelf te beschikken over de wijze van exploitatie van het auteursrechtelijk beschermde werk van belang. Rechthebbenden kiezen er steeds meer voor werken legaal online aan te bieden. Als gevolg hiervan dient de heffing te worden afgebouwd. Bij de huidige overeenkomsten in het kader van het legaal online aanbod is voornamelijk de vrijheid van de consument in het gedrang. De wetgever dient hier door middel van wetgeving en het aanzetten tot zelfregulering tegen op te treden. Een bescherming van de vrijheid voor de consument gaat niet zo zeer ten koste van rechthebbenden, maar is met name ook gericht tegen de eenzijdige beperking van normaal gebruik door aanbieders van auteursrechtelijk beschermde werken. Uit mijn onderzoek blijkt verder dat het opstellen van een verbod op het downloaden uit illegale bron niet nodig lijkt te zijn om het gewenste doel te bereiken (een eenvoudige en snelle aanpak van tussenpersonen in het kader van auteursrechtelijke inbreuken op het internet). Daarnaast dient een dergelijke aanpak van consumenten, die niet per definitie weten dat zij downloaden uit illegale bron, het af te leggen tegen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De Nederlandse overheid doet er in dit verband wel goed aan de procedure voor de aansprakelijkheid inzake het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken en het omzeilen van technische voorzieningen, waarbij men weet of behoort te weten dat men inbreuk maakt op het auteursrecht, te verbeteren. Daarmee kan de rechthebbende gemakkelijker opkomen tegen onrechtmatige exploitatie van zijn werk, en blijft de consument vrij om een werk te downloaden zolang deze het werk enkel binnen zijn persoonlijke levenssfeer gebruikt.

7. Bronnen

Literatuur

Alberdingk Thijm 2004

C. Alberdingk Thijm, 'Auteursrecht tussen auteur, exploitant en consument', in: De toekomst van het auteursrecht: bijdragen symposium 15-10-2004 (Huizer, e.a.). Amsterdam, 2004.

Grosheide 1986

F. Willem Grosheide, *Auteursrecht op Maat: beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in rechtspolitieke context*. Deventer, Kluwer 1986. p. 128-145.

Helberger & Hugenholtz 2007

Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, 'No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law', in: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 22, 2007.

Visser 2012

Dirk Visser, 'Private Copying', in: *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012* (red. B. Hugenholtz). Amsterdam, deLex, 2012, p. 413-441.

Visser 1997

Dirk Visser. *Auteursrecht op toegang: De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*. Den Haag, VUGA Uitgeverij, 1997.

Poort & Leenheer 2012

Joost Poort & Jorna Leenheer, *Filesharing 2012: Downloaden in Nederland*. Amsterdam, CentERdata (IVIR), 16 oktober 2012.

Spoor, Verkade & Visser 2005

Spoor, Verkade, en Visser. *Auteursrecht: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*. Deventer, Kluwer, 2005.

Bergström 1967

Svante Bergström. *Report on the preparatory work of the Main Committee I of the Stockholm Conference (1967)*. p. 1145, par. 85.

Geiger 2008

Christophe Geiger, e.a., 'Towards a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law' in: *European Intellectual Property Review*. 2008, 30(12).

Koelman 2006

Kamiel Koelman, 'Fixing the Three-step Test' in: *European Intellectual Property Review*. 2006, 28(8).

Hugenholtz & Senftleben 2011

P. Bernt Hugenholtz & Martin R.F. Senftleben. Fair use in Europe. In search of Flexibilities. IViR/VU, Amsterdam, November 2011.

Lucas 2010

Andre Lucas, 'For a reasonable interpretation of the three-step test' in: *European Intellectual Property Review*. 2010, 32(6).

Senftleben 2004

Martin Senftleben. *Copyright, Limitations and the Three Step test. An analyses of the three-step test in International and EC Copyright Law*. Kluwer International Law, 2004.

Ricketson 2012

Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*.

1987.

Van Gompel 2006

Stef van Gompel. 'De vaststelling van de thuiskopievergoeding', in: *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*. 2006-2.

Davies 2001

G. Davies, 'Copyright in the Information Society: Technical Devices to Control Private Copying', in: P. Ganea, Chr. Heath en G. Schricker, *Urheberrecht. Gestern- Heute- Morgen. Festschrift für Adolf Dietz*. München, Beck Verlag, 2001. p. 307-319.

Guibault 2007

L. Guibault, e.a. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. IViR, Amsterdam, Februari 2007.

Von Lewinski 2004

S. von Lewinski, 'Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights- A Case Study on its Compatibility with International and EC Copyright Law', in: *e-Copyright Bulletin*. March 2004, p. 1-14.

Peukert 2005

A. Peukert, 'A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment', in: *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*. 28 1, 2005. p. 1-80.

Richardson 2002

Megan Richardson, 'Downloading Music off the Internet: Copyright and Privacy in Conflict?' in: *Journal of Law and Information Science*. Vol 13, Nr. 1, p. 90-106.

Frosio 2011

Giancarlo F. Frosio, 'Urban Guerrilla & Piracy Surveillance: Accidental Casualties in Fighting Piracy in P2P Networks in Europe' in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. Vol 37.

Poort, Leenheer, van der Ham & Dumitru 2013

Joost Poort, Jorna Leenheer, Jeroen van der Ham, Cosmin Dumitru. *Baywatch: two approaches to*

Measure the Effects of Blocking Acces to The Pirate Bay. Working Paper, 22 Augustus 2013.

Guibault & Mom 2007

L. Guibault & G.J.H.M. Mom. *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912. Onderzoek in opdracht van het WDOC (Ministerie van Justitie).* Amsterdam, IViR, 2007.

Hugenholtz 2004

P.B. Hugenholtz. 'De toekomst van het auteursrecht: DRM met een vriendelijk gezicht?', in: *De toekomst van het auteursrecht: bijdragen symposium 15-10-2004 (Huizer, e.a.)*. Amsterdam, 2004.

Koelman 2003

K. Koelman. *Auteursrecht en Technische Voorzieningen. Juridische en rechsteconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen.* Amsterdam, IViR, 2003.

Stromdale 2006

Catherine Stromdale, 'Public and private sectors focus on DRM and copy protection', in: *Entertainment Law Review*. 2006, 17(3).

Wetgeving en Parlementaire Stukken

Nota van Toelichting bij Besluit van 15 oktober 2013, 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.

Décret 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027678782>)

Besluit en Bijlage bij het Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en to vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet.

Debat Auteursrechten, Tweede Kamer dd. 11 december 2012

Algemeen Overleg over Auteursrechten van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie dd. 22 november 2012.

Speerpuntenbrief Auteursrechten 2020 van staatssecretaris van Veiligheid en Justitie F. Teeven aan de Tweede Kamer dd. 11 april 2011

Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken.

Kamerstukken II 2005-2006 Aanpassingen ter uitvoering van Richtlijn 2004/48/EG. 30.392, nr. 3.

Kamerstukken II 2003/2004 Wetsvoorstel Aanpassing van de Auteurswet (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij) 28.482, nr. 50.

Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 2002-2003, 28482, nr. 8.

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.

Besluit van de voorzitter Stichting Onderhandelingen Thuis kopie vergoeding d.d. 2 juni 1999.

Overeengekomen verklaringen (Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT) 1996))

WIPO Diplomatic Conference on certain copyright and neighboring rights questions. CRNR/DC/4, par. 12.09. 1996.

Nota naar aanleiding van het Verslag. Kamerstukken II 1988-1989, 20656, nr. 5

Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- of

geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. Kamerstukken II 1987-1988, 20656, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht

Nieuwe regeling Auteursrecht. Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 14.

Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 10-11.

Jurisprudentie

Rechtbank 's Gravenhage, 20 februari 2013. LJN BZ1542

HR 21 september 2012, LJN BW5879

Rechtbank 's Gravenhage 10 mei 2012, LJN BW5387

Gerechtshof 's Gravenhage 27 maart 2012. LJN BV9880

Rechtbank 's Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549

HvJEU, 24 november 2011, C-70/106 (Scarlet vs. Sabam)

HvJEU, 4 oktober 2011, C-403/08 & C-429/08 (Football Association Premiere League/ QC Leisure)

Rechtbank Haarlem 9 februari 2011 LJN BP3757

Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010. LJN BO3982

Gerechtshof 's Gravenhage 15 november 2010. LJN BO3980

HvJEU, 21 oktober 2010, C-467/08 (Padawan/SGAE)

Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2009. LJN BK1067

HvJEU, 16 juli 2009, C-5/08 (Infopaq International/Danske Dagblades Forening)

Bundesverfassungsgericht. 11 maart 2008. 1 BvR 256/08

HvJEU, 29 januari 2008, C-275/06 (Promusicae vs. Telefónica de España)

HR 25 november 2005, LJN AU4019 (Lycos/Pessers)

HR 19 december 2003. LJN AN7253

Bundesgerichtshof 29 mei 1964, Ib ZR 4/63

Bundesgerichtshof 18 mei 1955, I ZR 8/54

Websites en rapporten

http://thepiratebay.sx/torrent/6293096/Hobo_With_A_Shotgun_2011_HDTV_Rip_Xvid_AC3_LKRG

<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>

http://play.google.com/intl/nl_nl/about/play-terms.html

<https://www.spotify.com/nl/legal/end-user-agreement/>

<http://www.pathe-thuis.nl/documents/pathethuisvoorwaarden.pdf>

<http://info.ximon.nl/nl/kijken-bij-ximon#algemene-voorwaarden>

Stichting Thuis kopie & WIPO. *Intellectual Survey on Private Copying. Law and Practice*, 2012.

Stichting Thuis kopie. *Factsheet Thuis kopievergoedingen in Europa*, 2012.

IFPI Digital Music Report 2013. Engine of a digital world

(http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2013.html). p. 6.