



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

G. HOGAN

van 23 september 2021¹

Zaak C-433/20

**Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte
Gesellschaft mbH**

**tegen
Strato AG**

[verzoek van het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaten
Neder-Oostenrijk, Burgenland en Wenen, Wenen, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Harmonisatie van wetgevingen – Auteursrecht en naburige rechten –
Richtlijn 2001/29/EG – Artikel 2 – Recht van reproductie – Artikel 5, lid 2, onder b) –
Uitzondering voor kopiëren voor privégebruik – Terbeschikkingstelling van servers van derden
aan natuurlijke personen voor privégebruik – Verlenen van cloudcomputingdiensten –
Uitlegging van begrip ‚op welke drager dan ook’ – Billijke compensatie”

I. Inleiding

1. De opmars van het commerciële fotokopieerapparaat vanaf het einde van de jaren '50 was wellicht pas de eerste van een reeks technologische ontwikkelingen die de traditionele manier van denken over het auteursrecht en de naburige rechten, en in het bijzonder de beperkingen en restricties daarop, ter discussie stelden. De komst van het kopieerapparaat betekende dat auteursrechtelijk beschermd materiaal eenvoudig kon worden gereproduceerd op een manier die nagenoeg niet gecontroleerd of ontdekt kon worden. De digitale revolutie, die een aanvang nam met de opkomst van het internet en het world wide web in de vroege jaren 1990, heeft die traditionele manier van denken steeds sterker onder druk gezet.

2. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing confronteert ons met een nieuw aspect van dit probleem. Mag een natuurlijke persoon die op rechtmatige wijze auteursrechtelijk beschermd materiaal bezit, voor louter privédoeleinden een kopie daarvan maken en deze, tegen betaling, opslaan op een commerciële server met gebruikmaking van cloudcomputingtechniek en, zo ja, moet de houder van het auteursrecht daarvoor dan worden betaald en op welke bedrag heeft hij recht? Dit is in wezen waar het om draait in dit verzoek van het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaten Neder-Oostenrijk, Burgenland en Wenen, Wenen, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing, dat op 15 september 2020 is neergelegd ter griffie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dat verzoek betreft de uitlegging van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10; hierna: „richtlijn 2001/29”)².

3. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in een geding tussen Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH (hierna: „Austro-Mechana”), een vennootschap voor het collectieve beheer van auteursrechten, enerzijds, en Strato AG (hierna: „Strato”) anderzijds, een in Duitsland gevestigde vennootschap die een dienst aanbiedt voor de opslag van data in de cloud. De procedure voor de verwijzende rechter betreft de vraag of Strato compensatie voor de exploitatie van het reproductierecht verschuldigd is met betrekking tot opslagcapaciteit in de cloud die zij in Oostenrijk aan natuurlijke personen aanbiedt voor privégebruik.

4. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing stelt het Hof in de gelegenheid om zich te buigen over het vraagstuk van het maken van kopieën door natuurlijke personen voor privégebruik in de digitale omgeving, en met name de reproductie of opslag in de cloud³ van auteursrechtelijk beschermde content.

5. Het is van belang te onderstrepen dat wanneer een lidstaat overeenkomstig artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 een uitzondering voor „kopiëren voor privégebruik” heeft gemaakt ten aanzien van het in artikel 2 van deze richtlijn bedoelde reproductierecht, het maken van kopieën rechtmatig is *mits* een zogenoemde billijke compensatie wordt betaald aan de rechthebbende. Indien de betrokken lidstaat geen gebruik maakt van de in artikel 5, lid 2, onder b), bedoelde vrijstelling, is het reproducieren van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder de toestemming van de rechthebbende uiteraard kennelijk onrechtmatig wegens strijdigheid met artikel 2.⁴

6. In de onderhavige zaak wordt het Hof verzocht om eerst te onderzoeken of – en, zo ja, in hoeverre – de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik ook geldt voor reproducties van auteursrechtelijk beschermde content in de cloud die natuurlijke personen maken voor privégebruik. Zou het Hof de uitzondering voor kopiëren voor privégebruik ook op dergelijke reproducties van toepassing achten, dan zou het moeten onderzoeken waarin de eventuele „billijke compensatie” bestaat die rechthebbenden volgens artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 moeten ontvangen voor opslag in de cloud die internetproviders aan natuurlijke personen voor hun privégebruik ter beschikking stellen.

² PB 2001, L 167, blz. 10.

³ Voor een beschrijving van cloudcomputing, zie de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punten 1-3). De essentie van het concept van cloudcomputing is in september 2011 door het National Institute of Standards and Technology (NIST) van de VS gedefinieerd als „een model dat alomtegenwoordige, gemakkelijke, on-demand netwerktoegang mogelijk maakt tot een gedeelde pool van configureerbare computerbronnen (zoals netwerken, servers, opslag, applicaties en diensten) die snel ter beschikking kunnen worden gesteld en kunnen worden bekendgemaakt met minimale beheersinspanningen of beperkte tussenkomst van providers. [...]” Beschikbaar op <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. De opstellers van die definitie merkten op dat cloudcomputing „een paradigma in ontwikkeling” is. Er lijkt geen algemeen aanvaarde *juridische* definitie te bestaan voor cloudcomputing of cloudgebaseerde diensten. Dit is ongetwijfeld te wijten aan de alomtegenwoordigheid en snelle ontwikkeling van deze technologie en de daarmee verband houdende diensten. Naar mijn mening hebben Michael Muchmore en Jill Duffy het concept „cloud storage” (opslag in de cloud) in hun artikel „The Best Cloud Storage and File-Sharing Services for 2021” evenwel treffend omschreven als „het opslaan van je files buiten de harde schijf van je computer, doorgaans op de servers van de provider”, of „[i]n de woorden van een technologie-expert: ‚Er is geen cloud. Het is gewoon de computer van een ander’”. Daaraan wordt toegevoegd dat „[w]ie data in de cloud bewaart, [...] via het internet toegang [heeft] tot die bestanden”. Beschikbaar op <https://www.pcmag.com/picks/the-best-cloud-storage-and-file-sharing-services>.

⁴ Tenzij een van de overige in artikel 5 van richtlijn 2001/29 omschreven beperkingen of restricties van toepassing is.

7. Gelet op de mogelijkheid dat natuurlijke personen al een heffing hebben betaald bij de aanschaf van apparatuur, dragers of installaties – zoals smartphones, tablets of computers⁵ – die de opslag en dus de reproductie van auteursrechtelijk beschermde content in de cloud mogelijk maken, en die bijgevolg reeds (billijke) compensatie aan rechthebbenden hebben toegekend voor het nadeel dat deze door het kopiëren hebben geleden, rijst met name de vraag of internetproviders die voor diezelfde content opslag in de cloud ter beschikking stellen een (extra) heffing moeten betalen bij wege van „billijke compensatie” in de zin van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29.

8. Alvorens deze vragen te onderzoeken, moet echter eerst de juridische context van de onderhavige zaak worden geschetst.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Richtlijn 2001/29

9. In de overwegingen 2, 5, 9, 10, 31, 32, 35, 38 en 44 van richtlijn 2001/29 staat het volgende te lezen:

„(2) De Europese Raad van Korfoe van 24 en 25 juni 1994 heeft de noodzaak benadrukt dat op het niveau van de Gemeenschap algemene, soepele rechtsregels tot stand worden gebracht ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa. Hiertoe is met name vereist, dat er een interne markt voor nieuwe producten en diensten bestaat. Belangrijke communautaire wetgeving die voor dergelijke rechtsregels moet zorgen, is reeds vastgesteld of de vaststelling ervan bevindt zich in een vergevorderd stadium van voorbereiding. Het auteursrecht en de naburige rechten spelen in dit verband een belangrijke rol, omdat zij de ontwikkeling en de verkoop van nieuwe producten en diensten en de schepping en exploitatie van de creatieve inhoud van die producten en diensten beschermen en stimuleren.

[...]

(5) De technologische ontwikkeling heeft de vectoren voor schepping, productie en exploitatie in aantal en verscheidenheid doen toenemen. Hoewel voor de bescherming van de intellectuele eigendom geen behoefte aan nieuwe concepten bestaat, zullen het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten moeten worden aangepast en aangevuld om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren.

[...]

(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

⁵ In het verleden waren de gebruikte dragers tastbare „lege” opslagobjecten zoals audio- en videocassettes, later cd's en dvd's en meer recentelijk usb-sticks. Tegenwoordig worden naast diensten voor opslag in de cloud ook apparaten als computers, smartphones en externe harde schijven gebruikt.

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. [...]

[...]

(31) 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. [...]

(32) Deze richtlijn bevat een uitputtende opsomming van de beperkingen en restricties op het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek. Sommige beperkingen en restricties zijn enkel van toepassing op het reproductierecht, wanneer dit passend is. Bij het opstellen van deze lijst is zowel rekening gehouden met de verschillende rechtstradities in de lidstaten als met het vereiste van een goed functionerende interne markt. De lidstaten passen deze beperkingen en restricties op coherente wijze toe. Dit zal worden beoordeeld bij het onderzoek van de uitvoeringswetgeving in de toekomst.

[...]

(35) Rechthebbenden dienen, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, een billijke compensatie te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken of ander beschermd materiaal. Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar het nadeel voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat.

[...]

(38) Het moet de lidstaten worden toegestaan om ten aanzien van bepaalde vormen van reproductie van geluidsmateriaal, beeldmateriaal en audiovisueel materiaal voor privégebruik, in een beperking of restrictie op het reproductierecht te voorzien, welke gepaard gaat met een billijke compensatie. Dit kan de invoering of verdere toepassing omvatten van vergoedingsstelsels om het nadeel voor de rechthebbenden te compenseren. [...]

[...]

(44) Gebruik van de bij deze richtlijn bepaalde beperkingen of restricties dient te geschieden in overeenstemming met de ter zake geldende internationale verplichtingen. Dergelijke beperkingen en restricties mogen niet op zodanige wijze worden toegepast dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad of afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van zijn werk of andere zaak. 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 materiaal.”

10. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 heeft als opschrift „Reproductierecht” en luidt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a) auteurs, met betrekking tot hun werken,
- b) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- d) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
- e) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen,

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

11. In artikel 3 van richtlijn 2001/29, met als opschrift „Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek”, is bepaald:

„1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

2. De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- c) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
- d) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen,

in het uitsluitende recht, de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden.

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.”

12. Artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 („Beperkingen en restricties”) bepaalt:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:

[...]

b) de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privégebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal.”

13. Artikel 5, lid 5, van die richtlijn luidt:

„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.”

B. Oostenrijks recht

14. § 42b, lid 1, van het Oostenrijkse Urheberrechtsgesetz (auteurswet⁶; hierna: „UrhG”), in de versie die van toepassing was ten tijde van het hoofdgeding⁷, bepaalt:

„(1) Wanneer van een werk [...] gezien de aard ervan kan worden verwacht dat het voor eigen of privégebruik wordt gereproduceerd door vastlegging op een opslagmedium [...], heeft de auteur recht op een passende vergoeding (vergoeding voor lege opslagmedia) wanneer opslagmedia van welke aard ook die geschikt zijn voor dergelijke reproductie, in het binnenland bedrijfsmatig in het verkeer worden gebracht.”

⁶ 9 april 1936 (BGBl. nr. 111/1936).

⁷ 16 augustus 2018 (BGBl. I nr. 63/2018). In het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat de Oostenrijkse wetgever in de Urheberrechtsgesetznovelle 1980 (wet tot wijziging van de auteurswet) (BGBl nr. 321/1980) heeft voorzien in een recht op een passende vergoeding dat kan worden ingeroepen tegen eenieder die bepaalde opslagmedia voor dataopslag en -reproductie in het binnenland bedrijfsmatig in het verkeer brengt. Deze wettelijke regeling is sindsdien aan de gewijzigde omstandigheden en aan Unierechtelijke voorschriften aangepast bij de Urheberrechts-Novelle 2015 (wet tot wijziging van de wetgeving inzake het auteursrecht) (BGBl I nr. 99/2015), waarin met name wordt bepaald dat harde schijven voortaan ook als „opslagmedia van welke aard ook” binnen de werkingssfeer van de regeling vallen.

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële verwijzing

15. Austro-Mechana is een collectieve beheerorganisatie die exploitatierechten en rechten op vergoeding voor muziekwerken met en zonder tekst beheert. Zij doet dit in eigen naam, maar in het belang en voor rekening van de rechthebbenden. Tot de belangen die collectieve beheerorganisaties als Austro-Mechana behartigen, behoren met name de wettelijke rechten op vergoeding als bedoeld in § 42b, lid 1, UrhG, dat wil zeggen de vergoeding voor lege opslagmedia.

16. Austro-Mechana leidde voor het Handelsgericht Wien (handelsrechter Wenen, Oostenrijk) een procedure in tegen Strato, een in Duitsland gevestigde vennootschap die een dienst aanbiedt met de benaming „HiDrive”. Volgens de aanbieder is deze „cloud drive” een „virtuele opslagruimte die even snel werkt en even gebruiksvriendelijk is als een (externe) harde schijf”. Strato beweert dat de door haar aangeboden opslagruimte „voldoende ruimte biedt om foto’s, muziek en films op één centrale plaats te bewaren”.

17. Austro-Mechana heeft gevorderd dat Strato rekening en verantwoording zou afleggen en vervolgens de krachtens § 42b, lid 1, UrhG verschuldigde vergoeding voor lege opslagmedia zou betalen. Volgens haar zijn de bewoordingen van § 42b, lid 1, UrhG bewust algemeen gehouden om ervoor te zorgen dat de vergoeding voor lege opslagmedia ook verschuldigd is wanneer opslagmedia van welke aard ook in het binnenland – met welke middelen en in welke vorm ook – bedrijfsmatig „in het verkeer worden gebracht”, en dat hiertoe ook het ter beschikking stellen van opslagruimte in de cloud moet worden gerekend. Voorts zou de omschrijving „in het verkeer worden gebracht” niet uitsluitend verwijzen naar fysieke distributie, maar is zij bewust voldoende ruim geformuleerd opdat daaronder ook alle processen vallen die gebruikers in het binnenland uiteindelijk opslagruimte voor de reproductie van materiaal voor (eigen en) privégebruik ter beschikking stellen. Bovendien wordt in § 42b, lid 3, UrhG tevens gepreciseerd dat het er niet toe doet of de betreffende goederen of diensten vanuit het binnen- dan wel het buitenland in het verkeer worden gebracht.

18. Strato heeft de vordering bestreden. Zij voerde aan dat uit de thans geldende versie van de auteurswet niet volgt dat voor cloudservices een vergoeding is verschuldigd, en dat de wetgever – die op de hoogte was van de technische mogelijkheden – de mogelijkheid om daarvoor een vergoeding te innen bewust niet in de wet heeft opgenomen. Volgens Strato kunnen cloudservices en fysieke opslagmedia niet met elkaar worden vergeleken. Een uitlegging die inhoudt dat ook cloudservices onder het UrhG vallen, is niet mogelijk: er worden geen opslagmedia in het verkeer gebracht, maar er wordt slechts opslagruimte ter beschikking gesteld. Strato beweert geen fysieke opslagmedia in Oostenrijk te verkopen of te verhuren, maar alleen onlineopslagruimte aan te bieden op haar servers die in Duitsland worden gehost. Strato voerde eveneens aan dat zij over haar servers in Duitsland reeds indirect de (door de fabrikant/importeur namelijk in de prijs verdisconteerde) auteursrechtelijke heffing heeft betaald, en dat ook de (Oostenrijkse) gebruikers over de apparaten – die nodig zijn om content überhaupt in de cloud te kunnen opslaan – reeds een auteursrechtelijke heffing hebben betaald. Indien voor opslagruimte in de cloud een extra vergoeding voor lege opslagmedia verschuldigd was, zou er volgens Strato sprake zijn van een dubbele en zelfs drievoudige heffing.

19. Het Handelsgericht Wien heeft de vordering afgewezen en in wezen geoordeeld dat auteurs en houders van naburige rechten („rechthebbenden”) recht op een passende vergoeding hebben wanneer opslagmedia (vanuit een in het binnen- of het buitenland gelegen plaats) in het binnenland bedrijfsmatig in het verkeer worden gebracht, indien van een werk of ander materiaal

gezien de aard ervan kan worden verwacht dat het (op een krachtens § 42, leden 2-7, UrhG geoorloofde wijze) wordt gereproduceerd voor eigen of privégebruik door vastlegging op een opslagmedium – van welke aard ook – dat geschikt is voor dergelijke reproductie.

20. Het Handelsgericht Wien heeft overwogen dat § 42, lid 1, UrhG, waarin uitdrukkelijk sprake is van „opslagmedia van welke aard ook”, tevens – interne en externe – harde schijven omvat. Het overwoog eveneens dat cloudservices in de meest uiteenlopende vormen worden aangeboden. Het wezenlijke kenmerk dat deze diensten delen, bestaat erin dat de gebruiker wordt gegarandeerd dat hij over een bepaalde opslagcapaciteit beschikt, zonder dat hij er recht op heeft dat zijn content op een of meer welbepaalde servers wordt opgeslagen. De gebruiker moet er genoeg mee nemen dat hij de opslagcapaciteit „ergens in de cloud” van de aanbieder kan benutten. Volgens het Handelsgericht levert Strato dan ook geen opslagmedia aan haar klanten, maar stelt zij hun – als dienstverlening – onlineopslagcapaciteit ter beschikking. Het merkte op dat in het advies over het ontwerp van de Urheberrechts-Novelle 2015⁸ uitdrukkelijk en met concrete formulering voorstellen was geëist dat dataopslag in de cloud onder de gewijzigde wet zou vallen, maar dat de wetgever zijn standpunt ter zake duidelijk heeft gemaakt door bewust niet in een dergelijke regeling te voorzien.

21. Austro-Mechana heeft tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. De verwijzende rechter is van oordeel dat niet geheel duidelijk is of artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 ook van toepassing is op het opslaan van content in de cloud. Hij merkt dienaangaande op dat het Hof in het arrest van 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913; hierna: „arrest VCAST”), heeft geoordeeld dat het opslaan van beschermde content in de cloud neerkomt op een aan de auteur voorbehouden exploitatie van rechten.

22. In het licht van het voorgaande heeft het Oberlandesgericht Wien besloten de procedure aan te houden en de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof:

- „1) Moet het begrip ‚op welke drager dan ook’, dat wordt gebezigd in artikel 5, lid 2, onder b), van [richtlijn 2001/29] aldus worden uitgelegd dat het zich mede uitstrekt tot servers in het bezit van derden die op deze servers aan natuurlijke personen (klanten) opslagruimte voor privégebruik (en niet voor directe of indirecte commerciële doeleinden) ter beschikking stellen die door de klanten wordt gebruikt voor de reproductie van materiaal door middel van dataopslag op afstand (cloudcomputing)?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet de in die vraag genoemde bepaling dan aldus worden uitgelegd dat zij ook geldt voor een nationale regeling op grond waarvan de auteur recht heeft op een passende vergoeding (vergoeding voor lege opslagmedia),
 - wanneer van een werk (dat op de radio is uitgezonden, ter beschikking is gesteld van het publiek of op een voor handelsdoeleinden vervaardigd opslagmedium is vastgelegd) gezien de aard ervan kan worden verwacht dat het voor eigen of privégebruik wordt gereproduceerd door vastlegging op een ‚opslagmedium van welke aard ook dat voor een dergelijke reproductie geschikt is en in het binnenland bedrijfsmatig in het verkeer wordt gebracht’,
 - en wanneer daarbij de in de eerste vraag beschreven methode voor dataopslag wordt gebruikt?”

⁸ Vóór de indiening bij het Oostenrijkse parlement als wetsvoorstel.

IV. Procedure bij het Hof

23. Austro-Mechana, Strato, de Deense, de Franse, de Nederlandse en de Oostenrijkse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

24. Alle hebben ter terechtzitting van het Hof op 7 juli 2021 pleidooi gehouden, behalve de Deense regering.

V. Analyse

A. Eerste prejudiciële vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 betrekking heeft op reproducties voor privégebruik door natuurlijke personen op opslagruimte of -capaciteit (in de cloud) die ter beschikking wordt gesteld of wordt aangeboden door een derde, die een internetprovider is. Die rechter vraagt in wezen of de in die bepaling gebezigde term „reproductie, op welke drager dan ook” zich mede uitstrekt tot de reproductie die gebaseerd is op door een derde verrichte cloudcomputingdiensten.

26. Blijkens het dossier waarover het Hof beschikt, is de eerste prejudiciële vraag onder meer gerezen naar aanleiding van het gebruik van de woorden „in het binnenland bedrijfsmatig in het verkeer gebracht” in § 42b, lid 1, UrhG. Strato heeft zowel voor de verwijzende rechter als voor het Hof betoogd dat de Oostenrijkse wetgever met die formulering onmiskenbaar een regeling voor de compensatie van rechthebbenden wilde invoeren die uitsluitend ziet op het op de markt brengen van fysieke opnamemiddelen/dragers, en dus het gebruik van door derden aangeboden cloudcomputingdiensten wilde uitsluiten.⁹

27. Het prejudiciële verzoek wekt voorts de indruk dat de verwijzende rechter vraagt om verduidelijking van het arrest VCAST, met name in hoeverre dat arrest toepasbaar is op de feiten en het geschil in het hoofdeding.

28. Opgemerkt dient te worden dat, anders dan de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 omschreven uitzondering, die van verplichte aard is, de in artikel 5, leden 2 en 3, van die richtlijn vervatte beperkingen of restricties ten aanzien van het reproductierecht facultatief zijn voor de lidstaten.¹⁰

⁹ Ik zou meteen willen opmerken dat ik de opslag van auteursrechtelijk beschermde content in de cloud als reproductie van die content beschouw. De Deense regering heeft dienaangaande het volgende opgemerkt: „[O]pslag in de cloud komt tot stand wanneer een gebruiker vanaf een opslagmedium dat beschikt over toegang tot het internet en een ingebouwd geheugen, zoals een smartphone of computer, de door hem geselecteerde content voor opslag verzendt naar de server die de cloudservice aanbiedt. *Daardoor maakt de gebruiker tegelijkertijd een digitale reproductie van die geselecteerde content, aangezien deze content dan zowel is opgeslagen op het opslagmedium van de gebruiker als op de server die de cloudservice aanbiedt.* De gebruiker kan vervolgens de content op zijn eigen opslagmedium bewaren of wissen, bijvoorbeeld om opslagruimte op zijn eigen opslagmedium vrij te maken, zodat de content alleen nog in de cloud verschijnt. De gebruiker heeft dan toegang tot de content in de server die de cloudservice aanbiedt, vanaf elk apparaat dat contact kan maken met de cloudservice, meestal een van de eigen opslagmedia van de gebruiker en zeer vaak, naar alle waarschijnlijkheid, vanaf het opslagmedium dat de gebruiker oorspronkelijk heeft gebruikt voor de opslag in de cloud.” Cursivering van mij.

¹⁰ In zijn arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punt 21), heeft het Hof geoordeeld dat de lidstaten ingevolge artikel 2 van richtlijn 2001/29 aan auteurs het uitsluitende recht verlenen om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie, met welke middelen en in welke vorm ook, van hun werk toe te staan of te verbieden, al staat het de lidstaten krachtens artikel 5, lid 2, van die richtlijn vrij om uitzonderingen op en beperkingen van dit recht vast te stellen.

29. In haar conclusie in de gevoegde zaken VG Wort (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:34, punten 35-37), heeft advocaat-generaal Sharpston opgemerkt dat het facultatieve karakter van de beperkingen of restricties de lidstaten op dit gebied een zekere handelingsvrijheid geeft. Naar haar mening zou een lidstaat dan ook een maatregel kunnen invoeren die minder ver gaat dan de regeling in kwestie. Volgens advocaat-generaal Sharpston kan een lidstaat op grond van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 bijvoorbeeld een uitzondering voor reproducties door een natuurlijke persoon beperken tot reproducties op papier die uitsluitend zijn bedoeld voor privéstudie, aangezien de werkingssfeer van die uitzondering beperkter is dan wat toegestaan is, maar volledig binnen de grenzen daarvan valt.

30. Het Hof heeft vervolgens echter in zijn arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 33), geoordeeld dat de lidstaten geen uitvoeringsregeling voor de billijke compensatie kunnen vaststellen waarbij *zonder enige rechtvaardiging* onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende categorieën marktdeelnemers die handelen in vergelijkbare goederen waarop de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik ziet, of tussen de verschillende categorieën gebruikers van beschermd materiaal.

31. Mijns inziens behoort dezelfde benadering te gelden voor diensten. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat de lidstaten weliswaar een ruime beoordelingsmarge hebben¹¹ ten aanzien van de wijze waarop zij de uitzondering van artikel 5, lid 2, onder b), uitwerken in hun nationale wetgeving, maar dat deze wetgeving niet in strijd mag zijn met, of anderszins afbreuk mag doen aan, de doelstelling die wordt nagestreefd met richtlijn 2001/29.¹² Het is bijvoorbeeld van belang om te beklemtonen dat lidstaten die ervoor kiezen om gebruik te maken van de in artikel 5, lid 2, onder b), van die richtlijn vervatte uitzondering, dit moeten doen op een wijze die technologisch neutraal¹³ is.

32. De onderhavige zaak gaat dan ook veeleer over de daadwerkelijke *werkingssfeer* van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 dan over de *mate waarin* een lidstaat die werkingssfeer mag beperken wanneer hij die bepaling aldus omzet in nationale wetgeving dat een heffing voor het kopiëren voor privégebruik – wellicht zonder rechtvaardiging – alleen geldt voor bepaalde goederen of diensten. In zoverre zijn de bewoordingen van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 zeer duidelijk: lidstaten *kunnen* voorzien in een uitzondering op het in artikel 2 van die richtlijn bedoelde exclusieve *reproductierecht* ten aanzien van reproducties *op welke drager dan ook*, gemaakt door een natuurlijke persoon¹⁴ voor privégebruik, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de exclusief rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen.¹⁵

¹¹ Arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹² Zie ook artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

¹³ Het beginsel van technologische neutraliteit vereist dat de uitlegging van richtlijn 2001/29 de innovatie en technologische vooruitgang niet belemmert. Zie naar analogie, arrest van 15 april 2021, Eutelsat (C-515/19, EU:C:2021:273, punt 48).

¹⁴ Rechtspersonen kunnen niet van die uitzondering profiteren en mogen geen privékopieën maken zonder voorafgaande toestemming van de houders van rechten op de beschermde werken of het andere beschermde materiaal in kwestie. Het Hof heeft dienovereenkomstig geoordeeld dat het in strijd is met artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 om een heffing op het kopiëren voor privégebruik met name toe te passen op installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie die andere dan natuurlijke personen hebben aangeschaft voor kennelijk andere doeleinden dan het kopiëren voor privégebruik. Arrest van 9 juni 2016, EGEDA e.a. (C-470/14, EU:C:2016:418, punten 30 en 31). In zijn arrest van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515, punt 37), heeft het Hof echter geoordeeld dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan zonder onderscheid een vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik wordt opgelegd wanneer voor het eerst bedrijfsmatig en onder bezwarende titel dragers die geschikt zijn voor reproductie op zijn grondgebied in het verkeer worden gebracht, waarbij deze regeling eveneens voorziet in een recht op terugbetaling van de betaalde vergoeding ingeval deze dragers uiteindelijk worden gebruikt op een manier die niet onder de in deze bepaling bedoelde situatie valt, indien – in het licht van de specifieke omstandigheden van het nationale stelsel en de door richtlijn 2001/29 gestelde grenzen – praktische moeilijkheden een dergelijk stelsel van financiering van de billijke compensatie rechtvaardigen *en het recht op terugbetaling doeltreffend is en de teruggave van de betaalde vergoeding niet uiterst moeilijk maakt*.

¹⁵ Arrest van 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punt 30; hierna: „arrest Padawan”).

33. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten bepalingen als artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 die afwijken van het in artikel 2 van die richtlijn verankerde reproductierecht restrictief worden uitgelegd, dat wil zeggen aldus dat zij zich enkel uitstrekken tot de uitdrukkelijk bedoelde gevallen.¹⁶ Het Hof heeft tevens geoordeeld dat het maken van een kopie voor privégebruik door een natuurlijke persoon moet worden beschouwd als een handeling die de auteur van het betrokken werk kan benadelen, wanneer dit gebeurt zonder vooraf toestemming te vragen aan de rechthebbende.¹⁷ Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 weliswaar aldus moet worden opgevat dat de uitzondering voor kopieën voor privégebruik de rechthebbende verbiedt zijn uitsluitende recht om reproducties toe te staan of te verbieden uit te oefenen jegens personen die privékopieën van zijn werken vervaardigen, maar dat die bepaling niet aldus moet worden begrepen dat zij, los van deze uitdrukkelijk vastgelegde beperking, aan de houder van het auteursrecht de verplichting oplegt om inbreuken op zijn rechten te gedogen waarmee de vervaardiging van privékopieën gepaard kan gaan.¹⁸

34. In de verwijzingsbeslissing heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat bij § 42b, lid 1, UrhG de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik is omgezet. In artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 worden evenwel geen bewoordingen gebezigd die overeenkomen met de in § 42b, lid 1, UrhG gebezigde uitdrukking „in het binnenland in het verkeer gebracht”. Voorts wijst niets erop dat de Uniewetgever de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 uitsluitend tot fysieke dragers of substraten wilde beperken.

35. Men krijgt juist duidelijk de indruk dat het gebruik van de ruime en technologisch neutrale formulering – „reproducties *op welke drager dan ook*”¹⁹ – in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 zich verzet tegen die uitlegging.²⁰ Een letterlijke uitlegging van die woorden op zichzelf²¹ waarborgt mijns inziens dat de uitzondering niet beperkt is tot reproducties op een fysieke drager

¹⁶ Arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁷ Arrest Padawan, punt 45.

¹⁸ Zie in die zin het arrest VCAST, punten 32-34 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie tevens, naar analogie, arrest van 10 november 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, punt 70).

¹⁹ Cursivering van mij.

²⁰ Opgemerkt dient te worden dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de noodzaak van een eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat de bewoordingen van een bepaling van het Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten, normaal gesproken in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. Zie, naar analogie, arrest Padawan, punten 31-33, met betrekking tot het in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 gebezigde begrip „billijke compensatie”. Derhalve ben ik van mening dat de uitdrukking „reproductie op welke drager dan ook” in de gehele Unie autonoom en uniform moet worden uitgelegd.

²¹ Zie daarentegen arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punt 37). In die zaak oordeelde het Hof dat uit de bewoordingen van onder meer artikel 4 van richtlijn 2001/29 of enige andere bepaling van deze richtlijn niet kon worden afgeleid of de levering van een voor onbepaalde tijd te gebruiken e-book via een downloadlink een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van die richtlijn vormt, meer bepaald een beschikbaarstelling van een werk op zodanige wijze dat dit voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijdstip toegankelijk is, of een distributiehandeling in de zin van artikel 4 van die richtlijn. Na onder meer de doelstellingen van de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/29, het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht („WCT”) – dat op 20 december 1996 is vastgesteld te Genève, namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6), en wat de Europese Unie betreft in werking is getreden op 14 maart 2010 (PB 2010, L 32, blz. 1) (PB 2010 L 32, blz. 1) – en de totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2001/29 te hebben onderzocht, heeft het Hof geoordeeld dat de levering aan het publiek van een voor onbepaalde tijd te gebruiken e-book via een downloadlink valt onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn.

of substraat of zelfs in analoge of niet-digitale vorm.²² De uitzondering strekt zich dus onder meer uit tot reproducties in zowel analoge als digitale vorm²³ en reproducties op fysiek materiaal zoals papier of cd's/dvd's of op iets minder tastbare dragers/substraten zoals, in de onderhavige zaak, opslagruimte of -capaciteit²⁴ die in de cloud ter beschikking wordt gesteld door een internetprovider. In zoverre moeten de bewoordingen van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 worden afgezet tegen die van artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn, aangezien in laatstgenoemde bepaling uitdrukkelijk staat te lezen dat haar werkingssfeer beperkt is tot „de reproductie op papier of een soortgelijke drager”.²⁵

36. Die gevolgtrekking wordt bovendien ondersteund door een van de voornaamste doelstellingen van richtlijn 2001/29, te weten ervoor te zorgen dat de auteursrechtelijke bescherming in de Europese Unie niet achterhaald wordt of in onbruik raakt door de voortgang van de technologische ontwikkeling en de opkomst van nieuwe vormen van exploitatie van auteursrechtelijk beschermde content.²⁶ Die doelstelling zou echter worden ondermijnd wanneer de uitlegging van de beperkingen en restricties op die bescherming – die volgens overweging 31

²² De in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering moet restrictief worden uitgelegd, maar de bewoordingen van die bepaling weerspiegelen in grote lijnen het overeenkomstige, ruim gedefinieerde en technologisch neutrale, uitsluitende reproductierecht van artikel 2 van richtlijn 2001/29. Volgens deze bepaling voorzien de lidstaten in het uitsluitende recht om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, *met welke middelen en in welke vorm ook*, toe te staan of te verbieden. Zie ook artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979.

²³ In zijn arrest van 27 juni 2013, VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punt 67), heeft het Hof alle niet-analoge – te weten met name digitale – dragers van reproducties uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/29, aangezien een substraat slechts een soortgelijk reproductiemedium kan zijn als papier indien het een fysieke voorstelling kan laten zien die kan worden waargenomen door menselijke zintuigen. Zie daarentegen arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 25), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de loutere terbeschikkingstelling aan natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruikers van installaties, apparaten of dragers waarmee kopieën kunnen worden gemaakt, volstaat om de toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik te rechtvaardigen.

²⁴ De woorden „iets minder tastbare dragers” zijn bewust enigszins vaag. Zelfs in het geval van cloudcomputing en cloudgebaseerde diensten of diensten voor internetopslag, worden de betreffende data – die al dan niet auteursrechtelijk beschermde content kunnen bevatten – uiteindelijk door de aanbieder van cloudcomputingdiensten in digitaal format opgeslagen op fysieke dragers/substraten zoals servers.

²⁵ Cursivering van mij. In zijn arrest van 27 juni 2013, VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punten 65 en 66), heeft het Hof geoordeeld dat uit de bewoordingen van artikel 5, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/29 – waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar papier – volgt dat dragers die geen kenmerken vertonen die vergelijkbaar zijn met en gelijkwaardig zijn aan de kenmerken van papier, niet binnen de werkingssfeer van de in deze bepaling vervatte uitzondering vallen. Anders zou namelijk de nuttige werking van deze uitzondering niet kunnen worden gewaarborgd, met name gelet op de uitzondering die is neergelegd in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29, die betrekking heeft op „reproductie, op welke drager dan ook”. In haar conclusie in de gevoegde zaken VG Wort (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:34, punt 39) heeft advocaat-generaal Sharpston opgemerkt dat in de in artikel 5, lid 2, onder a), vervatte definitie slechts wordt gerefereerd aan de wijze van reproductie en de gebruikte drager, terwijl in artikel 5, lid 2, onder b), uitsluitend wordt verwezen naar de hoedanigheid van de persoon die de reproductie maakt en de doeleinden waarvoor hij dit doet. Zie, voor een beoordeling van de verschillende werkingssfeer van artikel 5, lid 2, onder a), en artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29, ook de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:389, punten 35-54). Zie ook arrest van 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punten 28-43), betreffende de mate waarin de respectieve werkingssferen van de punten a) en b) van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 elkaar overlappen.

²⁶ Zie overweging 5 van richtlijn 2001/29.

van richtlijn 2001/29 werden vastgesteld in het licht van de nieuwe elektronische omgeving – tot gevolg zou hebben dat niet evenzeer rekening kan worden gehouden met die technologische ontwikkelingen en de opkomst van met name digitale dragers en cloudcomputing.²⁷

37. Aan mijn conclusie ter zake wordt niet afgedaan door het feit dat auteursrechtelijk beschermde content wordt gereproduceerd op opslagruimte binnen de cloud die ter beschikking wordt gesteld of wordt aangeboden door een derde die een internetprovider is. In het arrest VCAST²⁸, dat eveneens betrekking had op cloudcomputingdiensten (zij het in andere context, te weten die van het faciliteren van het illegaal downloaden van auteursrechtelijk beschermd televisiemateriaal), bevestigde het Hof zijn vaste rechtspraak dat natuurlijke personen voor een beroep op artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 niet in het bezit hoeven te zijn van de apparatuur waarmee de reproducties worden gemaakt. Apparaten of *kopieerdiensten* kunnen ook worden geleverd door derden, wat de noodzakelijke feitelijke voorwaarde is waaronder de betrokken natuurlijke personen privékopieën kunnen verkrijgen.²⁹

38. Zoals ik net heb vermeld, maakte VCAST in de zaak die de aanleiding vormde voor het gelijknamige arrest gebruik van cloudtechnologie om bedrijfsmatig toegang te verlenen tot (auteursrechtelijk beschermde) televisieprogramma's die waren geproduceerd door Italiaanse televisieomroepen. Daartoe stelde VCAST haar klanten via het internet onrechtmatig een systeem voor video-opname in gegevensopslagruimte in de cloud ter beschikking.³⁰ De onderhavige zaak betreft daarentegen slechts de terbeschikkingstelling van opslagruimte in de cloud en de *mogelijkheid* dat natuurlijke personen auteursrechtelijk beschermd materiaal dat op rechtmatige wijze is verkregen, voor privégebruik opslaan in de computers/servers van de aanbieder van de dienstverrichter. Deze moderne technologische vooruitgang mag evenwel niet verhullen dat dit vanuit een juridisch oogpunt gelijkstaat aan het fotokopiëren van een volledig boek of het „branden” van een kopie van een cd op de harde schijf van een computer wanneer de consument het boek en de cd uit het voorbeeld beide zelf heeft aangeschaft.³¹

²⁷ In overweging 31 van richtlijn 2001/29 wordt specifiek vermeld dat de in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten opnieuw moeten worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. In dit verband heeft het Hof in zijn arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 161-164), met betrekking tot de *verplichte* uitzondering op het reproductierecht waarin artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 voorziet, geoordeeld dat de in deze bepaling vastgestelde voorwaarden aldus moeten worden uitgelegd dat het nuttig effect van de in die bepaling neergelegde uitzondering wordt gewaarborgd en het doel ervan – zoals dat met name voortvloeit uit overweging 31 van die richtlijn – wordt geëerbiedigd. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat „[o]vereenkomstig het doel ervan [...] die uitzondering de ontwikkeling en de werking van nieuwe technologieën mogelijk [moet] maken en waarborgen, alsook [moet] zorgen voor een rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en de belangen van enerzijds rechthebbenden en anderzijds gebruikers van beschermde werken die gebruik willen maken van die nieuwe technologieën”. Zie ook arrest van 5 juni 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punt 24). Hoewel de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 vervatte uitzondering van facultatieve aard is en de werkingssfeer ervan restrictief moet worden uitgelegd, zie ik geen reden om in de onderhavige zaak af te wijken van die benadering.

²⁸ Zie punt 35 van het arrest VCAST en aldaar aangehaalde rechtspraak.

²⁹ In het arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 86), heeft het Hof opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 geen uitsluitel bieden over de kenmerken van de apparatuur vanaf of met behulp waarvan de kopieën voor privégebruik worden vervaardigd. Met name ontbreken bepalingen over het rechtskarakter van de mogelijke band, zoals het eigendomsrecht, tussen de natuurlijke persoon die de maker is van de kopie voor privégebruik en de daarvoor gebruikte apparatuur. In punt 91 van dat arrest heeft het Hof voorts geoordeeld dat richtlijn 2001/29 zich niet verzet tegen een nationale regeling die voorziet in een billijke compensatie voor het vervaardigen van reproducties van beschermde werken vervaardigd door een natuurlijke persoon vanaf of met behulp van apparatuur die aan een derde toebehoort.

³⁰ In punt 15 van het arrest VCAST heeft het Hof het volgende uiteengezet: „[D]e gebruiker [kiest] in de praktijk op de website van VCAST een uitzending [...] uit het gehele aanbod van televisiekanalen die onder de door die vennootschap verrichte dienst vallen. De gebruiker kan hetzij een concrete uitzending kiezen, hetzij een tijdvak. Het door VCAST beheerde systeem ontvangt vervolgens het televisiesignaal met behulp van zijn eigen antennes en neemt het gekozen tijdvak op in de door de gebruiker in de cloud aangegeven gegevensopslagruimte. *Die gegevensopslagruimte wordt door de gebruiker bij een andere dienstverrichter gekocht.*” *Cursivering van mij.*

³¹ De Franse regering heeft opgemerkt dat een particulier zijn *rechtmatig* verkregen muziek- of videocollectie, met het oog op de gemakkelijke toegang daartoe, in de cloud kan opslaan zonder gebruik te hoeven maken van de fysieke vorm van deze werken.

39. De auteursrechtelijke inbreuk waarvan er sprake was in het arrest VCAST, was zonder meer flagranter en nadeliger voor de rechthebbende dan de eventuele inbreuk in de onderhavige zaak, aangezien de mededeling aan het publiek in die zaak de vorm aannam van een illegale uitzending zonder toestemming van de rechthebbende. Niettemin gaat het in beide zaken om een handeling door een natuurlijke persoon waarbij auteursrechtelijk beschermde content wordt gereproduceerd op een „drager”. Uit het arrest VCAST (en ook reeds uit oudere rechtspraak) komt dus duidelijk naar voren dat het Hof impliciet al heeft aanvaard dat die rechtspraak en artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 van toepassing zijn op dergelijke reproducties van auteursrechtelijk beschermde content in de cloud.³² Ook hier mag niet over het hoofd worden gezien dat wanneer een lidstaat de door artikel 5, lid 2, onder b), geboden mogelijkheid benut, de reproductie door een natuurlijke persoon voor privédoeleinden niet onrechtmatig is³³, met dien verstande dat in dat geval een billijke compensatie verschuldigd is.

40. De aanbieder van dergelijke reproductiemiddelen of kopieerdiensten mag echter geen auteursrechtelijk beschermde content beschikbaar maken zonder toestemming van de rechthebbende. Derhalve impliceert artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 dat de rechthebbende voor het overige niet zijn recht verliest om de toegang te verbieden of toe te staan tot de auteursrechtelijk beschermde content waarvan natuurlijke personen – in overeenstemming met die bepaling – privékopieën wensen te maken.³⁴ In zijn arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punt 41), heeft het Hof dan ook geoordeeld dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op kopieën voor privégebruik die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron.³⁵

41. Volgens artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 heeft de daarin neergelegde beperking of restrictie uitsluitend betrekking op het in artikel 2 van die richtlijn bedoelde reproductierecht.³⁶ Zij strekt zich *niet* uit tot onder meer het recht om werken mee te delen aan het publiek en tot het recht om ander materiaal voor het publiek beschikbaar te stellen als bedoeld in artikel 3 van die richtlijn.

42. Uit de in het arrest VCAST beschreven feiten blijkt duidelijk dat de internetprovider in die zaak twee diensten had verricht. Deze bestonden in de *reproductie en terbeschikkingstelling van de werken en het materiaal in kwestie*, die vervolgens werden opgeslagen in gegevensopslagruimte in de cloud, die *door de gebruiker bij een andere provider werd*

³² In zijn conclusie in de zaak VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punten 23-28) heeft advocaat-generaal Szpunar overwogen dat er geen gegevens waren die erop wezen dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 eraan in de weg staat dat in het kader van de in dat artikel vervatte uitzondering reproducties worden gemaakt in opslagruimte in de cloud. Advocaat-generaal Szpunar erkende dat voor het maken van reproducties en het opslaan ervan in de cloud de tussenkomst van derden nodig is. Hij was echter van mening dat deze vorm van reproductie niet van de werkings sfeer van de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering voor kopiëren voor privégebruik behoorde te worden uitgesloten om de enkele reden dat daarbij een derde tussenkomt op een wijze die verder gaat dan het eenvoudigweg ter beschikking stellen van gegevensdragers of apparatuur. Zolang de gebruiker het initiatief neemt om een reproductie te maken alsook het voorwerp ervan en de overige voorwaarden bepaalt, ziet advocaat-generaal Szpunar geen beslissend onderscheid tussen een dergelijke handeling en een reproductie die door diezelfde gebruiker wordt gemaakt met behulp van apparatuur die hij rechtstreeks bedient.

³³ Mits op rechtmatige wijze toegang is verkregen tot de auteursrechtelijk beschermde content.

³⁴ Arrest VCAST, punt 39.

³⁵ In zijn arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 82), heeft het Hof bevestigd dat artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 een uitzondering behelst op het uitsluitende recht van een rechthebbende om reproductie van het betreffende werk toe te staan of te verbieden. Dat onderstelt noodzakelijkerwijs dat het voorwerp van de in die bepaling bedoelde reproductie een beschermd werk is en *geen nagemaakt of vervalst werk*.

³⁶ Zie overweging 32 van richtlijn 2001/29, waarin onder meer het volgende wordt vermeld: „Sommige beperkingen en restricties zijn enkel van toepassing op het reproductierecht, wanneer dit passend is.” De in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik geldt voor de reproductie van werken, vastleggingen van uitvoeringen, fonogrammen, vastleggingen van films en vastleggingen van uitzendingen.

gekocht.³⁷ Zoals ik reeds heb opgemerkt, bevatten de door de verwijzende rechter beschreven feiten geen aanwijzingen dat Strato aan natuurlijke personen enige andere diensten dan opslagcapaciteit in de cloud voor privégebruik heeft aangeboden.

43. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 gebezigde uitdrukking „reproductie, op welke drager dan ook” zich mede uitstrekt tot de reproductie op basis van cloudcomputingdiensten die worden aangeboden door een derde.

B. Tweede prejudiciële vraag

44. Gezien mijn conclusie ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag is het nodig de tweede vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden. Met laatstgenoemde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 vereist dat een nationale wettelijke regeling inzake het maken van kopieën voor privégebruik – zoals § 42b, lid 1, UrhG – voorziet in de betaling van een billijke compensatie aan rechthebbenden met betrekking tot opslagcapaciteit in de cloud die derden aan natuurlijke personen voor privégebruik ter beschikking stellen. Deze vraag is gesteld in het licht van de omstandigheid dat § 42b, lid 1, UrhG niet voorziet in de betaling van heffingen ten aanzien van cloudservices. Deze bepaling voorziet daarentegen wel in heffingen ten aanzien van een reeks andere dragers.

45. In dit verband zij eraan herinnerd dat Strato voor de verwijzende rechter betoogde dat zij „over haar servers in Duitsland reeds indirect de (door de fabrikant/importeur in de prijs verdisconteerde) auteursrechtelijke heffing [had] betaald, en ook de (Oostenrijkse) gebruikers [...] over de apparaten – die nodig zijn om content überhaupt in de cloud te kunnen opslaan – reeds een auteursrechtelijke heffing [hadden] betaald”, alsmede dat „[i]ndien voor opslagruimte in de cloud een extra vergoeding voor lege opslagmedia verschuldigd was, [...] er sprake [zou] zijn van een dubbele en zelfs drievoudige heffing”.

1. Argumenten

46. Austro-Mechana stelt dat reproducties in de cloud op vergelijkbare wijze als de distributie van opnameapparatuur en reproductiemiddelen of het verrichten van reproductiediensten nadeel toebrengen aan de rechthebbenden, zodat daarvoor een billijke compensatie moet worden betaald. Volgens haar moet § 42b, lid 1, UrhG dan ook in overeenstemming met artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 worden uitgelegd en wel in die zin dat voor het aanbieden van reproductiediensten in de cloud de in die richtlijn bepaling bedoelde billijke compensatie verschuldigd is.

47. Strato stelt zich op het standpunt dat de Oostenrijkse wetgever cloudcomputingdiensten bewust van § 42b, lid 1, UrhG heeft uitgesloten om dubbele of driedubbele heffingen te voorkomen. Dienaangaande merkt zij op dat het beschermde materiaal zich op een opslagmedium moet bevinden alvorens het met gebruikmaking van cloudcomputing in de cloud

³⁷ VCAST stelde op het internet aan haar klanten een systeem ter beschikking voor video-opname in gegevensopslagruimte in de cloud, voor terrestrisch uitgezonden programma's van Italiaanse televisieomroepen. De gebruiker koos een concrete uitzending of een tijdvak op de website van VCAST. Het door VCAST beheerde systeem ontving vervolgens het televisiesignaal en nam het tijdvak voor de gekozen uitzending op in de door de gebruiker aangegeven gegevensopslagruimte in de cloud. *Deze gegevensopslagruimte werd door de gebruiker bij een andere dienstverrichter gekocht*. De onderhavige zaak is in zoverre nieuw dat VCAST, anders dan Strato, niet zelf gegevensopslagruimte ter beschikking stelde.

kan worden opgeslagen. Naar Oostenrijks recht moet een auteursrechtelijke heffing worden betaald voor het opslagmedium – mobiele telefoon, computer, tablet – waarmee de privékopie wordt gemaakt. Daarnaast betaalt de gebruiker volgens Strato een royalty voor toegang tot het origineel. Strato stelt bovendien dat de gebruiker weinig kan beginnen met de opslag van de privékopie in de cloud. De particulier gebruikt de cloud immers juist om de gedownloade content op een terminal (een andere installatie) te raadplegen of te bewaren. Een dergelijke installatie maakt echter gebruik van eigen gegevensdragers waarover een heffing moet worden betaald. Volgens Strato hebben rechthebbenden dan ook – alleen al van de zijde van de gebruikers – potentieel drie bronnen van inkomsten: ten eerste de aanvankelijke verwerving van het werk; ten tweede de opslag op de installatie die wordt gebruikt voor het uploaden, waarover een heffing wordt betaald, en ten derde de opslag op de terminal die wordt gebruikt voor het downloaden, waarover ook een heffing wordt betaald. Strato meent tevens, naar analogie met het arrest van 27 juni 2013, VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punt 78), dat wanneer voor het maken van een privékopie een keten van apparaten wordt gebruikt, de billijke compensatie voor één apparaat kan worden opgelegd.

48. De Oostenrijkse regering betoogt dat een server die wordt gebruikt om cloudcomputingdiensten aan te bieden aan particulieren, een opnamemedium is waarvoor de fabrikant of importeur een vergoeding moet betalen. Deze vergoeding wordt afgewenteld op de aanbieder van de cloudcomputingdiensten. Een extra vergoedingsplicht voor de aanbieder van de cloudservice is bijgevolg niet nodig en brengt het risico op overcompensatie met zich mee.

49. Volgens de Deense regering kunnen cloudcomputingdiensten niet worden gelijkgesteld met het ter beschikking stellen van digitale reproductie-installaties, apparaten en dragers aan of het verrichten van een reproductiedienst ten behoeve van particulieren. Derhalve is zij van mening dat het arrest Padawan, dat betrekking heeft op fysieke opslagmedia als cd's en dvd's en dat dateert van vóór cloudcomputing, niet kan worden toegepast op de feiten van de onderhavige zaak. Volgens de Deense regering hebben natuurlijke personen cloudcomputing niet nodig om aan privékopieën te komen. Een cloudcomputingdienst is niet meer dan een digitale opslagruimte voor digitale content en particulieren hebben alleen toegang tot de aldus opgeslagen content door gebruik te maken van de soorten opslagmedia waarop deze content al in eerste instantie was opgeslagen, te weten smartphones of computers. Niet de cloudcomputingdienst maar deze aanvankelijk gebruikte opslagmedia vormen bijgevolg voor particulieren de noodzakelijke voorwaarde om in het bezit te komen van een privékopie. Een stelsel waarin cloudcomputing aan een heffing wordt onderworpen, lijkt dan ook niet te stroken met het in overweging 31 van richtlijn 2001/29 genoemde vereiste van een „rechtvaardig evenwicht”. Volgens de Deense regering bestaat er wellicht een niet te verwaarlozen risico van overcompensatie, in die zin dat meermaals moet worden betaald voor dezelfde privékopie. Dit kan met name voorkomen in gevallen waarin twee heffingen worden betaald: voor het opslagmedium waarop de kopie wordt gemaakt en vervolgens voor de dienst die bestaat in de opslag ervan (bijvoorbeeld een cloudcomputingdienst).

50. De Franse regering merkt op dat de door providers gebruikte servers, zelfs wanneer daarover een heffing voor kopiëren voor privégebruik moet worden betaald, niet noodzakelijk in het verkeer worden gebracht of worden verworven op het grondgebied van de lidstaat waar het kopiëren voor privégebruik plaatsvindt. Daarom behoort het feit dat dubbele compensatie niet kan worden uitgesloten, er niet toe te leiden dat lidstaten geen heffingen kunnen opleggen aan aanbieders van cloudopslag die diensten verrichten ten behoeve van gebruikers op hun grondgebied. Anders zou er namelijk geen sprake zijn van effectieve compensatie voor het verlies

ten gevolge van de aldus gemaakte privékopieën.³⁸ Hoe dan ook vormen heffingen voor het kopiëren voor privégebruik die in de betrokken lidstaat worden betaald over de apparaten die nodig zijn voor het uploaden van content van een cloudservice, geen dubbele betaling ten aanzien van de vergoeding die de aanbieder van die dienst verschuldigd is. Op deze apparaten gemaakte reproducties waarover de heffing voor het kopiëren voor privégebruik verschuldigd is, zijn een andere vorm van kopiëren voor privégebruik dan de kopieën in de cloud. Elk van deze reproductiehandelingen leidt tot een afzonderlijk nadeel in de betrokken lidstaat en vereist de betaling van een billijke compensatie.

2. Arrest Padawan

51. Aangezien het Hof zich in het arrest Padawan voor het eerst over deze kwestie van het kopiëren voor privégebruik en de billijke compensatie heeft gebogen, is het wellicht dienstig iets nader op die beslissing in te gaan.

52. In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, vorderde een Spaanse organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten van een onderneming die cd-, dvd- en mp3-spelers op de markt bracht, de betaling van wat werd omschreven als een heffing voor het kopiëren voor privégebruik waarin het Spaanse recht voorzag. Daartegen werd bezwaar gemaakt omdat de toepassing van die heffing op digitale dragers – zonder dat daarbij een onderscheid werd gemaakt naargelang van het gebruik waarvoor die dragers werden bestemd – in strijd zou zijn met richtlijn 2001/29.

53. Het Hof heeft eerst opgemerkt dat „[h]et maken van een kopie voor privégebruik door een natuurlijk persoon moet worden beschouwd als een handeling die de auteur van het betrokken werk kan benadelen”.³⁹ Na te hebben erkend dat in beginsel die persoon verplicht is om „het nadeel te vergoeden dat gepaard gaat met die reproductie, door het bekostigen van de compensatie die aan die houder zal worden betaald”,⁴⁰ heeft het Hof tevens de aandacht gevestigd op de aanzienlijke praktische moeilijkheden om de inbreuken door particuliere gebruikers te identificeren, alsmede op het feit dat het uit dergelijke individuele inbreuken voortvloeiende nadeel op zichzelf beschouwd minimaal kan zijn en mogelijksterwijs dus geen betalingsverplichting in het leven roept.

54. Het Hof heeft vervolgens overwogen: „[Het staat] de lidstaten evenwel 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. Het is juist dat bij een dergelijk stelsel, in tegenstelling tot hetgeen punt 31 van de considerans van richtlijn 2001/29 lijkt te verlangen, de billijke compensatie niet door de gebruikers van beschermd materiaal wordt gefinancierd. Evenwel moet enerzijds worden opgemerkt dat de activiteit van de betalingsplichtigen, te weten de terbeschikkingstelling aan privégebruikers van installaties, apparaten en dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt, of de reproductiediensten die zij verlenen, de noodzakelijke feitelijke premisse vormt voor het verkrijgen van kopieën voor

³⁸ De Franse regering heeft gerefereerd aan het arrest van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515, punten 64 en 65), waarin werd gewezen op de mogelijkheid waarover een persoon die deze vergoeding voordien heeft betaald in een lidstaat die niet territoriaal bevoegd is, beschikt om overeenkomstig zijn nationale recht te verzoeken om terugbetaling.

³⁹ Arrest Padawan, punt 44.

⁴⁰ Arrest Padawan, punt 45.

privégebruik door natuurlijke personen. Anderzijds staat niets eraan in de weg dat die betalingsplichtigen het bedrag van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik doorberekenen in de prijs van de terbeschikkingstelling van die installaties, apparaten en dragers waarmee reproducties kunnen worden gemaakt of in de prijs voor de reproductiedienstverlening. Aldus zal de last van de compensatie uiteindelijk worden gedragen door de privégebruiker die deze prijs betaalt. In die omstandigheden moet de privégebruiker aan wie de installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie ter beschikking worden gesteld of die gebruikmaakt van een reproductiedienst worden geacht in feite de ‚indirecte betalingsplichtige‘ van de billijke compensatie te zijn.”⁴¹

55. Het Hof is vervolgens tot de slotsom gekomen dat het feit dat het heffingenstelsel het mogelijk maakt dat degene die moet betalen aan de beheerorganisaties die namens de rechthebbenden optreden, de aan de heffing verbonden kosten doorberekent aan de privégebruikers die bijvoorbeeld opnameapparatuur aanschaffen, met zich meebrengt dat een dergelijk stelsel moet worden geacht in beginsel te voldoen aan het vereiste van een „rechtvaardig evenwicht” tussen de belangen van de rechthebbenden en anderen.⁴²

56. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat er een noodzakelijk verband bestaat tussen de oplegging van de heffing aan particuliere consumenten en het nadeel dat het kopiëren voor privégebruik kan berokkenen aan de rechthebbenden. Aangezien die consumenten geacht worden gebruik te maken van de mogelijkheden en „de functies van die installaties – waaronder het vervaardigen van reproducties – volledig te benutten”, volstaat de loutere omstandigheid dat met die installaties of apparaten kopieën kunnen worden gemaakt, „om de toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privégebruik te rechtvaardigen, mits die installaties of apparaten aan de natuurlijke personen in hun hoedanigheid van privégebruikers ter beschikking zijn gesteld.”⁴³

3. Analyse

57. Zoals reeds is uiteengezet, verplicht artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 de lidstaten die kiezen voor de invoering van een uitzondering voor „privégebruik”, om ervoor te zorgen dat de billijke compensatie die tot doel heeft de rechthebbenden te compenseren daadwerkelijk wordt geïnd.⁴⁴ Aangezien artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 slechts facultatief is en ook niet specificeert wat de verschillende parameters zijn van het stelsel van billijke compensatie dat krachtens die bepaling moet worden ingevoerd, is het duidelijk dat de lidstaten noodzakelijkerwijs een ruime beoordelingsmarge hebben om die parameters in hun nationale

⁴¹ Arrest Padawan, punt 45.

⁴² Arrest Padawan, punt 49. De zoektocht naar een rechtvaardig evenwicht in het auteursrecht vestigt tevens de aandacht op de noodzaak om de door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie („Handvest”) gewaarborgde intellectuele-eigendomsrechten te verzoenen met de door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie alsook met het openbaar belang. Zie arrest van 9 maart 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie voor een algemene bespreking van de aard en complexiteiten van de in artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 vervatte beperkingen en restricties eveneens arrest van 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punten 34-54). Voorts heeft het Hof opgemerkt dat de beperkingen waarin artikel 5 van richtlijn 2001/29 voorziet, moeten worden toegepast met inachtneming van het in artikel 20 van het Handvest erkende gelijkheidsbeginsel, dat vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Zie arrest van 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a. (C-110/15, EU:C:2016:717, punt 44).

⁴³ Arrest Padawan, punten 55 en 56.

⁴⁴ Arrest van 9 juni 2016, EGEDA e.a. (C-470/14, EU:C:2016:418, punt 21).

recht te omschrijven.⁴⁵ De lidstaten kunnen dan ook bepalen wie die billijke compensatie moet betalen⁴⁶, alsmede de vorm, de wijze van financiering en het bedrag ervan vaststellen in overeenstemming met richtlijn 2001/29 en het Unierecht in het algemeen, ook al is „billijke compensatie” – zoals het Hof reeds heeft geoordeeld – op zichzelf een autonoom Unierechtelijk begrip.⁴⁷ Zoals blijkt uit de overwegingen 35 en 38 van richtlijn 2001/29, vormt artikel 5, lid 2, onder b), van deze richtlijn de uitdrukking van het voornemen van de Uniewetgever om een specifieke regeling inzake compensatie in het leven te roepen die van toepassing is op basis van een weerlegbaar vermoeden dat in bepaalde omstandigheden nadeel wordt berokkend aan de rechthebbenden, waardoor voor gebruikers in beginsel een verplichting ontstaat hen daarvoor te compenseren.⁴⁸

58. Omdat de mogelijkheden om kopieën te maken – met name in de digitale omgeving – alomtegenwoordig en algemeen verspreid zijn, heeft de Uniewetgever de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik ingevoerd om te voorkomen dat de rechthebbenden daardoor onevenredig nadeel⁴⁹ ondervinden.⁵⁰ Wanneer lidstaten ervoor kiezen om de in artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 neergelegde uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik in hun nationale recht om te zetten, zijn zij met name verplicht om te zorgen voor de betaling van een *billijke compensatie* aan de rechthebbende.

59. Een billijke compensatie is een compensatie die de rechthebbenden niet *over- of ondercompenseert*⁵¹ voor het nadeel dat het kopiëren voor privégebruik hun heeft berokkend. Dienaangaande zij opgemerkt dat de op grond van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 vereiste billijke compensatie voor dergelijk kopiëren naar haar aard gelijk is aan of bij benadering

⁴⁵ De omvang van de beoordelingsmarge waarover de lidstaten bij de omzetting in het nationale recht van een specifieke in artikel 5, leden 2 of 3, van richtlijn 2001/29 vermelde beperking of restrictie beschikken, moet per geval worden beoordeeld, met name aan de hand van de bewoordingen van die bepaling, waarbij de door de Uniewetgever beoogde mate waarin de beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, wordt bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt, zoals staat te lezen in overweging 31 van richtlijn 2001/29. Zie arrest van 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punt 40).

⁴⁶ Mits die compensatie *uiteindelijk wordt gedragen door de privégebruikers*. Gelet op de praktische moeilijkheden om een billijke compensatie te innen bij privégebruikers, heeft het Hof overwogen dat de lidstaten die billijke compensatie mogen financieren door een heffing op te leggen aan personen die installaties, apparaten of dragers voor reproductie ter beschikking stellen van natuurlijke personen. Aangezien de heffing voor het kopiëren voor privégebruik kan worden doorberekend aan de privégebruiker door die heffing te verdisconteren in de prijs van de terbeschikkingstelling van de installaties, apparaten en dragers voor reproductie of in de prijs voor de reproductiedienstverlening, is een dergelijk stelsel aanvaardbaar omdat de last van de heffing uiteindelijk wordt gedragen door de privégebruiker. Daarentegen verzet artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 zich tegen een regeling inzake billijke compensatie voor het kopiëren voor privégebruik die wordt gefinancierd uit de algemene begroting wanneer die regeling niet kan waarborgen dat de kosten van die compensatie uiteindelijk worden gedragen door de gebruikers van privékopieën. Zie in die zin arrest van 9 juni 2016, EGEDA e.a. (C-470/14, EU:C:2016:418, punten 33-42).

⁴⁷ Arrest Padawan, punt 37.

⁴⁸ Zie arresten van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515, punt 40), en 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a. (C-110/15, EU:C:2016:717, punt 26).

⁴⁹ Bij artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 wordt aan de lidstaat die de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik in zijn nationale recht heeft ingevoerd, een resultaatsverplichting opgelegd die inhoudt dat die staat binnen het kader van zijn bevoegdheden moet waarborgen dat de billijke compensatie die tot doel heeft de benadeelde houders van het uitsluitende reproductierecht te compenseren voor het nadeel dat zij ondervinden, daadwerkelijk wordt geïnd, met name wanneer dat nadeel is ontstaan op het grondgebied van die lidstaat. In dit verband wordt aangenomen dat het nadeel dat aan de rechthebbende wordt berokkend door het kopiëren voor privégebruik, ontstaat op het grondgebied van de lidstaat waar de eindgebruiker woont. Zie arrest van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515, punten 57 en 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁰ In herinnering dient te worden gebracht dat de uitzondering voor kopiëren voor privégebruik alleen van toepassing is op privékopieën die zijn vervaardigd uit een *geoorloofde bron*. Het Hof heeft in zijn arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254), geoordeeld dat een heffingstelsel voor privékopieën waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang die kopieën zijn vervaardigd uit een geoorloofde dan wel uit een ongeoorloofde bron, het rechtvaardige evenwicht tussen rechthebbenden en gebruikers niet eerbiedigt.

⁵¹ In dergelijke situaties wordt het door overweging 31 van richtlijn 2001/29 vereiste „rechtvaardig evenwicht” niet geëerbiedigd. Zie arresten van 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punt 86), en 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a. (C-110/15, EU:C:2016:717, punt 51).

overeenkomt met het aan de rechthebbenden berokkende nadeel. Omdat dit kopiëren gezien het privé karakter ervan moeilijk – of eigenlijk: nagenoeg onmogelijk – kan worden gecontroleerd of ontdekt, heeft het Hof de lidstaten dan ook toegestaan om binnen de grenzen van hun beoordelingsruimte bepaalde weerlegbare vermoedens te hanteren ten aanzien van het kopiëren voor privé gebruik.⁵²

60. Zoals het Hof heeft opgemerkt in punt 51 van het arrest van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515), zijn vergoedingenstelsels voor het kopiëren voor privé gebruik thans ten aanzien van de meeste dragers *noodzakelijkerwijs onnauwkeurig*, omdat het in de praktijk onmogelijk is vast te stellen welk werk door welke gebruiker op welke drager is gereproduceerd.⁵³ Het Hof heeft met betrekking tot installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie overwogen dat het op voorhand vastgestelde bedrag van de desbetreffende heffing niet kan worden bepaald op basis van het criterium van het daadwerkelijke nadeel, omdat de omvang van dat nadeel nog niet bekend is op het tijdstip waarop de betrokken apparaten op het nationale grondgebied in het verkeer worden gebracht. Derhalve kan die heffing niet anders dan forfaitair zijn.⁵⁴

61. Tevens wordt in overweging 35 van richtlijn 2001/29 gepreciseerd dat in de gevallen waarin de rechthebbenden reeds een betaling hebben ontvangen „in een andere vorm [...], bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht”, eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig is.⁵⁵ Het is dus mogelijk dat – zoals overweging 35 van richtlijn 2001/29 duidelijk maakt – in bepaalde situaties waarin de „schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, [...] geen betalingsverplichting ontstaat”. Ik wens tevens op te merken dat de betrokken lidstaat – in overeenstemming met artikel 6 van richtlijn 2001/29, zoals het Hof deze bepaling uitlegt in zijn arrest van 5 maart 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punt 72) – het concrete bedrag van de aan de rechthebbenden verschuldigde compensatie afhankelijk mag stellen van het antwoord op de vraag of technische voorzieningen worden toegepast, zodat de rechthebbenden worden aangemoedigd om deze voorzieningen te treffen en aldus vrijwillig bij te dragen tot de correcte toepassing van de uitzondering voor het kopiëren voor privé gebruik.

62. Daarbij komt dat het Hof in punt 78 van het arrest van 27 juni 2013, VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426), heeft geoordeeld als volgt: „Indien de betrokken reproducties worden gemaakt middels een één geheel vormende werkwijze met behulp van een keten van apparaten, staat het de lidstaten ook vrij terug te gaan tot de fasen die voorafgaan aan de vervaardiging op zich van de kopie, en om in voorkomend geval een systeem in te stellen waarin de billijke compensatie wordt voldaan door degenen die beschikken over een apparaat dat als onderdeel van deze keten op niet-autonome wijze bijdraagt tot die werkwijze, voor zover deze personen de mogelijkheid hebben de kosten van de heffing af te wentelen op hun klanten. Niettemin mag het totale bedrag van de billijke compensatie die als vergoeding voor de door de

⁵² Arrest van 11 juli 2013, Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11, EU:C:2013:515, punten 41-45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵³ Zie ook arrest van 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a. (C-110/15, EU:C:2016:717, punt 35). Vanuit een louter theoretisch oogpunt is het dan ook waar dat het feit dat een dergelijke heffing is betaald, een individuele beoordeling van het in een specifiek geval door de rechthebbende geleden nadeel niet kan vervangen.

⁵⁴ Arrest van 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punten 70 en 71).

⁵⁵ In zijn conclusie in de zaak Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2014:2001, punten 60 en 61) heeft advocaat-generaal Cruz Villalón opgemerkt dat in overweging 35 van richtlijn 2001/29 wordt gepreciseerd dat „[i]n gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, [...] eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig [is]”. Hij heeft het volgende overwogen: „Uit dat punt van de considerans zou kunnen worden afgeleid dat richtlijn 2001/29 de zorg om te beslissen over de noodzakelijkheid om elke overcompensatie te vermijden, dat wil zeggen ervoor te waken dat de gebruikers niet tweemaal de thuiskopie vergoeding ter financiering van de billijke compensatie moeten betalen, de eerste keer naar aanleiding van de legale aankoop in de handel van de bestanden met de werken en de tweede maal naar aanleiding van de aankoop van de informatiedragers, zoals dat in het hoofdgeding het geval zou kunnen zijn, naar de lidstaten verwijst.”

rechthebbenden geleden schade verschuldigd is na die één geheel vormende werkwijze, niet wezenlijk verschillen van het bedrag dat is vastgesteld door de reproductie die middels één enkel apparaat wordt verkregen.”

63. Terloops merk ik op dat ik me niet aan de indruk kan onttrekken dat de Uniewetgever er goed aan zou doen dit aspect van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 te heroverwegen.⁵⁶ De uitdrukking „billijke compensatie” is zo ruim en onbepaald dat enige subjectiviteit in de beoordeling niet vermeden kan worden. Afgezien van de richtsnoeren die zijn vervat in artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en in bepaalde overwegingen van deze richtlijn, met name de overwegingen 31 en 35, zijn er weinig andere juridische maatstaven aan de hand waarvan nationale rechters of het Hof kunnen uitmaken of enige en, zo ja, welke compensatie in de onderhavige context kan worden geacht „billijk” te zijn.⁵⁷

64. In dit verband bepaalt artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 in wezen dat de in artikel 5, lid 2, onder b), van die richtlijn neergelegde beperking of restrictie geen afbreuk mag doen aan de *normale exploitatie*⁵⁸ van het werk of ander materiaal en de *wettige belangen*⁵⁹ van de rechthebbende niet onredelijk mag schaden.

4. Toepassing van deze beginselen op de onderhavige zaak

65. Wat de onderhavige zaak betreft, moet worden beoordeeld of en welke rechthebbenden er zijn die recht hebben op (aanvullende) compensatie wegens de terbeschikkingstelling voor privégebruik⁶⁰ van opslagcapaciteit in de cloud aan natuurlijke personen, wanneer de nationale wetgeving – zoals in casu – reeds lijkt te voorzien in de betaling van heffingen ten aanzien van een zeer breed scala gespecificeerde dragers.

66. Elke stap in het proces van het uploaden en downloaden van auteursrechtelijk beschermde content in en vanaf de cloud met gebruikmaking van apparaten of dragers als smartphones vormt een reproductie van die content die in beginsel artikel 2 van richtlijn 2001/29 schendt, tenzij die reproductie gerechtvaardigd is op grond van een beperking of restrictie als bedoeld in artikel 5 van die richtlijn. Aangezien artikel 5, lid 2, onder b), en artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 gelijkelijk tot doel hebben zowel onder- als overcompensatie van de rechthebbende te voorkomen en aldus een rechtvaardig evenwicht tussen de privégebruiker en de rechthebbende tot stand te brengen, rijst de vraag of een afzonderlijke heffing moet worden betaald voor elke

⁵⁶ Bovendien moeten de in het arrest Padawan vervatte richtsnoeren niettemin worden gelezen in verband met en in het licht van de technologie en de gewoonten van gebruikers in 2010, toen dat arrest werd gewezen, ook al heeft het Hof het daarin gegeven oordeel in daaropvolgende zaken consequent uitgewerkt.

⁵⁷ De beoordelingsvrijheid waarover de lidstaten bij de omzetting van de in artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen en restricties beschikken is dus aanzienlijk, maar zij mogen die vrijheid niet gebruiken op een wijze die afbreuk doet aan de doelstellingen van de richtlijn, die erin bestaan een hoog beschermingsniveau ten gunste van auteurs tot stand te brengen en de goede werking van de interne markt te waarborgen. Zie arrest van 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voorts blijkt volgens het Hof uit overweging 44 van richtlijn 2001/29 dat het in de bedoeling van de Uniewetgever lag dat de werkingssfeer van de restricties en beperkingen nog verder zou kunnen worden ingeperkt ten aanzien van bepaalde nieuwe vormen van gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken en ander materiaal. Zie arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punt 27).

⁵⁸ Ook deze uitdrukking wordt niet gedefinieerd.

⁵⁹ Ook deze uitdrukking wordt niet gedefinieerd.

⁶⁰ En zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk.

stap in deze reeks kopieën, met inbegrip van de reproductie/opslag in de cloud, gelet op het feit dat het *mogelijk* is dat de gebruiker al een passende heffing heeft betaald over apparaten en dragers die in die reeks zijn gebruikt.⁶¹

67. Ter terechtzitting op 7 juli 2021 heeft zowel Austro-Mechana als de Oostenrijkse regering verklaard dat in Oostenrijk geen heffing voor privékopieën verschuldigd is over *apparaten, maar alleen over dragers*. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter lijkt deze verklaring te worden bevestigd door de Private Copying Global Study 2020.⁶² Opgemerkt dient evenwel te worden⁶³ dat volgens die studie heffingen verschuldigd zijn over een zeer breed scala van dragers.⁶⁴ Zo moeten er kennelijk heffingen worden betaald over onder meer geïntegreerde geheugens in mobiele telefoons waarmee muziek en/of video's kunnen worden afgespeeld, geïntegreerde geheugens in een scala van computers en tablets, smartwatches met een geïntegreerd geheugen, dvd's, usb-sticks enzovoort. Geen enkele heffing is verschuldigd over de terbeschikkingstelling van opslagcapaciteit in de cloud.⁶⁵ Voornoemde studie vermeldt tevens in het deel „Explanation on Developments” over Oostenrijk het volgende: „Verkopen van fysieke dragers zijn echter aanzienlijk gedaald, met uitzondering van mobiele telefoons. Het publiek wendt zich meer en meer tot de cloud voor het maken van privékopieën en/of streaming. Het eerste strategische doel van Austro-Mechana is dan ook een heffing voor het maken van privékopieën in de cloud.”

68. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter lijkt het dossier waarover het Hof beschikt er dus op te wijzen dat het kopieergedrag van natuurlijke personen voor privégebruik⁶⁶ evolueert, waarbij in toenemende mate wordt gebruikgemaakt van een beperkt aantal apparaten en dragers (zoals smartphones en tablets) in combinatie met cloudcomputingdiensten, en niet zozeer van een breed scala afzonderlijke apparaten en dragers alleen. Bovendien lijken heffingen – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – niet zozeer te worden geheven over cloudcomputingdiensten als wel over apparaten en dragers.

69. Het recht op billijke compensatie krachtens artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 berust op het in bepaalde omstandigheden bestaande weerlegbare vermoeden dat nadeel is berokkend aan de rechthebbenden, en roept in beginsel voor de gebruikers de verplichting in het leven om hen daarvoor te compenseren. In zoverre geldt bij de beoordeling van het door de rechthebbenden ondervonden nadeel met name een weerlegbaar vermoeden dat natuurlijke personen ten volle gebruikmaken van de reproductie- en opslagcapaciteit van elektronische

⁶¹ De mate waarin dergelijke heffingen voorkomen lijkt aanmerkelijk te variëren tussen de lidstaten, aangezien voor een bepaald apparaat (zoals een pc of een smartphone) in de ene lidstaat wel een heffing verschuldigd is maar in de andere lidstaat niet. Hetzelfde geldt mogelijkerwijs voor de hoogte van dergelijke heffingen, die van lidstaat tot lidstaat kan verschillen. Zie dienaangaande Private Copying Global Study 2020. Beschikbaar op https://cnm.fr/pdf/sg20-1067_private_copying_global_study_2020_2020-11-23_en.pdf. Uit deze studie blijkt bijvoorbeeld dat Ierland een uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik heeft gemaakt op grond van artikel 101 van de Copyright and Related Rights Act, 2000 (auteurswet), maar niet voorziet in een heffing daarover.

⁶² Zie blz. 286-296 van de studie.

⁶³ Zie blz. 286-296 van de studie.

⁶⁴ In dit verband heeft Strato aan haar opmerkingen tevens een lijst gehecht met de tarieven die Austro-Mechana hanteert voor opslagmedia die na 1 januari 2018 op de markt zijn gebracht. Zie bijlage 12.

⁶⁵ Strato merkt op dat geen enkele lidstaat momenteel voorziet in een heffing voor het kopiëren voor privégebruik ten aanzien van diensten in de cloud. Ter terechtzitting op 7 juli 2021 heeft de Franse regering opgemerkt dat Frankrijk voorziet in een heffing met betrekking tot de diensten van een Network Based Personal Video Recorder (op het netwerk gebaseerde persoonlijke videorecorder).

⁶⁶ Althans in Oostenrijk, maar ik vermoed in alle lidstaten.

apparaten of dragers die hun ter beschikking zijn gesteld.⁶⁷ Bovendien wordt aangenomen dat het nadeel dat de rechthebbende ondervindt van het kopiëren voor privégebruik ontstaat in de lidstaat waar de eindgebruiker woont.⁶⁸

70. Gelet op de *noodzakelijkerwijs onnauwkeurige* aard van forfaitaire heffingen over apparaten of dragers, moet men naar mijn mening niet te snel zijn om dergelijke forfaitaire heffingen te combineren met andere vergoedingstelsels of om daarop andere heffingen over dienstverlening in de cloud te enten, zonder voorafgaandelijk empirisch onderzoek ter zake te verrichten, en zeker niet zonder vast te stellen of het gecombineerde gebruik van dergelijke apparaten/dragers en diensten extra nadeel berokkent aan de rechthebbenden, omdat dit zou kunnen leiden tot overcompensatie en tot verstoring van het rechtvaardige evenwicht tussen rechthebbenden en gebruikers als bedoeld in overweging 31 van richtlijn 2001/29.

71. Wanneer er geen rekening wordt gehouden met reproductie/opslag in de cloud, bestaat het risico op ondercompensatie van de rechthebbende voor het hem berokkende nadeel. Aangezien het uploaden en downloaden van auteursrechtelijk beschermd content in en vanaf de cloud met gebruikmaking van apparaten of dragers zou kunnen worden aangemerkt als een *één geheel vormende werkwijze voor het maken van privékopieën*, staat het de lidstaten in het licht van hun ruime beoordelingsmarge evenwel vrij om in voorkomend geval een systeem in te voeren waarin billijke compensatie alleen wordt betaald voor apparaten of dragers die een noodzakelijk onderdeel vormen van die werkwijze, mits dit het nadeel weerspiegelt dat de betreffende werkwijze de rechthebbende heeft berokkend.

72. Samengevat is er dus geen afzonderlijke heffing of vergoeding verschuldigd voor reproducties die een natuurlijke persoon voor privédoeleinden maakt met gebruikmaking van door een derde aangeboden cloudcomputingdiensten, mits de in de betrokken lidstaat over apparaten/dragers betaalde heffingen tevens het nadeel weerspiegelen dat een dergelijke reproductie de rechthebbende berokkent. Wanneer een lidstaat er daadwerkelijk voor heeft gekozen te voorzien in een heffingstelsel ten aanzien van apparaten/dragers, mag de verwijzende rechter er in beginsel van uitgaan dat dit op zichzelf een „billijke compensatie” in de zin van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 vormt, tenzij de rechthebbende (of diens vertegenwoordiger) duidelijk kan aantonen dat dergelijke betaling gezien de feitelijke omstandigheden van de onderhavige zaak niet toereikend zou zijn.

73. Deze beoordeling – die aanzienlijke economische deskundigheid en kennis van meerdere bedrijfstakken vereist – dient op nationaal niveau te worden verricht door de verwijzende rechter.

⁶⁷ Ik heb wat moeite met dergelijke vermoedens, aangezien de opkomst van onlinediensten die auteursrechtelijk beschermd materiaal als boeken, muziek en films onder licentie ter beschikking stellen het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal door natuurlijke personen in strijd met artikel 2 van richtlijn 2001/29 aanmerkelijk kan beperken. Mijns inziens dient bij de vaststelling van heffingen rekening te worden gehouden met dit verschijnsel en met het feit dat apparaten en dragers wellicht in toenemende mate worden gebruikt voor de opslag van content die eenvoudigweg geen inbreuk maakt op het reproductierecht, bijvoorbeeld door de eigenaar van een apparaat gemaakte privéfoto's.

⁶⁸ Wat dit laatste betreft, is het feit dat Strato mogelijk heffingen heeft betaald over haar servers in Duitsland, zoals zij beweert, in het hoofdgeding grotendeels irrelevant. Voor zover er überhaupt heffingen verschuldigd zijn over het verrichten van cloudcomputingdiensten aan in Oostenrijk woonachtige natuurlijke personen, zijn zij verschuldigd in Oostenrijk. In overeenstemming met het arrest van 11 juli 2013, *Amazon.com International Sales e.a.* (C-521/11, EU:C:2013:515, punt 37), kan Strato echter eventueel terugbetaling vorderen van (een deel van) de in Duitsland betaalde heffingen.

VI. Conclusie

74. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Wien te beantwoorden als volgt:

„De in artikel 5, lid 2, onder b), 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 gebezigde uitdrukking ‚reproductie, op welke drager dan ook’ strekt zich mede uit tot de reproductie op basis van cloudcomputingdiensten die worden aangeboden door een derde.

Er is geen afzonderlijke heffing of vergoeding verschuldigd voor reproducties die een natuurlijke persoon voor privédoeleinden maakt met gebruikmaking van door een derde aangeboden cloudcomputingdiensten, mits de in de betrokken lidstaat over apparaten/dragers betaalde heffingen tevens het nadeel weerspiegelen dat een dergelijke reproductie de rechthebbende berokkent. Wanneer een lidstaat er daadwerkelijk voor heeft gekozen te voorzien in een heffingenstelsel ten aanzien van apparaten/dragers, mag de verwijzende rechter er in beginsel van uitgaan dat dit op zichzelf een ‚billijke compensatie’ in de zin van artikel 5, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/29 oplevert, tenzij de rechthebbende (of diens vertegenwoordiger) duidelijk kan aantonen dat dergelijke betaling gezien de feitelijke omstandigheden van de onderhavige zaak niet toereikend zou zijn.”