

# De privékopie in internationaal perspectief

*Ondanks een tiental uitspraken van het Europese Hof van Justitie over de privékopie zijn er nog altijd grote verschillen tussen lidstaten in de inrichting van het stelsel, de dragers, de tarieven en de incasso per hoofd van de bevolking. Dit artikel geeft een inkijk in deze verschillen en concludeert dat een heldere link tussen de vergoedingen en de vermeende schade nog ver te zoeken is.*

**J.P. Poort**

*Dr. J.P. Poort is als universitair hoofddocent verbonden aan het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam. Tevens is hij sinds 2012 als economisch adviseur van de voorzitter van de SONT betrokken bij de totstandkoming van het Nederlandse privékopiestelsel.*

## Inleiding

In de vorige editie van dit tijdschrift gaf Wieke During een gedetailleerd overzicht van de tien uitspraken die het Hof van Justitie tussen 2010 en medio 2016 deed over de vergoeding die verschuldigd is voor het maken van privékopieën.<sup>1</sup> Zij beschrijft hoe het Hof in de eerste uitspraak uit de reeks, de Spaanse *Padawan*-zaak<sup>2</sup>, de verschuldigde 'billijke compensatie' uitlegt als autonoom unierechtelijk begrip, dat uniform moet worden geïnterpreteerd. Het Hof neemt bij die uitleg als vertrekpunt de schade die rechthebbenden lijden als gevolg van de privékopie-exceptie, volgens During ingegeven door de wens om de vergoedingsstelsels in de EU te harmoniseren.

In de daaropvolgende uitspraken kwamen uiteenlopende aspecten van de privékopie aan de orde, zoals de vraag of geheven moet of mag worden voor kopieën uit illegale bron (nee), en voor kopieën waarvoor rechthebbenden expliciet toestemming hebben gegeven (ja). Ook boog het Hof zich over vragen wat wel en niet is toegestaan bij de organisatie en financiering van privékopiestelsels. Op veel van die punten heeft het Hof met zijn uitspraken duidelijkheid verschaft en richting gegeven. Aan de andere kant heeft het ook – onder meer in de *Copydan*-uitspraak<sup>3</sup> – de grote vrijheid benadrukt die de lidstaten hebben bij het aanwijzen

van dragers en het vaststellen in welke gevallen schade *de minimis* is en een heffing derhalve niet nodig.

Tegen deze achtergrond rijst de vraag in hoeverre de tien geboden en verboden van het Hof in de praktijk hebben geleid tot convergentie van de stelsels in de lidstaten van de EU en in Noorwegen (waar als EER-lid de Auteursrechtlijn en de uitspraken van het Hof eveneens gelden) en Zwitserland (dat als EFTA-lid juridisch dicht tegen het Europese stelsel aanzit). Relevante kwesties zijn bijvoorbeeld: in wat voor institutionele omgeving komen de aangewezen dragers en de tarieven in de verschillende lidstaten tot stand? In hoeverre verschillen die aangewezen dragers en tarieven? Wat betaalt een modaal gezin in de diverse landen? Hoe hoog zijn de totale inkomsten in de diverse lidstaten? En in hoeverre zijn de inkomsten uit de privévergoeding in lidstaten te relateren aan bijvoorbeeld de bevolkingsomvang, het inkomen per hoofd en de institutionele inrichting van het thuiskopiestelsel? Dit artikel gaat in op deze vragen met daarbij bijzondere aandacht voor de positie van Nederland. Het baseert zich daarbij in belangrijke mate op de door WIPO en Stichting de Thuiskopie gefinancierde *International Survey on Private Copying* die eerder dit jaar uitkwam.<sup>4</sup> De survey bevat overzichten van de privékopiestelsels in 32 landen, hoofdzakelijk uit de EU. In de uitgebreide samenvatting worden voor de deelnemende landen de

1 W.G.L. During, 'De billijke compensatie voor privékopieën: een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie', *AMI* 2016/4, p. 81.

2 HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08, IER 2011/28 m.nt. Koelman (*Padawan*).

3 HvJ EU 5 maart 2015, zaak C-463/12 (*Copydan*).

4 H. Wijminga, W. Klomp, M. van der Jagt & J. Poort, *International Survey on Private Copying: Law & practice 2015*, WIPO Publication No. 1037E/16. WIPO/de Thuisko-

pie: Geneva/Hoofddorp 2016. De auteur van dit artikel werkte als onafhankelijk onderzoeker mee aan deze studie en gaf tijdens de door Stichting de Thuiskopie georganiseerde *International Conference on Private Copying* (Hermitage Amsterdam, 23-24 juni 2016) een lezing over de studie met daarin tevens nadere analyses die in dit artikel aan de orde komen. De presentatie is te downloaden via: <http://www.ivir.nl/staffpage/poort/>.

Tabel 1 Vaste vergoeding in 2015 voor acht dragers in EU-landen en Zwitserland (alle bedragen in €)

	België	Denemarken	Duitsland	Frankrijk	Hongarije	Italië	Kroatië	Nederland	Oostenrijk	Portugal	Zweden	Zwitserland	Gemiddeld > 0
CD (700 MB)	0,12	0,31	0,06	0,35	0,14	0,10	0,01	<b>0,02</b>	0,24	0,05	0,06	0,10	<b>0,13</b>
DVD (4,7 GB)	0,40	0,50	0,27	0,90	0,24	0,20	0,02	<b>0,02</b>	0,36	0,10	0,28	0,30	<b>0,30</b>
Externe harddisk (1 TB)	6,75		17,00	20,00	6,68	10,00	0,39	<b>0,70</b>	15,00	4,00	8,56		<b>8,91</b>
MP3 speler (8 GB)	2,50		5,00	12,00	13,20	6,44	1,83	<b>1,40</b>	6,00	1,60	3,00	4,46	<b>5,22</b>
PC (500 GB)			13,19			5,20	0,78	<b>3,50</b>	12,00	2,00	8,56		<b>6,46</b>
Settopbox (500 GB)	10,75		34,00	45,00	19,00	14,81	5,22	<b>3,50</b>	20,00	8,00	34,24	37,20	<b>21,07</b>
Smartphone (16 GB)	2,50		36,00	8,00	10,13	4,00	1,31	<b>3,50</b>	18,00	1,92		1,23	<b>8,66</b>
Tablet (16 GB)	2,50		15,19	8,40	10,13	4,00	1,31	<b>3,50</b>	12,00	1,92	1,71	2,30	<b>5,72</b>

inrichting en de uitkomsten van de stelsels vergeleken op allerlei aspecten. Voor zover bekend zijn er buiten deze groep geen landen met een privékopiestelsel en een incasso van substantiële omvang.

## Institutionele inrichting

Niet alle landen met een privékopievergoeding kennen een heffing op dragers of apparaten. In Noorwegen en Spanje, en sinds 2015 ook in Finland, wordt de vergoeding uit algemene middelen door de Staat gefinancierd. De recente EGEDA-uitspraak geeft enige aanknopingspunten over de voorwaarden waaronder dit richtlijnconform is.<sup>5</sup> In de overige landen zijn drie institutionele varianten te onderscheiden. Het meest voorkomend is een systeem waarin de wetgever, de verantwoordelijke minister of een overheidsinstantie zelfstandig de dragers en de tarieven bepaalt. In een viertal landen uit de survey – Oostenrijk, Kroatië, Duitsland en buiten de EU ook Japan – is de situatie juist omgekeerd. Daar worden de tarieven en dragers zonder tussenkomst van de Staat vastgesteld na onderhandelingen tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen. Die situatie bestond vóór 2007 feitelijk ook in Nederland.<sup>6</sup> In de vierde variant, ten slotte, bekrachtigt de Staat de tarieven en dragers op basis van voorstellen van rechthebbenden en betalingsplichtigen. In Nederland komen die adviezen tot stand binnen de Stichting Onderhandelingen Thuiskopie (SONT), onder voorzitterschap van een door de Minister aangewezen onafhankelijke voorzitter. Naast Nederland kennen ook België, Frankrijk, Hongarije, Letland, Roemenië, Zweden, Zwitserland en Canada een dergelijke constructie.

## Dragers en tarieven

Heffingen zijn in beginsel mogelijk op ieder apparaat waarop privékopieën kunnen worden gemaakt: informatie dragers zoals lege cd's, dvd's, geheugenkaarten, usb-sticks en harde schijven, maar ook multifunctionele apparaten zoals tablets, smartphones, harddiskrecorders, laptops en wat de toekomst maar zal brengen. Nu consumenten hun bestanden steeds vaker via het internet en gebruik makend van diensten zoals DropBox, Google Drive en Onedrive of online videorecorders opslaan 'in the cloud', komt de discussie op gang of ook over cloudopslag kan worden geheven. In de survey zijn nog geen voorbeelden daarvan bekend, maar een eerste zaak hierover ligt inmiddels bij het Hof van Justitie.<sup>7</sup>

Zoals reeds gememoreerd hebben lidstaten veel vrijheid bij het aanwijzen van apparaten voor de privékopievergoeding en ook bij het vaststellen van de hoogte ervan bestaat veel vrijheid. Een aantal landen, met name in Oost-Europa en buiten de EU<sup>8</sup>, heeft gekozen voor een tarief als percentage van de verkoopprijs of importprijs, variërend van 0,05 tot 8%. De meeste landen hanteren vaste tarieven, veelal afhankelijk van de opslagcapaciteit en het type drager of apparaat. Tarieven variëren van € 0,01 voor een lege CD in Kroatië tot € 45 voor een 500 GB settopbox in Frankrijk.

Uiteraard is een vergelijking van soortgelijke apparaten met een vergelijkbare opslagcapaciteit betekenisvoller. Ook die verschillen zijn groot, zo blijkt uit Tabel 1. Deze tabel vergelijkt voor acht gestandaardiseerde dragers de tarieven per 2015 in de twaalf EU-landen met vaste heffingen, plus Zwitserland. De laatste kolom geeft per drager het gemiddelde van de tarieven (voor de landen die een tarief hebben). Alle landen in deze set hebben een privékopievergoeding op lege cd's en dvd's, maar de heffing zelf loopt sterk

<sup>5</sup> HvJ EU 9 juni 2016, zaak C-470/14 (EGEDA).

<sup>6</sup> Sinds 2004 heeft de Staat wel de mogelijkheid om bij AMvB aanvullend of corrigerend op te treden. Zie daarover: S. van Gompel, 'De vaststelling van de thuiskopievergoeding', *AMI* 2006/2, p. 62. Met de bevrizing van het stelsel per 1 mei 2007 maakte de Staat van die mogelijkheid gebruik.

<sup>7</sup> Verzoek Tribunale ordinario di Torino 12 mei 2016, C-265/16 (VCAST).

<sup>8</sup> Te weten: Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije, Griekenland, Japan, Rusland en de VS.

uiteen: van 1 tot 90 eurocent. Voor de andere dragers is niet in alle landen een vergoeding verschuldigd. Nederland komt uit de tabel naar voren als een land met een brede heffing, maar met zeer gematigde tarieven die in alle gevallen ruim onder het gemiddelde liggen. Zo is de heffing op een settopbox van 500 GB gemiddeld ruim € 21 maar in Nederland € 3,50.<sup>9</sup> Merk wel op dat de tabel niet alomvattend is: zo kent Nederland als een van de weinige landen ook een heffing van € 0,70 op e-readers.

Een nog concreter beeld ontstaat door te kijken wat deze tarieven impliceren voor een modaal gezin. Hiervoor geeft Tabel 2 de consumptie van twee fictieve huishoudens: het eerste is een modern gezin met twee tieners waarin ieder jaar onder meer twee nieuwe smartphones en één nieuwe laptop of PC worden aangeschaft. Lege cd's en dvd's gebruiken zij niet meer. Het tweede fictieve gezin bestaat uit twee *empty nesters*, die veel traditioneler zijn in hun mediagebruik. Tabel 3 geeft de jaarlijkse privékopieergoedingen die in deze gezinnen per persoon per jaar in de verschillende landen verschuldigd zijn.

Het stadsgezin betaalt in Kroatië slechts € 1,48 per persoon per jaar, en in Duitsland ruim 18 maal zoveel (€ 27,40). In Denemarken betaalt dit gezin helemaal niets. De *empty nesters* betalen in Duitsland wederom de hoofdprijs: € 17,71, twaalfmaal zoveel als in Kroatië. Traditionelere consumenten

Tabel 2 Jaarlijkse consumptie twee fictieve huishoudens (eenheden per drager)

	Hipster stadsgezin van twee volwassenen en twee tieners	Empty nesters
CD	0	10
DVD	0	5
Externe harddisk	0,33	0
MP3 speler	0	0,25
PC	1	0,33
Settopbox	0,33	0,2
Smartphone	2	0,5
Tablet	0,5	0,2

Tabel 3 Jaarlijkse privékopieergoeding fictieve huishoudens in 2015 (alle bedragen in €)

	België	Denemarken	Duitsland	Frankrijk	Hongarije	Italië	Kroatië	Nederland	Oostenrijk	Portugal	Zweden	Zwitserland	Gemiddeld
Hipster stadsgezin	3,01	–	27,40	10,41	8,45	5,85	1,48	3,41	16,39	2,69	5,88	3,97	7,41
Empty nesters	3,86	2,80	17,71	12,84	8,40	5,54	1,44	2,48	12,53	2,50	6,38	6,04	6,88

9 Het SONT-besluit uit 2012 noemt ter onderbouwing van het huidige stelsel expliciet het tegengaan van marktverstoring, ontduiking en vraagtuitval door een gematigde verhouding tussen de tarieven en de marktprijs van apparaten. Zie SONT, 'Besluit op Hoofdlijnen', 12 oktober 2012, punt 3-4, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

ten zijn met name in België, Denemarken, Frankrijk en Zwitserland duurder uit, modernere consumenten juist in Duitsland, Nederland en Oostenrijk. De verschillen tussen landen zijn in Tabel 3 al met al iets kleiner dan in Tabel 1, maar blijven groot. Dat is opmerkelijk, aangezien het aanemelijk is dat de schade die samenhangt met een bepaald consumptiepatroon van apparaten die geschikt zijn voor het maken van kopieën, in de verschillende landen niet al te ver uiteen zal liggen.

## Inkomsten uit de privékopieergoeding

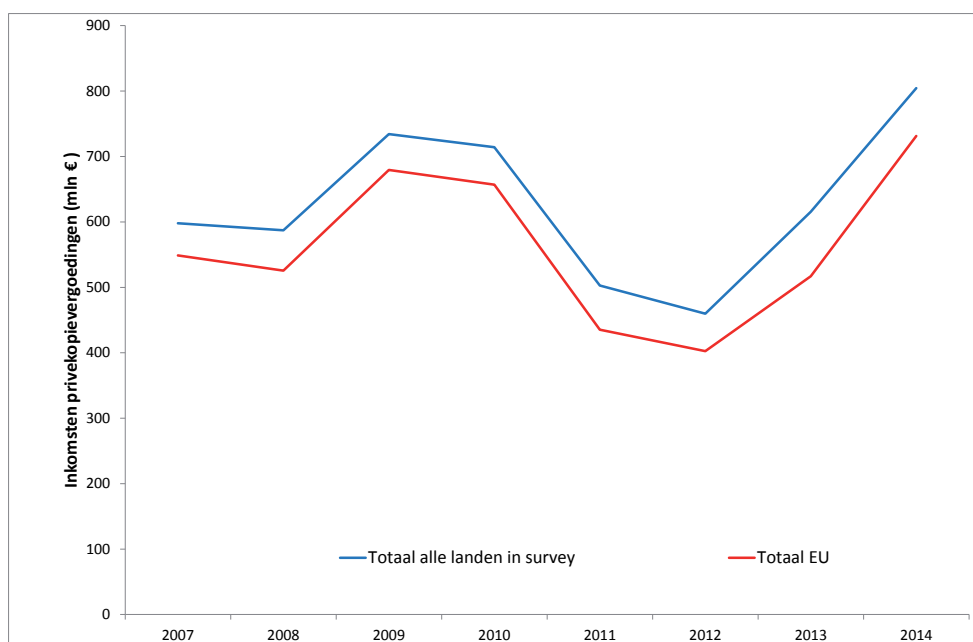
Het beeld wordt niet eenduidiger als in plaats van tarieven naar de feitelijke incasso wordt gekeken. Figuur 1 illustreert dat de totale inkomsten uit privékopieergoedingen over alle landen in de survey door de jaren sterk fluctueren. Fluctuaties houden onder meer verband met de vele rechtszaken, waardoor de opbrengsten per land tussen de jaren flink uiteenlopen. Ook stelselherzieningen, de snelle marktontwikkelingen in de consumentenelektronica en conjuncturele ontwikkelingen kunnen tot aanzienlijke schommelingen leiden. De grootste bron van volatiliteit was Duitsland, met een incasso van € 281 miljoen in 2014 maar slechts € 15 miljoen in 2011 als gevolg van rechtszaken.<sup>10</sup> Ook in Nederland zijn de verschillen door de jaren relatief groot geweest: in 2007 was de incasso € 19,2 miljoen. Als gevolg van de bevrozing van de dragers en tarieven in het Nederlandse stelsel nam dit in de jaren erna af naar een dieptepunt van € 5,4 miljoen in 2012. Per 1 januari 2013 is het stelsel herzien en schoot de incasso omhoog naar € 30,8 miljoen in 2013 en € 35,8 miljoen in 2014. In 2015 was de incasso met € 33,5 miljoen weer iets lager.<sup>11</sup>

Per saldo namen de opbrengsten over alle landen in de survey samen toe, van € 598 miljoen in 2007 tot een hoogtepunt van € 804 miljoen in 2014. De onderste lijn in Figuur 1 geeft de inkomsten voor de gezamenlijke EU-landen. Deze landen blijken door de jaren goed voor ongeveer 90% van de wereldwijde inkomsten.<sup>12</sup>

10 Incassocijfers per jaar en per land zijn te vinden in Wijminga, Klomp e.a. 2016, *op. cit.*, Tabel 6 (p. 14-15).

11 Stichting de ThuisKopie, *Jaarverslag 2015*, p. 4.

12 Naast inkomsten uit de landen van de EU bevat de bovenste lijn ook incassogegevens uit Canada, Japan, Zwitserland, Burkina Faso (2010-2012), Noorwegen (v.a. 2009), Rusland (v.a. 2010), Oekraïne (2010-2012) en de VS (v.a. 2010).



Figuur 1 Totale inkomsten uit privékopieergoedingen 2007-2014

Voor een vergelijking tussen landen zijn de geïncasseerde privékopieergoeding per hoofd van de bevolking een geschiktere maatstaf dan de totale inkomsten. Figuur 2 geeft deze inkomsten per hoofd per land in 2014 weer. Ze variëren van minder dan een cent in Slovenië, de VS en Japan, tot € 3,45 en € 3,48 in Frankrijk en Duitsland. Nederland nam in 2014 een vijfde positie in, iets boven het EU-gemiddelde. De landen buiten de EU zijn in de figuur grijs weergegeven. Direct valt op dat deze landen over het algemeen een aanzienlijk lagere incasso per hoofd van de bevolking hebben. Dit blijkt ook uit het grote verschil tussen het naar bevolking gewogen gemiddelde van alle landen in de survey – de verticale lijn links – en het gewogen EU-gemiddelde – de verticale lijn rechts. Merk verder op dat EER-lid Noorwegen en EFTA-lid Zwitserland van landen buiten de EU de hoogste incasso per hoofd hebben. Niettemin zijn de verschillen binnen de EU groot en is het net als bij de tarieven moeilijk voor te stellen dat deze louter terug te voeren zijn op verschillen in de schade die rechthebbenden lijden door de privékopie-exceptie. Merk tevens op dat er een groot verschil is tussen de incasso per hoofd zoals die blijkt uit Figuur 2 en de verschuldigde vergoedingen per hoofd in de fictieve gevallen van Tabel 3. In België en Nederland is dat verschil relatief klein, maar in meeste andere landen is het verschil zo groot dat het vraagtekens doet plaatsen bij de doeltreffendheid van de incasso.

In hoeverre kunnen die verschillen in Figuur 2 dan wel worden verklaard? Het is niet onaannemelijk dat de schade van privékopieën samenhangt met het inkomen per hoofd in een land: in rijkere landen zal de gemiddelde consument

meer overhebben voor auteursrechtelijk beschermde werken, waardoor de misgelopen inkomsten als gevolg van privékopieën ook hoger zijn. Inderdaad valt in Figuur 2 op dat rijkere landen in de EU vaak een hogere incasso, en de armere lidstaten en de landen buiten Europa juist een lagere incasso hebben. De samenhang tussen het inkomen per hoofd en de inkomsten uit privékopieergoedingen per hoofd is redelijk sterk.<sup>13</sup> De grootste uitzondering ten opzichte van dit verband is Hongarije, dat een van de armere EU-landen is maar een van de hoogste incasso's per hoofd van de bevolking heeft. Daar tegenover staat het Verenigd Koninkrijk, dat net als onder meer Ierland en Malta helemaal geen privékopiestelsel heeft.

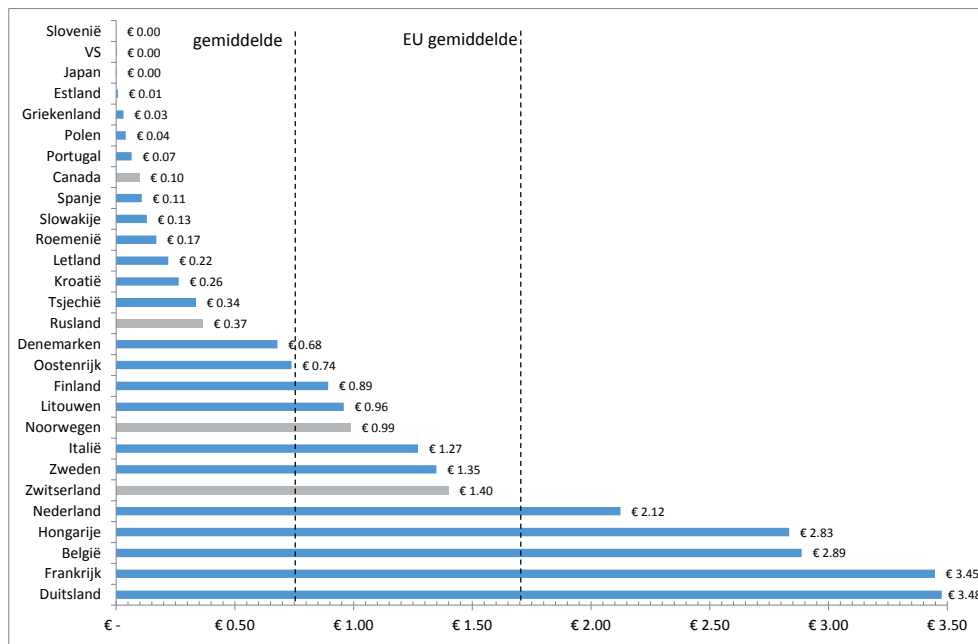
Schade zou tevens kunnen samenhangen met bijvoorbeeld de uitgaven in een land aan consumentenelektronica waarop kopieën gemaakt kunnen worden, de totale inkomsten uit, en uitgaven aan intellectuele eigendom en het aantal internetaansluitingen. Ook dergelijke indicatoren blijken inderdaad te correleren met de incasso.<sup>14</sup> Voor deze variabelen geldt echter dat ze onderling ook weer correleren en dus mogelijk allemaal ongeveer hetzelfde meten: rijkere landen geven per hoofd meer uit aan consumentenelektronica, hebben meer internetaansluitingen, meer inkomsten uit, en uitgaven aan intellectuele eigendom, en hebben per hoofd ook hogere inkomsten uit privékopieergoedingen.

Met econometrische technieken kan het effect van deze verschillende verklaringsfactoren gelijktijdig wordt onderzocht en ontrafeld. Dan blijken de genoemde factoren

13 Om preciezer te zijn: de correlatiecoëfficiënt is 0,34 voor alle landen in de survey. Wordt alleen gekeken naar de EU-landen, dat neemt die correlatie zelfs toe naar 0,57.

14 Voor meer detail, zie Wijminga, Klomp e.a. 2016, *op. cit.*, p. 20-22.

15 Zie voor wat meer detail hierover: J. Poort, 'International Survey on Private Copying WIPO – Thuiskopie', Presentatie op *International Conference on Private Copying*,



Figuur 2 Inkomsten uit privékopieergoedingen in 2014 per hoofd van de bevolking (in €)

bovenop het inkomen per hoofd geen aanvullende verklarende kracht te hebben voor de incasso.<sup>15</sup> Wel blijkt dat EU-landen een significant hogere incasso te hebben, ook als Noorwegen en Zwitserland daar gemakshalve bij meegenomen worden. Het verschil met de andere landen is ruim een euro per hoofd van de bevolking. Voorts zijn er sterke statistische aanwijzingen dat de eerder genoemde institutionele inrichting een belangrijke factor is: ten opzichte van een model zoals in Nederland, waarin de staat de tarieven en dragers vaststelt na onderhandeling tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen, is de incasso per hoofd ongeveer een euro lager wanneer de staat de tarieven zelfstandig vaststelt, en zelfs nog iets lager als de staat de vergoeding ook zelf financiert. Een model zoals dat in Nederland vóór de bevrozing gold, waarbij de tarieven en dragers na onderhandeling tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen zonder tussenkomst van de Staat worden vastgesteld, levert geen afwijkende uitkomsten op. In totaal kunnen de genoemde factoren iets minder dan de helft van de verschillen tussen de landen in de survey verklaren.

## Conclusies

Uit de bespreking van de privékopiestelsels hiervoor blijkt dat, ondanks een tiental uitspraken van het Europese Hof van Justitie, er nog altijd grote verschillen tussen lidstaten zijn in de institutionele inrichting, de aangewezen dragers, de tarieven en de incasso per hoofd van de bevolking. Per saldo zijn de inkomsten uit privékopieergoedin-

gen de afgelopen jaren toegenomen maar de verschillen tussen landen en tussen jaren zijn zeer groot.

Gelet op het uitgangspunt van het Hof dat de billijke vergoeding een autonoom unierechtelijk begrip is, dat uniform moet worden uitgelegd en dat gelinkt moet worden aan de schade die door rechthebbenden wordt geleden als gevolg van de privékopie-exceptie, mag dat verbazing wekken. Het is immers zeer onaannemelijk dat de schade die voortvloeit uit het gebruik van bijvoorbeeld een laptop, smartphone of settopbox tussen landen een factor tien of twintig verschilt, terwijl de tarieven dat wel doen. Weliswaar hebben lidstaten, zoals eveneens door het Hof benadrukt, veel vrijheid bij het aanwijzen van de dragers, maar ook de verschillen in de uiteindelijke totale incasso per hoofd van de bevolking zijn veel groter dan plausibel verband houdt met verschillen in schade als gevolg van de privékopie-exceptie. EU-lidstaten blijken significant hogere vergoedingen te hebben en het inkomen per hoofd in een land kan eveneens een deel van de verschillen tussen landen verklaren. Maar veel verschillen blijven onverklaard, ook wanneer de institutionele inrichting als verklarende factor wordt meegenomen. Een heldere link tussen de vergoedingen en de vermeende schade blijkt al met al nog ver te zoeken. Wat dat betreft is het een gemiste kans dat in de recente *Digital Single Market* voorstellen van de Europese Commissie op dit punt niets te lezen is over de privékopie.<sup>16</sup> Lidstaten blijven aangewezen op zichzelf – en op het Hof van Justitie.

23 juni 2016, Amsterdam (te downloaden via: <http://www.ivir.nl/staffpage/poort/>).

16 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final, 14 september 2016.