CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. JÄÄSKINEN van 10 maart 2011 [1]

1. Het gaat in deze zaak om de uitlegging van het begrip „billijke compensatie" in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29/EG. [2] De vraag wie deze compensatie moet betalen is recentelijk aan de orde geweest in de zaak Padawan [3], waarvan de onderhavige prejudiciële verwijzing verschilt vanwege een grensoverschrijdend element. De nieuwe vraag die thans wordt gesteld, is dan ook of artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 meebrengt dat een nationale regeling ter uitvoering van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij een onderneming die zich toelegt op een vorm van verkoop op afstand waarbij zij via internet goederen verkoopt aan afnemers in een lidstaat waarvan de nationale wetgeving voorziet in een verplichting tot billijke vergoeding, verplicht tot betaling van die vergoeding in een van de twee lidstaten.

I — Rechtskader

A — *EU-recht* [4]

2. Artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt dat intellectuele eigendom is beschermd. [5]

3. Artikel 28 EG verbiedt kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking. Artikel 30 EG voorziet in rechtvaardigingsgronden voor dergelijke beperkingen, waaronder uitdrukkelijk de bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — 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 (PB L 167, blz. 10).

3 — Arrest van 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, Jurispr. blz. I-10055; hierna: „arrest Padawan").

4 — Daar het voorliggende verzoek om een prejudiciële beslissing is gedaan voordat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2008, C 115, blz. 47) in werking is getreden, zijn de verwijzingen naar de artikelen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (PB 2002, C 325, blz. 33) gehandhaafd.

5 — PB 2000, C 364, blz. 1.

4. De punten 35, 38 en 39 van de considerans van richtlijn 2001/29 luiden:

„(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 de schade 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. Hoewel de verschillen tussen de bestaande vergoedingsstelsels de werking van de interne markt beïnvloeden zullen zij, wat de analoge reproductie voor privégebruik betreft, wellicht geen noemenswaardige gevolgen voor de ontwikkeling van de informatiemaatschappij hebben. Het is aannemelijk dat het digitaal kopiëren voor privégebruik op grotere schaal zal plaatsvinden en een grotere economische impact zal hebben. Daarom moet terdege rekening worden gehouden met de verschillen tussen digitaal en analoog kopiëren voor privégebruik, en moet in bepaalde gevallen een onderscheid tussen beide worden gemaakt.

(39) De lidstaten moeten, wanneer zij de beperking of restrictie voor het kopiëren voor privégebruik toepassen, naar behoren rekening houden met de technologische en economische ontwikkelingen, met name wat het digitaal kopiëren voor privégebruik en de vergoedingsstelsels betreft, wanneer doeltreffende technische beveiligingsvoorzieningen beschikbaar zijn. Dergelijke beperkingen of restricties

mogen geen belemmering vormen voor de toepassing van technische voorzieningen of het gebruik daarvan in geval van verboden omzeilingspraktijken."

5. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 bevat de algemene regel met betrekking tot het reproductierecht. Het bepaalt:

„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."

6. In artikel 5 zijn de beperkingen en restricties geregeld. Voor zover hier van belang is daarin bepaald:

„2. 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;

[...]

5. 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 — *Nationaal recht*

7. Artikel 16c van de Auteurswet luidt:

„1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproduceren van het werk [...] op een voorwerp dat bestemd is om een werk [...] weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

2. Voor het reproduceren, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid.

3. Voor de fabrikant ontstaat de verplichting tot betaling op het tijdstip dat de door hem vervaardigde voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Voor de importeur ontstaat deze verplichting op het tijdstip van invoer.

[...]"

8. Ingevolge artikel 16d van de Auteurswet is Stichting de Thuiskopie (hierna: „Stichting") belast met de inning van de in artikel 16c, lid 2, van de Auteurswet bedoelde billijke vergoeding.

II — Feiten en prejudiciële vragen

9. Opus GmbH is gevestigd in Duitsland en biedt blanco informatiedragers aan, onder meer via Nederlandstalige en op Nederland gerichte websites. In haar algemene voorwaarden, die op haar websites in te zien zijn, is vermeld:

„Bestellingen worden rechtstreeks door de klant besteld bij Opus Supplies Deutschland GmbH in Heinsberg, Duitsland.

[...]

De getoonde prijzen zijn exclusief Levy, Auvibel, Thuiskopie, GEMA en andere heffingen. Transport van de goederen wordt in opdracht van de klant via TPG Post of DHL Express verzonden en is [te allen] tijde in naam van de klant. Hierdoor kan het zijn dat u in uw land als importeur wordt gezien [...]".

10. Sinds eind 2003 biedt Opus GmbH blanco informatiedragers aan tegen prijzen waarvan volgens de verwijzende rechter duidelijk is dat daarin geen thuiskopievergoeding is verwerkt, omdat de prijzen veelal lager zijn dan het bedrag waarop in Nederland de thuiskopievergoeding voor de desbetreffende categorie informatiedragers is vastgesteld.

11. Via de website binnengekomen bestellingen worden door Opus GmbH per e-mail aan de klant bevestigd. De bestellingen worden in Duitsland verwerkt en de goederen worden per post in, onder meer, Nederland via door Opus GmbH ingeschakelde vervoerders bezorgd.

12. De informatiedragers kunnen online worden besteld zonder dat de consument hoeft kennis te nemen van de op de website van Opus GmbH geplaatste algemene voorwaarden. Betaling kan op een Nederlandse bankrekening plaatsvinden, en retouren kunnen naar een Nederlands adres worden verstuurd.

13. Met betrekking tot die informatiedragers wordt aan de Stichting geen vergoeding betaald door Opus GmbH, noch door de afnemers in Nederland. Opus GmbH betaalt voor de aan Nederlandse afnemers verkochte blanco informatiedragers ook in Duitsland niet een met de thuiskopievergoeding vergelijkbare vergoeding.

14. Behalve Opus GmbH zijn tevens partij in de procedure Opus Supplies BV, die zich toelegde op de verkoop van blanco informatiedragers aan afnemers in Nederland, en M. van der Lee en H. van der Lee, middellijk bestuurders van beide vennootschappen.

15. Op 26 juli 2005 heeft de Stichting alle drie partijen in kort geding gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen bij vonnis van 16 september 2005 afgewezen. Tegen dit vonnis heeft de Stichting hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij arrest van 12 juli 2007 heeft het Gerechtshof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. De Stichting heeft tegen het arrest van het Gerechtshof beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden, die een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof heeft ingediend.

16. De Hoge Raad zet in de motivering van zijn verwijzingsarrest uiteen dat op grond van de overeenkomst de levering van de informatiedragers plaatsvindt door bezitsoverdracht. Deze heeft plaats in Duitsland aangezien de koper blijkens het desbetreffende beding verantwoordelijk is voor het vervoer. Volgens de Nederlandse wetgeving rust de verplichting tot betaling van de billijke compensatie op de importeur, zodat in casu de Nederlandse koper de compensatie verschuldigd is en niet Opus GmbH. De Hoge Raad wenst in dit verband te vernemen of richtlijn 2001/29 meebrengt dat het begrip „importeur" in de nationale wetgeving contrair aan de normale betekenis ervan moet worden opgevat.

17. In deze omstandigheden heeft de Hoge Raad het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1. Biedt [richtlijn 2001/29], in het bijzonder in art. 5, lid 2 onder b en lid 5, aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wie in de nationale wetgeving behoort te worden aangemerkt als de schuldenaar van de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde ‚billijke vergoeding'? Zo ja, welke?

2. Indien sprake is van een koop op afstand waarbij de koper in een andere lidstaat is gevestigd dan de verkoper, noopt art. 5 lid 5 van [richtlijn 2001/29] dan tot een zo ruime uitleg van het nationale recht dat ten minste in één van de bij de koop op afstand betrokken landen de in art. 5, lid 2 onder b, bedoelde ‚billijke compensatie' is verschuldigd door een bedrijfsmatig handelende schuldenaar?"

III — Beoordeling

A — *Eerste vraag*

18. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2001/29 bepaalt wie gehouden is tot betaling van de billijke vergoeding in de gevallen dat een uitzondering op de algemene regel van artikel 2 van die richtlijn van toepassing is.

19. Richtlijn 2001/29 stelt inderdaad niet uitdrukkelijk vast wie de billijke compensatie moet betalen. Bepaald is slechts het door de richtlijn te bereiken resultaat, namelijk dat de lidstaten, wanneer zij een uitzondering op de algemene regel van artikel 2 toestaan, moeten bewerkstelligen dat een billijke compensatie wordt verkregen, tenzij het nadeel voor de rechthebbende minimaal zou zijn.

20. De lidstaten hebben derhalve een grote mate van vrijheid om te bepalen wie een dergelijke compensatie moet betalen.

21. Volgens de rechtspraak van het Hof moet voor de bepaling van de schuldenaar van de billijke compensatie worden uitgegaan van een in de gehele Unie uniforme uitlegging teneinde het doel van richtlijn 2001/29 te verwezenlijken, zijnde de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht om te verzekeren dat de mededinging op de interne markt niet wordt vervalst. [6]

22. Dit moet gebeuren met inachtneming van het doel van de betrokken richtlijn en van de betrokken bepaling. De billijke compensatie als bedoeld in artikel 5, lid 2, sub b,

6 — Arrest Padawan, aangehaald in voetnoot 3, punten 32, 33 en 35.

van richtlijn 2001/29 heeft tot doel de auteurs naar behoren te vergoeden voor het gebruik dat zonder hun toestemming van hun beschermde werk wordt gemaakt, en voor het nadeel dat zij daardoor lijden. [7]

23. Het Hof heeft zich zeer recent in het arrest Padawan uitgesproken over de vraag wie de compensatie behoort te betalen. Het besliste dat in het algemeen de persoon die de exclusieve houder van het reproductierecht benadeelt, degene is die het beschermde werk reproduceert zonder vooraf toestemming te vragen, en derhalve degene die verplicht is het nadeel te vergoeden. [8] Het Hof heeft evenwel ook verklaard dat, gelet op de praktische moeilijkheden om de particuliere gebruikers te identificeren, het de lidstaten vrijstaat te bepalen dat niet die particulieren maar de personen die over installaties, apparaten en dragers voor digitale reproductie beschikken en deze ter beschikking stellen van particulieren, verplicht zijn om de billijke compensatie te betalen. [9]

24. Het lijkt dus uit dat arrest wel duidelijk dat in beginsel zowel de particulier als de onderneming die het betrokken product verkoopt waardoor de rechthebbende nadeel lijdt of kan lijden, schuldenaar van de billijke compensatie kan zijn.

25. Een lidstaat mag het kopiëren voor privégebruik slechts toestaan en particulieren de verplichting tot compensatie opleggen, indien hij ook een stelsel invoert dat daadwerkelijk waarborgt dat compensaties worden betaald. Anders zou het nuttig effect van de artikelen 2 en 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 niet kunnen worden bereikt. Bovendien zouden de rechthebbenden worden beroofd van de bescherming die hun door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten wordt geboden.

26. Het nuttig effect van die bepalingen kan naar mijn mening in de praktijk alleen worden bereikt indien de lidstaat een stelsel invoert waarin de rechthebbenden worden gecompenseerd via een collectieve regeling. Gelet op de vaststelling van het Hof in het arrest Padawan dat het in beginsel de particulier is die het nadeel moet vergoeden, lijkt het logisch dat de compensatie economisch door hem wordt gedragen. Een vergoedingsregeling van een lidstaat die de uitzondering van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 voorschrijft, moet derhalve waarborgen dat de compensatie bij de eindgebruikers wordt geïnd, wat in de praktijk betekent dat het betrokken bedrag moet zijn verwerkt in de prijs die deze personen betalen wanneer zij dergelijke media aanschaffen.

27. Hieraan doen de argumenten van de Commissie inzake beperkingen van het vrij verkeer van goederen niet af.

7 — Arrest Padawan, ibidem, punten 39 en 40.
8 — Arrest Padawan, ibidem, punten 44 en 45.
9 — Arrest Padawan, ibidem, punt 46.

28. De Commissie betoogt dat richtlijn 2001/29 moet worden uitgelegd op een wijze die niet in strijd is met primair recht [10], te weten de artikelen 28 EG en 30 EG betreffende het vrij verkeer van goederen. Er zijn meerdere methoden om te verzekeren dat daadwerkelijk compensatie wordt betaald, en richtlijn 2001/29 lijkt vormen van billijke compensatie te bevorderen, die niet aan de waar zelf is gekoppeld, zodat zij geen consequenties hebben voor de grensoverschrijdende handel. [11] De regeling van de vraag wie de billijke compensatie dient te betalen, mag dan ook niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bereiking van het doel dat de billijke compensatie in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 nastreeft.

29. Het eerste aspect in dit verband betreft de vraag of de relevante bepalingen van richtlijn 2001/29 verenigbaar zijn met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen.

30. Aangezien artikel 30 EG nationale beperkingen ter bescherming van intellectueleeigendomsrechten toestaat, kan er mijns inziens geen enkele twijfel over bestaan dat de Uniewetgever bevoegd is om de voorwaarden voor de uitoefening van die rechten te harmoniseren, zodat hun daadwerkelijke handhaving is verzekerd.

31. Het tweede aspect betreft de vraag of een vergoedingsregeling die ook van toepassing is op uit andere lidstaten ingevoerde reproductiemedia, verenigbaar is met het vrij verkeer van goederen, in aanmerking genomen dat er, naar wordt gesteld, minder beperkende oplossingen zouden zijn ter bereiking van het doel van een billijke compensatie. [12]

32. Uiteraard moet iedere handeling van afgeleid recht worden uitgelegd in overeenstemming met het Verdrag. Dit wil echter niet zeggen dat de lidstaten niet de speelruimte mogen benutten die de Uniewetgever hun met betrekking tot de omzetting heeft toegekend, tenzij de richtlijn zelf botst met het Verdrag door een zodanige speelruimte toe te kennen.

10 — Arrest van 29 juni 1995, Commissie/Spanje (C-135/93, Jurispr. blz. I-1651, punt 37).

11 — Zie hiervoor de punten 1, 3 en 6 van de considerans van richtlijn 2001/29, volgens welke i) de harmonisatie van het auteursrecht bijdraagt tot de totstandbrenging van de interne markt, ii) richtlijn 2001/29 zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden en de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen, en iii) de harmonisatie ervoor zal zorgen dat de interne markt niet verbrokkelt door belangrijke verschillen in de bescherming tussen de lidstaten.

12 — Opus GmbH heeft gewezen op de mogelijkheid om een compensatiefonds ten gunste van de belanghebbenden in het leven te roepen, een alternatief dat het vrij verkeer van goederen minder zou belemmeren. Voor zover een dergelijk fonds uitsluitend door de nationale fabrikanten of handelaren zou worden gefinancierd, lijkt dit problematisch vanuit het oogpunt van non-discriminatie. Indien het door de belastingsbetalers zou worden gefinancierd, komt mogelijk het recht inzake staatssteun in het geding, daar aldus een selectieve steunregeling tot stand zou komen ten gunste van marktdeelnemers die reproductiemedia in de handel brengen, die in de prijzen van die producten geen compensatie hoeven op te nemen voor de schade die wordt veroorzaakt doordat de kopers deze mogen gebruiken voor het kopiëren van beschermde werken en ander materiaal voor privégebruik.

33. De tegengestelde conclusie zou naar mijn mening in tegenspraak zijn met de aard die een richtlijn heeft. Vaak kan een richtlijn op tal van manieren in het nationale recht worden geïmplementeerd. In dergelijke gevallen willen stellen dat deze alternatieven gelet op de in het Verdrag neergelegde beginselen niet gelijkwaardig zijn, zou in strijd zijn met de expliciete keuze van de Uniewetgever om meer dan een wijze van uitvoering toe te staan. Ook zouden daarmee vraagtekens worden geplaatst bij de grondwettelijke beginselen die de wetgevende bevoegdheden van de Uniewetgever en de verdeling van de bevoegdheden tussen de Uniewetgever en de lidstaten beheersen.

34. Noch het EG-Verdrag noch richtlijn 2001/29 verbiedt mijns inziens vergoedingsregelingen die zijn gebaseerd op het beginsel dat de verkopers van reproductiemedia de vergoeding betalen aan de incasso-organisaties die de rechthebbenden vertegenwoordigen. De richtlijn schrijft niet voor dat de invoer van reproductiemedia uit andere lidstaten moet worden vrijgesteld van de betaling van de billijke compensatie, en ik betwijfel of de Uniewetgever dat had kunnen doen zonder inbreuk te maken op de internationale auteursrechtenverdragen die ook de Europese Unie binden. Dit kan derhalve niet onevenredig zijn. Niettemin moet worden benadrukt dat deze prejudiciële verwijzing slechts de uitlegging van het begrip „importeur" in het geval van verkoop op afstand betreft, niet het beginsel dat ook voor ingevoerde reproductiemedia vergoedingen moeten worden betaald.

35. In de derde plaats moet worden benadrukt dat artikel 2 van richtlijn 2001/29 rechthebbenden het recht geeft om reproductie toe te staan of te verbieden. Een uitzondering op dat recht kan alleen worden voorzien op voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen.

36. Het recht op een dergelijke compensatie waarin de Uniewetgever heeft voorzien, kan de rechthebbenden derhalve niet worden ontzegd enkel omdat er mogelijk betere alternatieven waren voor de omzetting van dat recht dan het door de betrokken lidstaat geïmplementeerde. Bovendien wijst niets in richtlijn 2001/29 erop dat een bepaald deel van de in de lidstaat op de markt gebrachte reproductiemedia buiten het toepassingsgebied van het recht op billijke compensatie zou kunnen vallen enkel omdat het op de markt is gebracht met behulp van een commerciële techniek waarbij de betaling van de compensatie niet is gewaarborgd.

B — *Tweede vraag*

37. De tweede vraag betreft de toepassing van de driefasentest van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en de verplichting die deze test voor de verwijzende rechter meebrengt bij de uitlegging van zijn nationale recht. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of

die test in het geval van verkoop op afstand impliceert dat de in een andere lidstaat gevestigde verkoper een billijke compensatie is verschuldigd in ten minste één van de bij de verkoop op afstand betrokken lidstaten.

38. De verwijzende rechter veronderstelt in zijn vraag dat van de verkoper in een dergelijke situatie kan worden verlangd dat hij een billijke compensatie betaalt. In het arrest Padawan, dat na het onderhavige prejudiciële verzoek is gewezen, heeft het Hof inderdaad beslist dat een onderneming ingevolge richtlijn 2001/29 gehouden kan zijn tot betaling van compensatie. [13] Het voorliggende geval is evenwel anders in die zin dat het grensoverschrijdende aspect vragen oproept over de territorialiteit van de billijke compensatie die ingevolge richtlijn 2001/29 verschuldigd is.

39. Volgens de verwijzende rechter rust de verplichting tot betaling van de billijke vergoeding ingevolge de Nederlandse wetgeving op de particuliere koper, als de importeur van de media in Nederland. Het gevolg hiervan is dat deze vergoeding in de praktijk niet kan worden geïnd. De verwijzende rechter twijfelt er daarom aan of dit gevolg verenigbaar is met richtlijn 2001/29, of dat de richtlijn vereist dat de term „importeur" ruimer wordt uitgelegd dan zijn betekenis naar nationaal recht inhoudt, door tevens rekening te houden met de uiteindelijke bestemming van de media, die ook kenbaar is voor de bedrijfsmatig handelende verkoper.

40. Volgens vaste rechtspraak moet de nationale rechter het nationale recht zo veel mogelijk aldus uitleggen dat de doelstellingen van de betrokken richtlijn worden verwezenlijkt. [14] De nationale rechter is evenwel niet verplicht het nationale recht contra legem uit te leggen. [15]

1. Toepasselijkheid van de driefasentest op het voorliggende geval

41. De driefasentest is in zijn algemeenheid gericht tot de nationale wetgevers, die deze moeten uitvoeren bij de implementatie van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitzonderingen en beperkingen in het nationale recht. [16]

42. Wanneer nationale bepalingen echter dubbelzinnig zijn of ruimte laten voor verschillende uitkomsten, moet de nationale rechter ze uitleggen in het licht van die test. Hoewel het dus in de eerste plaats een tot de

13 — Arrest Padawan, ibidem, punten 46-49.

14 — Arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 108), en 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 48).

15 — Arrest van 24 juni 2010, Sorge (C-98/09, Jurispr. blz. I-5837, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 — Walter, M., *European Copyright Law: A commentary*, OUP, 2010, punt 11.5.79.

wetgever gericht voorschrift is, moet ook de nationale rechter de driefasentest toepassen om te verzekeren dat de praktische toepassing van de in het nationale recht overgenomen uitzondering van artikel 2 van richtlijn 2001/29 binnen de bij artikel 5 van de richtlijn vastgestelde grenzen blijft.

2. Vereist richtlijn 2001/29 dat de verkoper bij een verkoop op afstand in ten minste één van de lidstaten billijke compensatie betaalt?

43. Om te beginnen merk ik op dat richtlijn 2001/29 geen uitzonderingen op de bescherming van de rechthebbenden toestaat met betrekking tot verkoop op afstand.

44. Artikel 5 van richtlijn 2001/29 is bijzonder in die zin dat het slechts in een gedeeltelijk geharmoniseerde regeling voorziet. Volgens die regeling hebben de lidstaten de keuze of zij een uitzondering op de algemene regel willen opnemen, door het kopiëren van beschermde werken en ander materiaal voor privégebruik zonder toestemming van de rechthebbenden toe te staan.

45. Wanneer zij dat doen, zijn zij uiteraard verplicht ervoor te zorgen dat een billijke compensatie wordt betaald, tenzij het nadeel minimaal is, in welk geval mogelijk geen betalingsverplichting ontstaat. [17] Gezien de gedeeltelijk harmoniserende aard van artikel 5 van richtlijn 2001/29 is het echter de vraag of en onder welke omstandigheden een in een andere lidstaat gevestigde onderneming tot betaling van een dergelijke compensatie gehouden zou zijn.

46. Ik meen dat richtlijn 2001/29 betaling van een billijke compensatie niet verplicht stelt voor *alle* gevallen van verkoop op afstand waarbij verschillende lidstaten zijn betrokken, temeer daar het kan gaan om afnemers in lidstaten die het kopiëren voor privégebruik niet toestaan.

47. Ten eerste zou een dergelijke conclusie de mededinging op de interne markt dreigen te vervalsen. Er zijn bijvoorbeeld praktische problemen om alle ondernemingen te identificeren die de blanco informatiedragers aan afnemers in Nederland verkopen. Zonder de mogelijkheid om alle ondernemingen uit andere lidstaten te identificeren die reproductiemedia verkopen in de lidstaten waar de billijke compensatie verschuldigd is, zou dit onderscheid willekeurig zijn en in strijd met het doel van richtlijn 2001/29, namelijk

17 — Laatste zin van punt 35 van de considerans van richtlijn 2001/29. Zie ook arrest Padawan, aangehaald in voetnoot 3, punten 39 en 46.

verzekeren dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. [18]

48. Bovendien is het volgens mij ook niet nodig om alle ondernemingen die zich op de verkoop op afstand toeleggen, te verplichten de in de lidstaat van vestiging van de afnemer verschuldigde billijke compensatie te betalen, omdat het nadeel in die gevallen mogelijk minimaal is. Factoren als taalverschillen, het gebruik van andere domeinnamen waarmee afnemers niet vertrouwd zijn en hoge verzendkosten kunnen ertoe leiden dat afnemers in een lidstaat maar in een beperkt aantal gevallen aankopen zullen doen bij ondernemingen in andere lidstaten. In de gevallen waarin een onderneming zich niet richt op de consumenten in een bepaalde lidstaat en het nadeel minimaal is, doen zich ook praktische problemen voor in de zin dat minimale bedragen moeten worden geïnd van een onderneming die slechts een of twee stuks aan een afnemer in die lidstaat heeft verkocht.

49. Daarbij komt dat aan de verkoop van goederen via het internet tal van problemen zijn verbonden betreffende de verplichtingen van ondernemingen wier producten online beschikbaar zijn. Daar het internet goederen in de gehele Unie direct verkrijgbaar maakt, rijst de vraag in welke omstandigheden een onderneming schuldenaar behoort te zijn. Mijns inziens zijn bepaalde restricties noodzakelijk, omdat een onderneming anders in alle landen ter wereld betalingsplichtig is. Verordening (EG) 44/2001 [19] beoogt uitdrukkelijk dergelijke situaties te regelen, waar zij bepaalt dat slechts bevoegdheid ontstaat in de gevallen dat een onderneming zich op een bepaald grondgebied richt.

50. Alhoewel die verordening een ander rechtsgebied betreft dan richtlijn 2001/29, is het niettemin op zijn plaats de uitlegging ervan in aanmerking te nemen, daar de aard van het probleem vergelijkbaar is, namelijk onder welke omstandigheden kan een onderneming in een andere lidstaat schuldenaar zijn of, zoals in casu, aangesproken worden tot betaling van een vergoeding voor goederen die zij via het internet verkoopt aan een consument in een andere lidstaat.

51. De problematiek van de verkoop op afstand in combinatie met de gedeeltelijke harmonisatie waarin richtlijn 2001/29 voorziet, brengt mee dat een onderneming in een andere lidstaat slechts verplicht behoort te zijn een billijke compensatie te betalen indien zij zich op de afnemers van de lidstaat van de verwijzende rechter richt.

52. Bovendien is het in die situaties dat het nadeel het grootst zal zijn, zodat een verplichte billijke compensatie geïndiceerd is. In het voorliggende geval bijvoorbeeld heeft de Stichting verklaard, zonder op dat punt

18 — Arrest Padawan, aangehaald in voetnoot 3, punt 35. Zie ook arrest van 12 september 2006, Laserdisken (C-479/04, Jurispr. blz. I-8089, punten 26, 31-34).

19 — Verordening van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).

te zijn tegengesproken, dat de verkoop van Opus GmbH ongeveer een derde van alle in Nederland verkochte blanco informatiedragers uitmaakt.

53. Ten aanzien van de criteria om vast te stellen of een onderneming zich op de markt van een bepaalde lidstaat richt, kan worden aangesloten bij de recente uitlegging van het Hof van de betekenis van activiteiten „gericht op" de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft in de zin van verordening nr. 44/2001, ook al komt deze uitdrukking in richtlijn 2001/29 niet voor.

54. Het Hof heeft in dat verband in het arrest Pammer en Hotel Alpenhof een niet-uitputtend aantal criteria genoemd, die aannemelijk kunnen maken dat de activiteit van een ondernemer gericht is op een bepaalde lidstaat. Volgens dat arrest moet worden nagegaan of vóór de sluiting van een overeenkomst met de consument uit deze internetsites en de algemene activiteit van de ondernemer blijkt dat deze van plan was om zaken te doen met consumenten die woonplaats hebben in één of meerdere lidstaten, waaronder die waar deze consument woonplaats heeft. De in aanmerking te nemen criteria die in casu met name relevant zijn, zijn onder andere i) het gebruik van een andere taal of munteenheid dan die welke gewoonlijk worden gebruikt in de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is, ii) de mogelijkheid om in die andere taal de boeking te verrichten en te bevestigen, iii) de vermelding van een telefoonnummer met internationaal kengetal, iv) uitgaven gemaakt voor een zoekmachineadvertentiedienst om consumenten die in andere lidstaten woonplaats hebben gemakkelijker toegang te verlenen tot de site van de ondernemer of diens tussenpersoon, v) het gebruik van een andere topleveldomeinnaam dan die van de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is, en vi) de verwijzing naar een internationaal clientèle dat is samengesteld uit klanten in verschillende lidstaten. [20]

55. Naar mijn mening zou een onderneming evenmin een billijke compensatie behoeven te betalen, indien zij al in een andere lidstaat heeft betaald. Wanneer dus de lidstaat waar de onderneming is gevestigd, betaling van een billijke compensatie verlangt en de onderneming die compensatie ook betaalt, zijn daarmee de rechten van de rechthebbenden onder richtlijn 2001/29 voldoende beschermd. Hetzelfde geldt wanneer de verkoper de compensatie in zijn thuisland op vrijwillige basis heeft betaald en het aan de incasso-organisatie die de rechthebbenden in die lidstaat vertegenwoordigt, overlaat om het ontvangen bedrag uit te betalen aan de organisaties in de geviseerde landen. Elke andere oplossing zou een dubbele betaling van compensatie betekenen, hetgeen voor de verwezenlijking van de doelstellingen van die richtlijn niet is vereist.

56. Ten slotte wil ik benadrukken dat een onderneming haar Unierechtelijke verplichtingen niet contractueel kan overdragen.

20 — Arrest van 7 december 2010, Pammer en Hotel Alpenhof (C-585/08 en C-144/09, Jurispr. blz. I-12527, punten 75 en 76, 80 en 81, en 84).

57. In het voorliggende geval maken Opus GmbH en haar afnemers gebruik van hun contractvrijheid om te bepalen dat de overeenkomst buiten Nederland wordt uitgevoerd, met als gevolg dat de volgens de Auteurswet tot betaling van de vergoeding gehouden „importeur" niet de verkoper maar de koper is. Deze oplossing berust kennelijk op de vrij ongebruikelijke constructie waarbij de verkoper niet voor eigen rekening het vervoer van de goederen naar de afnemer regelt, maar als zijn vertegenwoordiger.

58. Ik meen dat het recht op billijke compensatie van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 niet bij overeenkomst tussen de verkoper van de media en zijn afnemer kan worden verlegd. Dergelijke afspraken zijn bedoeld om de werking van het Unierecht te omzeilen. Aan het nationale recht waarbij richtlijn 2001/29 is omgezet, toegepast in combinatie met de nationale bepalingen inzake overeenkomsten, mag derhalve niet een uitlegging worden gegeven die tot een dergelijke uitkomst leidt.

3. Vereist de driefasentest dat de verkoper in het geval van verkoop op afstand in ten minste één van de lidstaten een billijke compensatie betaalt?

59. Het nationale recht moet zodanig worden uitgelegd dat de naleving van de driefasentest is gegarandeerd, wat wil zeggen dat de uitzondering beperkt blijft, geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk schaadt.

60. In casu wijzen de eerste twee criteria in de richting van de conclusie dat de billijke compensatie in alle gevallen van verkoop op afstand verschuldigd zou moeten zijn in ten minste één lidstaat. Met betrekking tot het eerste criterium is de kwestie van de billijke compensatie niet van invloed op de grenzen van de uitzondering, want zij is louter het gevolg dat uit de uitzondering resulteert. Met betrekking tot het tweede criterium, indien geen billijke compensatie verschuldigd is, doet dit zeker afbreuk aan de normale exploitatie van het werk aangezien de rechthebbende dan noch het recht behoudt om de reproductie en het gebruik van zijn werk toe te staan, noch het recht krijgt op een compensatie.

61. Maar, tenzij de activiteiten zijn gericht op de consumenten van de betrokken lidstaat, is het mijns inziens niet zo dat de wettige belangen van de rechthebbenden onredelijk worden geschaad, omdat, zoals gezegd, het door hen geleden nadeel minimaal is.

62. De driefasentest verlangt volgens mij dan ook niet dat alle ondernemingen die zich bezighouden met de grensoverschrijdende verkoop op afstand van reproductiemedia tussen lidstaten, een billijke compensatie betalen, maar slechts de ondernemingen die zich richten op de consumenten van de betrokken lidstaat.

IV — Conclusie

63. Ik geef het Hof dan ook in overweging de twee prejudiciële vragen tezamen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 5, leden 2, sub b, en 5, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, schrijft de lidstaten niet één bepaalde oplossing voor ter verzekering van de betaling van de billijke compensatie aan de rechthebbenden in het geval dat de lidstaat ervoor kiest om het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken en ander materiaal voor privégebruik toe te staan. Deze bepalingen sluiten evenwel een uitlegging van het relevante nationale recht uit, waarbij niet is verzekerd dat een verkoper die billijke compensatie daadwerkelijk betaalt in het geval van verkoop op afstand van media voor de reproductie van die werken of ander materiaal die is gericht op consumenten in die lidstaat, tenzij de verkoper al een vergelijkbare compensatie heeft betaald in de lidstaat waar de transactie plaatsvindt."