

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE  
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL  
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION  
EUROOPA LIIDU KOHUS  
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ  
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE  
CÚIRT BHEIREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH  
SUD EUROPSKE UNIE  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA  
EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS  
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA  
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA  
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE  
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA  
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE  
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE  
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE  
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN  
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. SZPUNAR  
van 10 september 2019 <sup>1</sup>

**Zaak C-263/18**

**Nederlands Uitgeversverbond,  
Groep Algemene Uitgevers  
tegen  
Tom Kabinet Internet BV,  
Tom Kabinet Holding BV,  
Tom Kabinet Uitgeverij BV**

[verzoek van de rechtbank Den Haag (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Richtlijn 2001/29/EG – Informatiemaatschappij – Harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten – E-books – Virtuele marktplaats voor ‚tweedehands‘ e-books – Artikel 2 – Reproductie – Handelingen die noodzakelijk zijn voor een rechtmatig gebruik – Artikel 3 – Mededeling aan het publiek – Beschikbaarstelling – Artikel 4 – Distributie – Beschikbaarstelling van e-books op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd – Uitputting – Artikel 5 – Uitzonderingen en restricties – Draagwijdte”

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Frans.

## Inleiding

1. De regel van uitputting van het distributierecht, die zijn oorsprong in de literatuur<sup>2</sup> vindt, werd aan het begin van de 20e eeuw via de rechtspraak geïntroduceerd.<sup>3</sup> Volgens deze regel kan, zodra de kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk legaal in het verkeer is gebracht, de houder van het auteursrecht zich niet meer tegen de doorverkoop van deze kopie door de koper ervan verzetten. De rechtvaardiging hiervoor is dat het auteursrecht niet kan prevaleren boven het eigendomsrecht van die koper op de kopie van het betreffende werk als voorwerp. Bovendien wordt de auteur, indien een kopie van het werk door hem of met zijn toestemming in het verkeer wordt gebracht, geacht de voor die kopie verschuldigde vergoeding te hebben ontvangen.

2. De regel van uitputting van het distributierecht van auteursrechtelijk beschermd materiaal is eveneens via de rechtspraak in het recht van de Unie opgenomen. Hoewel deze regel reeds bestond in de rechtsstelsels van de lidstaten, heeft het Hof de werkingssfeer ervan uitgebreid tot het gehele grondgebied van de Europese Unie.<sup>4</sup> Deze rechtspraak was vooral ingegeven door de wens om de doeltreffendheid van het vrije verkeer van goederen te waarborgen.

3. Sindsdien is de uitputting van het distributierecht zowel op internationaalrechtelijk niveau als op het niveau van het recht van de Unie en van de lidstaten erkend.<sup>5</sup>

4. De digitalisering van inhoud die door het auteursrecht kan worden beschermd en de opkomst van nieuwe manieren om deze inhoud online aan te bieden, hebben echter het evenwicht tussen de belangen van de houders van auteursrechten en die van gebruikers van beschermd materiaal verstoord, tot welk evenwicht het beginsel van uitputting van het distributierecht heeft bijgedragen.

5. Aan de ene kant is het mogelijk geworden om tegen verwaarloosbare kosten perfect nauwkeurige kopieën te maken van digitale bestanden die beschermd materiaal bevatten en deze zonder extra moeite of kosten via het internet over te dragen. Deze ontwikkeling bedreigt de mogelijkheid van houders

<sup>2</sup> Kohler, J., *Das Autorrecht: eine zivilistische Abhandlung*, Jena, G. Fischer, 1880.

<sup>3</sup> Zie met name het arrest van het Reichsgericht (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken van het Duitse Rijk) van 16 juni 1906, I 5/06 Koenigs Kursbuch. Een soortgelijk idee verscheen tegelijkertijd in de Verenigde Staten onder de naam „first sale doctrine”, zie het arrest van de Supreme Court of the United States (hoogste rechterlijke instantie van de Verenigde Staten) van 1 juni 1908, *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

<sup>4</sup> Zie met name arresten van 8 juni 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59), en 20 januari 1981, *Musik-Vertrieb membran en K-tel International* (55/80 en 57/80, EU:C:1981:10).

<sup>5</sup> Zie de toepasselijke bepalingen hierna.

van auteursrechten om een passende vergoeding te krijgen voor hun werken en draagt aanzienlijk bij tot de ontwikkeling van namaak.

6. Aan de andere kant stellen moderne technische middelen de rechthebbenden in staat om een zeer uitgebreide controle uit te oefenen op het gebruik dat de kopers van hun werken maken, ook in hun privésfeer, en om bedrijfsmodellen te ontwikkelen die, vaak zonder dat dit openlijk wordt gezegd, het volledige genot van de kopie van een werk omzetten in een beperkt en voorwaardelijk louter gebruiksrecht.

7. Het Hof zal moeten beslissen of, rekening houdend met deze ontwikkelingen, de regel van uitputting van het distributierecht, die is vastgesteld in de echte wereld van kopieën (voorwerpen), ook kan worden toegepast op de virtuele wereld van kopieën (digitale bestanden).

## **Toepasselijke bepalingen**

### ***Internationaal recht***

8. In artikel 6 van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) inzake auteursrecht, aangenomen in Genève op 20 december 1996<sup>6</sup> (hierna: „WCT”), met als opschrift „Distributierecht” is bepaald:

„1. Auteurs van werken van letterkunde en kunst hebben het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het origineel en de exemplaren van hun werken.

2. Niets in dit verdrag doet afbreuk aan de vrijheid van de verdragsluitende partijen om de eventuele voorwaarden te bepalen waaronder de uitputting van het recht bedoeld in lid 1 van toepassing is na de eerste verkoop of andere overgang van eigendom van het origineel of van een exemplaar van het werk met toestemming van de auteur.”

9. In een bij het WCT gevoegde overeengekomen verklaring betreffende de artikelen 6 en 7 staat te lezen:

„Onder het ‚origineel en kopieën’ en ‚exemplaren’, zoals in deze artikelen genoemd, die overeenkomstig deze artikelen het voorwerp van het verspreidingsrecht en het verhuurrecht vormen, wordt uitsluitend verstaan vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht.”

<sup>6</sup> Het verdrag is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-Verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-Verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB 2000, L 89, blz. 6).

10. In artikel 8, lid 1, WCT is bepaald:

„[...] auteurs van werken van letterkunde en kunst [hebben] het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek, met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van hun werken dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip”.

### *Unierecht*

11. In artikel 2 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<sup>7</sup> staat te lezen:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

[...]

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.”

12. In artikel 3, lid 1, van deze richtlijn is bepaald:

„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.”

13. In artikel 4 van deze richtlijn is ten slotte bepaald:

„1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.

2. Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.”

<sup>7</sup> PB 2001, L 167, blz. 10.

### *Nederlands recht*

14. In artikel 1 van de Auteurswet is bepaald:

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

15. Artikel 12, lid 1, punt 1, van deze wet bepaalt:

„1. Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:

1°. de openbaarmaking van eene verveelvoudiging van het geheel of een gedeelte van het werk;

[...]”.

16. In artikel 12b van deze wet staat te lezen:

„Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.”

### **Feiten, procedure en prejudiciële vragen**

17. Nederlands Uitgeversverbond (hierna: „NUV”) en Groep Algemene Uitgevers (hierna: „GAU”), eiseressen in het hoofdgeding, zijn verenigingen die ten doel hebben de belangen van de Nederlandse uitgevers te behartigen.

18. Tom Kabinet Internet BV (hierna: „Tom Kabinet”), gedaagde in het hoofdgeding<sup>8</sup>, is een vennootschap naar Nederlands recht. Tom Kabinet heeft een website die een online marktplaats biedt voor tweedehands e-books. De manier waarop deze marktplaats functioneert, is in de loop van het hoofdgeding gewijzigd. In het kader van deze dienst, „leesclub” genaamd, verkoopt Tom Kabinet momenteel e-books die zij van officiële distributeurs of van particulieren heeft gekocht, aan andere particulieren die zich op haar site hebben geregistreerd. De prijzen van Tom Kabinet zijn lager dan die van de officiële distributeurs. De

<sup>8</sup> Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de vorderingen tegen de andere gedaagden, Tom Kabinet Holding BV en Tom Kabinet Uitgeverij BV, door de verwijzende rechter zullen worden afgewezen.

website van Tom Kabinet moedigt personen die op haar site e-books hebben gekocht aan om deze na het lezen ervan aan haar terug te verkopen, wat hun recht geeft op „credits”, waarmee zij vervolgens andere boeken kunnen kopen. Bij aankoop van e-books van personen eist Tom Kabinet dat zij hun eigen kopie<sup>9</sup> verwijderen en brengt zij op de kopieën die zij doorverkoopt een digitaal watermerk (*digital watermark*) aan om er zeker van te zijn dat de kopie legaal is.

19. NUV en GAU hebben op 1 juli 2014 een procedure tegen Tom Kabinet aanhangig gemaakt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, die hun vorderingen heeft afgewezen omdat inbreuk op auteursrechten voorshands onvoldoende aannemelijk was.<sup>10</sup> Tegen dit vonnis hebben NUV en GAU hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam (Nederland), dat zich heeft aangesloten bij het oordeel van de voorzieningenrechter maar dat Tom Kabinet wel een verbod heeft opgelegd tot het aanbieden van een online dienst waarop illegaal gedownload e-books kunnen worden verkocht. Tegen het arrest van het gerechtshof te Amsterdam is geen cassatieberoep ingesteld.

20. De verwijzende rechter heeft in zijn tussenvonnis overwogen dat de boeken zoals aan de orde in deze zaak moeten worden aangemerkt als „werken” in de zin van richtlijn 2001/29 en dat het ter download aanbieden van e-books op de wijze zoals dat in het hoofdgeding gebeurt, geen mededeling aan het publiek vormt als bedoeld in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn. De verwijzende rechter merkt evenwel op dat het antwoord op de vragen of het op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd ter beschikking stellen van een e-book een distributiehandeling kan zijn in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29, en of daarmee het distributierecht kan zijn uitgeput in de zin van artikel 4, lid 2, van deze richtlijn, niet evident is. Bovendien vraagt de verwijzende rechter zich af of de auteursrechthebbende zich bij wederverkoop nog kan verzetten tegen de voor een overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het exemplaar ter zake waarvan het distributierecht in voorkomend geval is uitgeput.

21. Onder deze omstandigheden heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Dient artikel 4 lid 1 van [richtlijn 2001/29] aldus te worden uitgelegd dat onder ‚elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan door verkoop of anderszins’ als daar bedoeld mede is te verstaan het op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd ter beschikking stellen van e-books (zijnde digitale kopieën van auteursrechtelijk beschermde boeken) tegen een prijs waarmee

<sup>9</sup> In feite bestaat de „overdracht” van een digitaal bestand uit het maken van een nieuwe kopie van dat bestand op de ontvangende computer.

<sup>10</sup> Volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft de voorzieningenrechter zijn beslissing met name gebaseerd op het arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407).

de houder van het auteursrecht een vergoeding verkrijgt die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk?

- 2) Indien vraag 1 bevestigend moet worden beantwoord, is het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk als bedoeld in artikel 4, lid 2 van [richtlijn 2001/29] in de Unie uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere overdracht van dat materiaal, waaronder hier is te verstaan het op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd ter beschikking stellen van e-books (zijnde digitale kopieën van auteursrechtelijk beschermde boeken) tegen een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding verkrijgt die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk, in de Unie geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming?
- 3) Dient artikel 2 van [richtlijn 2001/29] aldus te worden uitgelegd, dat een overdracht tussen opvolgende verkrijgers van het rechtmatig verkregen exemplaar waarvan het distributierecht is uitgeput, een toestemming voor de daar bedoelde reproductiehandelingen inhoudt, voor zover die reproductiehandelingen noodzakelijk zijn voor een rechtmatig gebruik van dat exemplaar en, zo ja, welke voorwaarden gelden daarbij?
- 4) Dient artikel 5 van [richtlijn 2001/29] aldus te worden uitgelegd dat de auteursrechthebbende zich niet meer kan verzetten tegen de voor een overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het rechtmatig verkregen exemplaar ter zake waarvan het distributierecht is uitgeput en, zo ja, welke voorwaarden gelden daarbij?"

22. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 16 april 2018 bij het Hof binnengekomen. De partijen in het hoofdgeding, de Tsjechische, de Deense, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse en de Portugese regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. De partijen in het hoofdgeding, de Belgische, de Tsjechische, de Deense, de Duitse en de Spaanse regering en de Commissie waren ter terechtzitting van 2 april 2019 vertegenwoordigd.

## Analyse

### *Inleidende opmerkingen*

23. De verwijzende rechter wenst met de vier prejudiciële vragen die hij aan het Hof heeft gesteld, te vernemen of de levering van e-books via online downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd onder het distributierecht als bedoeld in artikel 4 van richtlijn 2001/29 valt, of dit recht door een dergelijke levering met toestemming van de auteur is uitgeput en of de reproductiehandelingen die noodzakelijk zijn voor een eventuele opvolgende

overdracht van een aldus verkregen e-book rechtmatig zijn. Bovendien zijn verschillende partijen die in de onderhavige zaak opmerkingen hebben ingediend, met name NUV en GAU, de Deense en de Duitse regering en de Commissie, van mening dat de reikwijdte van de vragen moet worden uitgebreid tot de vraag of de betrokken handelingen onder het recht van mededeling aan het publiek vallen, zoals bepaald in artikel 3 van richtlijn 2001/29.

24. Ik ben echter van mening dat al deze vragen gezamenlijk moeten worden onderzocht, omdat ze onlosmakelijk deel uitmaken van één enkele complexe vraag: valt de levering aan gebruikers van beschermde werken door online downloaden onder het distributierecht, met als gevolg dat door de oorspronkelijke levering die met toestemming van de auteur is geschied, dit recht is uitgeput? In het bijzonder geldt dat indien dergelijke handelingen zo worden gekwalificeerd dat zij onder het recht van mededeling aan het publiek vallen, daarmee wordt uitgesloten dat zij onder het distributierecht vallen en vice versa. Bovendien lijkt het me niet logisch en niet gepast om een onderscheid te maken tussen het distributierecht en de uitputting van dit recht, omdat beide begrippen betrekking hebben op dezelfde handelingen.<sup>11</sup> Ten slotte is de kwestie van het reproductierecht inherent aan elke discussie over een eventuele uitputting van het recht op online distributie, aangezien een reproductie van het werk noodzakelijk is voor de overdracht op afstand van een digitaal bestand.

25. In de onderhavige conclusie zal ik ingaan op de argumenten van wettelijke, jurisprudentiële en teleologische aard die voor het Hof leidend zouden moeten zijn bij de beantwoording van de prejudiciële vragen.

### ***Wetgeving***

26. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen twee belangrijke vormen waarbij het publiek toegang kan krijgen tot auteursrechtelijk beschermde werken. De eerste bestaat uit een uitvoering van het werk die openstaat voor deelname van het publiek. Het betreft de oudste vorm, die ver voorafgaat aan de opkomst van het auteursrecht als zodanig. Het gaat om uitvoeringen van theaterstukken en opera, tentoonstellingen van beeldende kunst en filmvoorstellingen. De houder van de auteursrechten organiseert de uitvoering en om daar toegang toe te krijgen, moet het publiek aanwezig zijn op de door die houder gekozen plaats en op het door hem gekozen tijdstip.

27. Met de komst van de radio- en televisie-uitzending is uitvoering op afstand mogelijk geworden, waardoor het publiek niet meer naar de plaats van de uitvoering hoeft te komen, maar waarbij de beperking in de tijd blijft bestaan. Deze beperking in de tijd is pas opgeheven met de komst van eerst de televisiediensten op aanvraag en vervolgens het internet. Deze technische

<sup>11</sup> Zie in die zin arrest van 17 april 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, punt 34).



middelen maken het niet alleen mogelijk om de uitvoering op afstand te starten, maar ook om dit te doen op het door de toeschouwer gewenste moment.

28. Deze wijzen van toegang tot werken hebben met elkaar gemeen dat de mogelijkheid voor het publiek om toegang tot werken te krijgen afhankelijk is van de beschikbaarstelling ervan door de houders van het auteursrecht op deze werken. Met andere woorden, de rechthebbenden beslissen of en met welk technisch middel het werk voor het publiek toegankelijk is. Deze beslissingsbevoegdheid is cruciaal voor de mogelijkheid voor de rechthebbende een vergoeding voor zijn werk te krijgen. Elke uitvoering van of toegang tot het werk door een lid van het publiek geeft normaal gesproken immers aanleiding tot een vergoeding voor die rechthebbende.

29. De tweede vorm van toegang bestaat erin dat de leden van het publiek permanent of tijdelijk exemplaren (originelen of kopieën) van werken verkrijgen. Dit is de gebruikelijke vorm van toegang tot literaire werken, maar ook tot muzikale en audiovisuele werken (in de vorm van fonogrammen of videogrammen), en tot bepaalde werken van beeldende kunst.

30. In dit geval is de eerste beschikbaarstelling van het werk aan het publiek uiteraard afhankelijk van de wil van de auteursrechthebbende, maar nadat een lid van het publiek een exemplaar van het werk heeft verkregen, kan het daarvan onafhankelijk van die wil gebruikmaken. De vergoeding van de houder van het auteursrecht moet daarom op een andere manier worden geregeld. Aangezien hij niet in staat is om elke toegang tot het werk van een bepaald lid van het publiek te controleren en dus te gelde te maken, moet hij volstaan met de prijs die voor de verkoop van elk exemplaar van het werk wordt verkregen.<sup>12</sup>

31. Voor deze twee vormen van toegang van het publiek tot werken gelden twee exclusieve rechten voor de houders van auteursrechten, die in de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde wetgeving het recht van mededeling aan het publiek<sup>13</sup> en het distributierecht<sup>14</sup> worden genoemd. De vraag is welke van deze rechten van toepassing is op de levering aan het publiek van auteursrechtelijk beschermde werken door middel van online downloaden.<sup>15</sup>

32. Het antwoord daarop is niet a priori eenduidig, omdat deze wijze van levering de twee vormen van toegang van het publiek tot werken combineert. Om

<sup>12</sup> Op deze premisse is vanuit economisch oogpunt de regel van uitputting van het distributierecht gebaseerd: zodra het exemplaar van het werk is verkocht, wordt de houder van het auteursrecht geacht voor dat exemplaar een passende vergoeding te hebben ontvangen.

<sup>13</sup> Artikel 8 WCT en artikel 3 van richtlijn 2001/29.

<sup>14</sup> Artikel 6 WCT en artikel 4 van richtlijn 2001/29.

<sup>15</sup> Voorlopig zal ik de kwestie van reproductiehandelingen, die eveneens onder een exclusief auteursrecht vallen en die noodzakelijk zijn voor deze twee wijzen van beschikbaarstelling voor het publiek, buiten beschouwing laten.

te beginnen wordt het werk online ter beschikking gesteld aan het publiek en kan iedereen er toegang toe krijgen. Vervolgens maakt de gebruiker, in plaats van op afstand van het werk te genieten zoals bij een „klassieke” mededeling aan het publiek het geval is, met toestemming van de auteursrechthebbende zelf een kopie van dit werk, die hij op zijn eigen computer<sup>16</sup> opslaat en waartoe hij vervolgens in beginsel onafhankelijk van de beschikbaarstelling door de betreffende rechthebbende toegang heeft. Zodra deze reproductie door de gebruiker is verricht, is de download dus vergelijkbaar met een distributiehandeling.

33. De opstellers van het WCT waren zich bewust van deze gemengde aard van het downloaden. Volgens de door de WIPO opgestelde richtsnoeren voor de uitlegging van het WCT<sup>17</sup> was het, gezien het „hybride karakter” van de online beschikbaarstelling van werken, onmogelijk om voor deze wijze van overdracht te kiezen voor bescherming door een „aan de kopie verbonden recht” dan wel door een recht dat „niet verbonden is aan de kopie”. Daarom is ingestemd met een „kaderoplossing” waarbij weliswaar de voorkeur wordt gegeven aan het recht van mededeling aan het publiek, maar de toepassing van het distributierecht niet uitsluit.

34. Aangezien het WCT een minimumbeschermingsniveau vaststelt, mogen de verdragssluitende partijen de bescherming evenwel niet op een lager niveau vaststellen. De toepassing van het door de uitputtingsregel beperkte distributierecht in plaats van het recht van mededeling aan het publiek, dat een dergelijke regel niet kent, zou er echter toe leiden dat het beschermingsniveau wordt verlaagd tot onder de door het WCT voorgeschreven drempel.

35. Bovendien beperkt de overeengekomen verklaring betreffende de artikelen 6 en 7 WCT de toepassing van deze bepalingen tot „vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht”. Het is juist dat deze verklaring slechts van interpretatieve aard is en de wijze weerspiegelt waarop deze artikelen werden begrepen door de verdragssluitende partijen ten tijde van de ondertekening van het WCT. Gesteld zou daarom kunnen worden dat de realiteit van de markten sinds 1996, het jaar waarin het WCT werd ondertekend, aanzienlijk is veranderd, hetgeen een andere benadering rechtvaardigt.

36. Aangezien de Europese Unie partij is bij het WCT, is dat verdrag echter in haar rechtsstelsel opgenomen, met name door middel van richtlijn 2001/29.<sup>18</sup> Door vaststelling van deze richtlijn lijkt de Uniewetgever echter een duidelijk standpunt te hebben ingenomen ten gunste van de toepassing van het recht van

<sup>16</sup> Met „computer” bedoel ik elk apparaat dat verbinding kan maken met internet en gegevens kan opslaan.

<sup>17</sup> *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, WIPO, Genève, 2003, blz. 210 e.v.

<sup>18</sup> Zie overweging 15 van deze richtlijn.

mededeling aan het publiek op de levering van werken via online downloaden en ten gunste van de beperking van het distributierecht, en dus van de uitputting ervan, tot louter tastbare kopieën. Meer in het bijzonder valt het downloaden onder het in artikel 3, lid 2, van die richtlijn bedoelde recht om werken voor het publiek beschikbaar te stellen.

37. Dit volgt vrij duidelijk uit de gecombineerde lezing van de overwegingen 24, 25, 28 en 29 van richtlijn 2001/29. Deze overwegingen luiden als volgt:

„(24) Het in artikel 3, lid 2, bedoelde recht van beschikbaarstelling voor het publiek, van in artikel 3, lid 2, bedoeld materiaal wordt geacht *alle handelingen te bestrijken waarbij zulk materiaal beschikbaar wordt gesteld voor niet op de plaats van oorsprong van de beschikbaarstelling aanwezige leden van het publiek*, en geen andere handelingen te bestrijken.

(25) [...] Er moet duidelijk worden gemaakt dat alle door de richtlijn erkende rechthebbenden een uitsluitend recht hebben om door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal *door middel van interactieve doorgifte op aanvraag* voor het publiek beschikbaar te stellen. Zulke interactieve doorgiften op aanvraag worden gekenmerkt door het feit dat zij voor leden van het publiek op de door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn.

[...]

(28) De bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn omvat het uitsluitende recht zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, *wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd*. De eerste verkoop in de Gemeenschap van het origineel van een werk of van kopieën daarvan door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht zeggenschap over de wederverkoop van die zaak binnen de Gemeenschap uit te oefenen. [...]

(29) Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. Dit geldt eveneens voor een materiële kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd. [...] Anders dan het geval is bij een CD-ROM of een CD-i, waarbij de intellectuele eigendom in een materiële drager, dus in een zaak, is belichaamd, is elke on-linedienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.”<sup>19</sup>

38. Deze overwegingen bevatten inderdaad bepaalde dubbelzinnigheden. Met name de verwijzing naar diensten in overweging 29 kan ongelukkig lijken. De online handel heeft het onderscheid tussen goederen en diensten immers wat

<sup>19</sup> Cursivering van mij.

vervaagd. Zo wordt in richtlijn 2000/31/EG<sup>20</sup> onder andere de online verkoop van goederen als „dienst van de informatiemaatschappij” aangemerkt.<sup>21</sup> Letterlijk genomen zou deze kwalificatie tot het absurde gevolg kunnen leiden dat de online verkoop van een CD of een papieren boek niet tot uitputting van het distributierecht leidt.

39. Deze overwegingen tonen echter duidelijk de door de Uniewetgever beoogde scheidslijn aan tussen het recht van mededeling aan het publiek (in de vorm van beschikbaarstelling voor het publiek) en het distributierecht. Zo is het recht van mededeling aan het publiek van toepassing op alle vormen van exploitatie van online werken, zowel die waarbij geen sprake is van een kopie als die welke berusten op de vervaardiging van een dergelijke kopie. Met name overweging 29 is in dit opzicht expliciet. Dat deze overweging alleen spreekt over materiële kopieën die door de gebruiker met de toestemming van de rechthebbende zijn vervaardigd, komt omdat zij alleen betrekking heeft op de uitputting van het distributierecht voor kopieën op materiële dragers. Er is echter duidelijk sprake van kopieën die bij het downloaden zijn vervaardigd.

40. Voorts zij erop gewezen dat de toepassing van het recht van mededeling aan het publiek op handelingen zoals die van Tom Kabinet twijfel kan doen rijzen vanwege de door het Hof in zijn rechtspraak gegeven definitie van mededeling aan het publiek. Volgens deze rechtspraak omvat de mededeling aan het publiek – weinig verassend – zowel een communicatiehandeling als een publiek, dat uit een vrij groot aantal mensen bestaat.<sup>22</sup>

41. In het geval van de oorspronkelijke beschikbaarstelling door downloaden, verricht door de houder van het auteursrecht, is dit geen probleem, aangezien het mogelijk is om net zoveel kopieën te maken als er leden van het publiek zijn die een kopie willen verkrijgen. De situatie is anders wat betreft de daaropvolgende levering door een gebruiker van een door hem verkregen kopie. In het model dat zou voortvloeien uit de toepassing van de regel van uitputting van het distributierecht kan deze gebruiker immers slechts één kopie leveren, die slechts door één iemand kan worden verkregen. Dit doet de vraag rijzen of dan sprake zou zijn van een mededeling aan het publiek, aangezien het werk slechts aan één persoon kan worden medegedeeld.

42. Ik ben het op dit punt niet eens met het standpunt van de Commissie dat de enkele beschikbaarstelling, dat wil zeggen het aanbieden van de kopie voor wederverkoop, op zich al een mededelingshandeling is. Dit is het geval in de

<sup>20</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB 2000, L 178, blz. 1).

<sup>21</sup> Zie overweging 18 van richtlijn 2000/31.

<sup>22</sup> Zie laatstelijk het arrest van 7 augustus 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punten 19 en 22).

situatie waarin de gebruiker rechtstreeks toegang heeft tot het werk dat beschikbaar is gesteld aan het publiek, bijvoorbeeld op een website. Wanneer daarentegen voor toegang een kopie moet worden verkregen, vindt de mededelingshandeling plaats op het moment dat die kopie wordt gedownload. Volgens de door de Commissie voorgestelde benadering zou elk aanbod om kopieën van een werk te verkrijgen, met inbegrip van tastbare kopieën, een mededeling aan het publiek zijn en zou het distributierecht van zijn inhoud worden ontdaan. Het is daarom waarschijnlijk noodzakelijk om de definitie van „mededeling aan het publiek” in het geval van een beschikbaarstelling door downloaden te verduidelijken. Van belang zijn immers niet het aantal personen aan wie de mededeling wordt gedaan, maar het feit dat de persoon die de mededeling doet zijn aanbod richt tot personen buiten zijn privékring. In dat geval kan één enkele verkrijger dus een publiek vormen.

43. Afgezien van de bedoeling van de wetgever, die vrij duidelijk voortvloeit uit de overwegingen van richtlijn 2001/29, staan de bewoordingen van artikel 4 van deze richtlijn in de weg aan de toepassing ervan op werken die via online downloaden aan het publiek beschikbaar zijn gesteld. Dit artikel voorziet ten behoeve van auteurs in het recht om de distributie van hun werken „door verkoop of anderszins” toe te staan of te verbieden. Het Hof heeft reeds de gelegenheid gehad te verduidelijken dat onder de formulering „anderszins” uitsluitend een eigendomsoverdracht moet worden verstaan.<sup>23</sup> De distributie impliceert dus de eigendomsoverdracht van het exemplaar van het desbetreffende werk, hetzij door verkoop, hetzij op andere wijze. In de context van een digitaal bestand is het echter moeilijk om over eigendom te spreken.<sup>24</sup> Een digitaal bestand is niet tastbaar en vormt derhalve geen goed in de zin van het burgerlijk recht. Een bestand kan eerder worden gelijkgesteld met pure informatie. Deze informatie kan worden beschermd door verschillende rechten, maar niet door het eigendomsrecht.

44. Bovendien is voor eigendomsoverdracht, althans door overeenkomst, met name de instemming vereist van beide partijen bij de transactie, waarbij de ene partij alle rechten op het voorwerp van de eigendom overdraagt aan de andere partij. In de werkelijkheid van de beschikbaarstelling van werken via online downloaden bestaan er echter tal van overeenkomsten waarin de rechten en verplichtingen van de partijen zijn vastgelegd. Deze overeenkomsten vallen binnen de contractvrijheid en ik geloof niet dat de eventuele erkenning van de regel van de uitputting van het distributierecht deze vrijheid zou kunnen inperken. In tegenstelling tot de situatie voor tastbare zaken zou bij gedematerialiseerde werken die online worden geleverd dus nooit gemakkelijk met zekerheid kunnen worden vastgesteld of er al dan niet sprake is geweest van eigendomsoverdracht en dus van uitputting van het distributierecht, aangezien de contractsluitende

<sup>23</sup> Zie arrest van 17 april 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, dictum).

<sup>24</sup> Behalve natuurlijk wanneer het bestand op een materiële drager is vastgelegd, in welk geval het eigendomsrecht betrekking heeft op die drager.

partijen de voorwaarden voor het gebruik van de kopie van het werk op verschillende manieren kunnen vastleggen.

45. Ten slotte verzet het reproductierecht, dat wordt geregeld in artikel 2 van richtlijn 2001/29, zich naar mijn mening ook tegen de erkenning van de regel van uitputting van het distributierecht ten aanzien van werken die door online downloaden worden geleverd.

46. Elke download van een digitaal bestand bestaat immers uit de vervaardiging van een kopie van dit bestand op de ontvangende computer. De vervaardiging van deze kopie vormt echter een reproductiehandeling die onderworpen is aan het exclusieve recht van de houder van het auteursrecht op het werk dat het betreffende bestand bevat. Dit volgt duidelijk uit de zeer ruime formulering van artikel 2 van richtlijn 2001/29, dat betrekking heeft op de reproductie „met welke middelen en in welke vorm ook”.<sup>25</sup> Deze benadering wordt bevestigd door de tweede volzin van de overeengekomen verklaring betreffende artikel 1, lid 4, WCT, waarin staat dat „het opslaan in digitale vorm van een beschermd werk in een elektronisch medium een reproductie vormt in de zin van artikel 9 van de Berner Conventie<sup>[26]</sup>”.

47. In het geval van de levering van werken door online downloaden wordt de vervaardiging van de kopie van het werk door de oorspronkelijke koper ervan uitgevoerd met toestemming van de auteursrechthebbende, hetgeen een onmisbaar onderdeel is van deze vorm van beschikbaarstelling voor het publiek. Deze toestemming heeft echter geen betrekking op reproducties die noodzakelijk zijn voor een daaropvolgende overdracht in geval van wederverkoop van de kopie van het werk.

48. Deze reproducties kunnen ook niet worden geacht onder de regel van uitputting van het distributierecht te vallen. Een dergelijke conclusie zou immers neerkomen op de erkenning van de uitputting van het reproductierecht. Dit recht is echter niet onderhevig aan uitputting. Elke reproductie die gepaard gaat met de wederverkoop van een werk in digitale vorm moet dus ofwel plaatsvinden met toestemming van de houder van het exclusieve reproductierecht, ofwel onder een uitzondering op dat exclusieve recht vallen.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> In de zaak Infopaq lijkt het Hof er niet aan te hebben getwijfeld dat een fragment uit een werk dat in een computergeheugen wordt opgeslagen een reproductiehandeling is: zie het arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 1 van het dictum), en de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in die zaak (C-5/08, EU:C:2009:89, punt 52).

<sup>26</sup> Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979.

<sup>27</sup> Zie in die zin arrest van 12 oktober 2016, Ranks en Vasiļeviĉs (C-166/15, EU:C:2016:762, punt 38).

49. De vervaardiging van die kopieën valt echter onder geen van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitzonderingen op het reproductierecht. Het valt met name niet onder de in artikel 5, lid 1, van deze richtlijn opgenomen uitzondering voor reproducties die van voorbijgaande of incidentele aard zijn en die een integraal onderdeel vormen van een technisch procedé. In de eerste plaats zijn deze reproducties immers niet van tijdelijke of voorbijgaande aard, omdat ze bedoeld zijn om te blijven staan op de computer waarop de download heeft plaatsgevonden.<sup>28</sup> Zelfs als de originele kopie van de download vervolgens wordt verwijderd, is het niet de uiteindelijke reproductie die van voorbijgaande aard is, maar hoogstens de vermenigvuldiging van de kopieën. In de tweede plaats zijn deze reproductiehandelingen niet zonder zelfstandige economische waarde, zoals deze bepaling vereist. Integendeel, het doel van het downloaden is juist om een kopie van het digitale bestand (dat het werk in kwestie bevat) te maken op de ontvangende computer. De essentiële economische waarde van de hele operatie ligt dus in de reproductiehandeling.

50. Mijn conclusie is dat de verschillende bepalingen van richtlijn 2001/29, gelezen in het licht van de overwegingen van deze richtlijn en de relevante bepalingen van het WCT, geen uitlegging lijken toe te laten volgens welke de levering van auteursrechtelijk beschermde werken door online downloaden onder het in artikel 4 van deze richtlijn bedoelde distributierecht en de regel van de uitputting van dat recht valt.

51. Deze constatering wordt naar mijn mening niet in twijfel getrokken door de conclusies die uit de rechtspraak van het Hof volgen.

### ***Rechtspraak***

52. Het Hof heeft reeds de gelegenheid gehad zich uit te spreken over zaken die betrekking hadden op juridische kwesties die sterk lijken op die van de onderhavige zaak. De eerste zaak die in gedachten komt, is natuurlijk de zaak die heeft geleid tot het arrest UsedSoft.<sup>29</sup>

### ***Computerprogramma's***

53. In deze zaak ging het om de vraag of het distributierecht voor een kopie van een computerprogramma ingevolge artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24/EG<sup>30</sup> is uitgeput indien de levering van die kopie plaatsvindt door online downloaden, waarbij tevens een gebruikslicentie voor dat programma zonder beperking in de tijd wordt verleend.

<sup>28</sup> Zie in die zin van Lewinsky, S., Walter, M., *European Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, blz. 1027.

<sup>29</sup> Arrest van 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>30</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB 2009, L 111, blz. 16).

54. Het is juist dat sommige bevindingen van het Hof in het arrest UsedSoft<sup>31</sup> erop zouden kunnen wijzen dat de regel van uitputting van het distributierecht niet alleen wordt erkend in het geval van levering van computerprogramma's door downloaden, maar ook in het geval van levering van alle categorieën van auteursrechtelijk beschermde werken.

55. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de overdracht van een kopie van een computerprogramma, ongeacht of deze kopie beschikbaar wordt gesteld op een fysieke drager of door een download, waarbij tevens een gebruikslicentie van dit programma zonder beperking in de tijd wordt verleend, gelijk staat aan de eigendomsoverdracht van deze kopie en bijgevolg aan de verkoop daarvan in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24.<sup>32</sup> Volgens het Hof zou iedere andere uitlegging het houders van het auteursrecht van computerprogramma's mogelijk maken de regel van uitputting van het distributierecht te omzeilen en hieraan het nuttig effect te ontnemen door de overeenkomst niet aan te duiden als „verkoop” maar als „licentie”.<sup>33</sup> Bovendien heeft het Hof wat betreft het recht van mededeling aan het publiek bedoeld in artikel 3 van richtlijn 2001/29 geoordeeld dat de handeling bestaande in een mededeling aan het publiek door de eigendomsoverdracht van een kopie van een computerprogramma een distributiehandeling bedoeld in artikel 4 wordt, die ingevolge artikel 4, lid 2, van deze richtlijn tot uitputting van het distributierecht leidt.<sup>34</sup> Het Hof heeft ten slotte vastgesteld dat, economisch gezien, de online overdracht van een kopie van een computerprogramma functioneel gelijkwaardig is aan de overhandiging van een materiële drager.<sup>35</sup>

56. Niettemin moet worden geconstateerd dat deze overwegingen van het Hof betrekking hebben op specifieke wetgeving die een *lex specialis* vormt ten opzichte van richtlijn 2001/29<sup>36</sup> en die ziet op de zeer bijzondere categorie van werken die computerprogramma's zijn.

57. Ingevolge artikel 1, lid 1, van richtlijn 2009/24, dat aansluit bij artikel 4 WCT, worden computerprogramma's inderdaad beschermd als werken van letterkunde. Naar mijn mening weerspiegelen deze bepalingen echter eerder de wens van de auteurs van het WCT en vervolgens die van de Uniewetgever om geen aparte categorie van werken te creëren, dan om een daadwerkelijke gelijkenis tussen computerprogramma's en literaire werken te realiseren. Computerprogramma's zijn immers een reeks instructies die bedoeld zijn om door

<sup>31</sup> Arrest van 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>32</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punten 45-48).

<sup>33</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 49).

<sup>34</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 52).

<sup>35</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 61).

<sup>36</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 51).



een machine (een computer) te worden uitgevoerd. Weliswaar kan het computerprogramma worden uitgedrukt in een taal die mensen kunnen begrijpen, in ieder geval degenen met bepaalde kwalificaties (broncode), maar dit is niet het doel van het programma. Het doel ervan is om door de machine begrepen en uitgevoerd te worden, en het belang van de gebruiker van het programma vloeit niet voort uit het kunnen lezen van het programma, maar uit de werking van deze machine. Voor de gebruiker zou het kunnen lezen van de coderegels van een programma even nuttig zijn als het drinken van een glas dieselbrandstof in plaats van het in de tank van zijn auto te gieten. Een computerprogramma is dus eerder een hulpmiddel dan een werk in de eigenlijke zin van het woord. Hieruit vloeien bepaalde specifieke kenmerken van het computerprogramma als voorwerp van auteursrechtelijke bescherming voort, die de specifieke behandeling ervan vanuit wettelijk oogpunt rechtvaardigen.

58. Zo vereist het gebruik van een computerprogramma in de eerste plaats dat het wordt geladen op de computer waarop het moet functioneren. Het doet volstrekt niet ter zake of dit programma op een materiële drager (bijvoorbeeld een CD-ROM) of door een download wordt gedistribueerd omdat de kopie van het programma in alle gevallen op een computer moeten worden geladen, ongeacht of het op een materiële drager staat: op zichzelf is de kopie niet bruikbaar. Dit geldt niet voor andere categorieën werken zoals – vanzelfsprekend – boeken, maar ook voor werken op optische schijven (CD of DVD), waarvoor anders dan voor gedownloade werken, geen computer nodig is.

59. In de tweede plaats vereist het computerprogramma, aangezien dat een hulpmiddel is, vaak aanvullende onderhouds- en updatediensten, die normaal gesproken deel uitmaken van een gebruikersovereenkomst die „licentie” wordt genoemd. Het bestaan van een dergelijke licentie staat los van de manier – materieel of immaterieel – waarop het programma is gedistribueerd. Om die reden moest het Hof een ruime definitie van het begrip „verkoop” hanteren.<sup>37</sup> Anders zou elke levering van een computerprogramma, zowel door downloaden als op een materiële drager, als licentie kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat het distributierecht ooit zou zijn uitgeput, hetgeen het nuttig effect van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 in gevaar zou brengen. Daarentegen gaat de distributie op een materiële drager bij andere categorieën van werken normaal gesproken niet gepaard met een licentie, wat het geval kan zijn bij de levering door middel van downloaden.

60. Deze twee specifieke aspecten van computerprogramma's hebben het Hof de mogelijkheid geboden vast te stellen dat de levering door downloaden economisch gezien functioneel gelijkwaardig is aan de levering op een materiële drager.<sup>38</sup> Wat andere categorieën werken betreft, is hun primaire nut – namelijk dat van het werk kennis wordt genomen – weliswaar hetzelfde, ongeacht de wijze

<sup>37</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 49).

<sup>38</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 61).

waarop de werken aan gebruikers worden aangeboden, maar kan de wijze waarop deze kennisneming geschiedt echter verschillen naargelang van de wijze van vastlegging (digitaal of analoog) en levering.

61. In de derde plaats geldt dat in het geval van literaire, muzikale en cinematografische werken het nut vaak als het ware na één lezing, beluistering of bezichtiging verdwijnt. De gebruiker is dus bereid om na deze eerste kennisneming van het werk, nadat hij volledig in zijn behoeften met betrekking tot het werk is voorzien, weer afstand te doen van de kopie ervan. Dit is niet het geval bij een computerprogramma dat normaal gesproken bedoeld is voor langdurig gebruik. Computerprogramma's zullen daarom veel minder snel op de tweedehandsmarkt in omloop worden gebracht dan werken uit andere categorieën.

62. Als hulpmiddelen die tot een sector behoren waarin de technologische vooruitgang bijzonder snel gaat, zijn computerprogramma's ondanks eventuele updates bovendien snel verouderd. Als de gebruiker zijn kopie van een computerprogramma wil doorverkopen, kan men dus ervan uitgaan dat die kopie vaak (betrekkelijk) verouderd is en daardoor voor hem niet meer nuttig is. Het zal daarom ook minder nuttig zijn om een tweedehands programma aan te schaffen dan om een nieuw, technisch volledig up-to-date programma aan te schaffen. Men kan zeggen dat het waardeverlies van literaire, muzikale en cinematografische werken op een materiële drager als gevolg van de slijtage van deze materiële drager zijn tegenhanger heeft in computerprogramma's als gevolg van technische veroudering. Daarentegen blijven literaire, muzikale en cinematografische werken zonder materiële drager volledig bruikbaar, ondanks het verstrijken van de tijd en het aantal opeenvolgende kopers. Een markt van tweedehands immateriële kopieën van literaire en andere werken zal dus wellicht veel meer gevolgen hebben voor de belangen van de houders van auteursrechten dan de markt van tweedehands computerprogramma's.

63. Het Hof heeft de kwestie van de uitputting van het distributierecht van computerprogramma's bij levering door downloaden dus beoordeeld in het licht van de bijzondere omstandigheden van deze categorie werken, die verschillen van die van literaire, muzikale en cinematografische werken. Naast deze verschillen van feitelijke aard bestaan tussen richtlijn 2009/24 en richtlijn 2001/29 ook verschillen van normatieve aard.

64. In de eerste plaats voorziet richtlijn 2009/24 ten behoeve van auteurs van computerprogramma's niet in het uitsluitende recht de mededeling aan het publiek of de beschikbaarstelling voor het publiek toe te staan of te verbieden. De enige rechten die door deze richtlijn worden geregeld, zijn het reproductierecht, het transformatierecht en het recht om „elke vorm van distributie” van een oorspronkelijk computerprogramma of kopieën daarvan te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan.<sup>39</sup> Het Hof heeft zo de levering van een computerprogramma door online downloaden moeten kwalificeren als een

<sup>39</sup> Artikel 4, lid 1, onder c), van richtlijn 2009/24.

levering die onder het distributierecht in de zin van artikel 2009/24 valt; anders had moeten worden aanvaard dat de regelgeving die specifiek voor computerprogramma's was ontworpen niet voorzag in een uitsluitend recht voor het meest verspreide technische middel voor de levering ervan, zijnde momenteel het downloaden. De toepassing van het recht van mededeling aan het publiek, zoals bepaald in richtlijn 2001/29, zou hebben afgedaan aan het lex specialis-karakter van richtlijn 2009/24<sup>40</sup> en van de gedetailleerde bepalingen ervan, die zijn aangepast aan de specifieke kenmerken van computerprogramma's als voorwerp van bescherming.<sup>41</sup>

65. In de tweede plaats bevat richtlijn 2009/24 in tegenstelling tot richtlijn 2001/29, geen enkele aanwijzing dat de regel van uitputting van het distributierecht, waarin uitdrukkelijk is voorzien in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24, beperkt blijft tot kopieën die zijn vastgelegd op een tastbare drager.<sup>42</sup>

66. In de derde plaats ten slotte, bevat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 een uitzondering op het reproductierecht voor handelingen die „voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel”. Op grond van deze bepaling kon het Hof oordelen dat de verkrijger van een tweedehands computerprogramma een reproductie kan maken die noodzakelijk is om het programma te downloaden zonder inbreuk te maken op het uitsluitende recht van de auteur van dat programma.<sup>43</sup> Richtlijn 2001/29 bevat echter geen soortgelijke uitzondering.<sup>44</sup>

67. In de onderhavige zaak betoogt Tom Kabinet dat een e-book een computerprogramma is en dat het arrest UsedSoft derhalve rechtstreeks daarop moet worden toegepast. Dit argument kan echter niet slagen. Een e-book is geen computerprogramma, dat wil zeggen een geheel van instructies voor de computer om bepaalde bewerkingen uit te voeren, maar een digitaal bestand met gegevens die de computer moet verwerken. Er bestaat dan ook geen reden om de specifieke regels voor computerprogramma's, zoals deze zijn uitgelegd door het Hof, toe te passen op e-books. Bovendien wordt een e-book niet vanwege het enkele feit dat het een digitaal bestand is door het auteursrecht beschermd, maar vanwege de inhoud ervan, namelijk het literaire werk dat het bevat. Deze bescherming valt echter binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/29.

<sup>40</sup> Zie in die zin arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 51).

<sup>41</sup> Het gaat om de bepalingen betreffende het auteurschap (artikel 2), de uitzonderingen (artikel 5) en de decompilatie (artikel 6).

<sup>42</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 55).

<sup>43</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 81).

<sup>44</sup> Met uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, dat echter niet van toepassing is op permanente reproducties zoals gedownloade kopieën.

*Uitlenen van e-books*

68. In het arrest Vereniging Openbare Bibliotheken<sup>45</sup> heeft het Hof geoordeeld dat het uitleenrecht, neergelegd in artikel 3 van richtlijn 2006/115/EG<sup>46</sup>, alsmede de uitzondering van het openbare uitleenrecht in de zin van artikel 6 van die richtlijn, bedoeld waren om te worden toegepast op e-books. Evenals artikel 4 van richtlijn 2001/29 verwijst artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/115 echter naar het origineel en naar kopieën van het werk. Daarom zou kunnen worden gesuggereerd dat er een analogie moet worden gemaakt tussen het uitlenen van e-books en de verspreiding ervan, omdat beide immers bestaan in het downloaden van een digitale kopie.

69. De door het Hof in het arrest Vereniging Openbare Bibliotheken<sup>47</sup> gekozen oplossing is echter ontwikkeld in een andere juridische context dan die van de onderhavige zaak. Het uitleenrecht valt immers – in tegenstelling tot het verhuurrecht dat ook in artikel 3 van richtlijn 2006/115 is geregeld, en eveneens in tegenstelling tot het distributierecht dat in de onderhavige zaak aan de orde is – niet binnen de werkingssfeer van het WCT. Het Hof heeft dit verschil specifiek benadrukt en geconcludeerd dat het WCT zich er niet tegen verzet dat richtlijn 2006/115 aldus wordt uitgelegd dat de uitlening van e-books binnen de werkingssfeer van het uitleenrecht valt.<sup>48</sup> Dezelfde conclusie kan echter niet worden getrokken ten aanzien van het distributierecht.<sup>49</sup>

70. Bovendien wordt met de uitzondering van openbare uitlening van artikel 6 van richtlijn 2006/115 een doelstelling van openbaar beleid verwezenlijkt en is een vergoeding voor de auteurs vereist. Dit is niet het geval voor de regel van uitputting van het distributierecht, waarvan de rechtvaardiging van een heel andere aard is en verband houdt met eigendom en met de uitwisseling van tastbare voorwerpen die beschermde werken bevatten.

71. Tom Kabinet wijst er daarentegen terecht op dat het Hof de uitputting van het distributierecht met betrekking tot e-books lijkt te hebben aanvaard door in antwoord op de tweede vraag in de zaak Vereniging Openbare Bibliotheken te oordelen dat „artikel 6 van richtlijn 2006/115 [...] aldus [moet] worden uitgelegd dat dit recht er niet aan in de weg staat dat een lidstaat aan de toepassing van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2006/115 de voorwaarde verbindt dat de door de

<sup>45</sup> Arrest van 10 november 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

<sup>46</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 2006, L 376, blz. 28).

<sup>47</sup> Arrest van 10 november 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

<sup>48</sup> Arrest van 10 november 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, punt 39).

<sup>49</sup> Zie de punten 33-35 van de onderhavige conclusie.

openbare bibliotheek ter beschikking gestelde digitale kopie van een boek in het verkeer is gebracht door een eerste verkoop of andere eigendomsovergang van die kopie in de Europese Unie door de houder van het distributierecht of met zijn toestemming in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn [2001/29]”.<sup>50</sup>

72. Een dergelijke voorwaarde zou immers niet veel zin hebben zonder de erkenning dat het distributierecht en de uitputtingsregel op gedematerialiseerde kopieën van e-books van toepassing zijn. Dit zou betekenen dat de kopie op een fysieke drager moet worden vastgelegd voordat deze aan de bibliotheek wordt geleverd, hetgeen economisch gezien geen enkele zin zou hebben en zou indruisen tegen de marktpraktijk, aangezien e-books normaal gesproken door downloaden worden geleverd. Indien het Hof in de onderhavige zaak zou oordelen dat het distributierecht niet van toepassing is op de levering van werken door middel van downloaden, dan zou deze voorwaarde zinledig worden. Ik denk echter niet dat deze enkele overweging van het Hof in de zaak Vereniging Openbare Bibliotheken kan vooruitlopen op de uitkomst in de onderhavige zaak.

### *Internetlinks*

73. Het recht van mededeling aan het publiek is in beginsel niet onderhevig aan uitputting.<sup>51</sup> In de context van het internet heeft het Hof echter geoordeeld dat bepaalde handelingen die binnen de werkingssfeer van dit recht zouden kunnen vallen, niet onderworpen zijn aan de toestemming van de houder van dat recht. Het betreft hyperlinks<sup>52</sup>, alsmede links die gebruikmaken van de zogenaamde „framing”-techniek<sup>53</sup>, die de gebruiker naar vrij toegankelijke inhoud op het internet leiden met toestemming van de houder van het auteursrecht. Volgens het Hof is voor deze mededelingshandelingen, waarbij dezelfde technische middelen worden gebruikt als voor de oorspronkelijke mededeling (internet) en die gericht zijn op hetzelfde publiek (alle internetgebruikers), geen op zichzelf staande toestemming van de houders van auteursrechten vereist.<sup>54</sup> In de literatuur is deze rechtspraak zelfs gezien als de erkenning van de uitputting van het recht van mededeling aan het publiek.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Arrest van 10 november 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, punt 2 van het dictum).

<sup>51</sup> Zie artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/29.

<sup>52</sup> Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76).

<sup>53</sup> Beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2315).

<sup>54</sup> Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 24, 27 en 28).

<sup>55</sup> Zie in het bijzonder de annotatie van A. Lucas bij het arrest Svensson e.a., *Propriétés intellectuelles*, nr. 51 (2014), blz. 165 e.v., en Rosén, J., „How Much Communication to the Public Is ‚Communication to the Public’?”, in Stamatoudi, I. A. (red.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, blz. 331 e.v.

74. Zonder in de discussie te treden over de gevolgen en de gegrondheid van de benaderingen die in de literatuur worden voorgestaan, merk ik op dat deze rechtspraak in ieder geval niet naar analogie kan worden toegepast op de beschikbaarstelling van werken aan het publiek door middel van downloaden.

75. In de eerste plaats rust de rechtspraak betreffende internetlinks immers op de veronderstelling dat de houder van het auteursrecht er, door de inhoud op het internet vrij toegankelijk te maken, rekening mee heeft gehouden dat elke internetgebruiker er mogelijk toegang toe kan hebben.<sup>56</sup> Dit is echter niet het geval bij downloaden. Door voor elke aankoop van een digitale kopie van het werk een bedrag in rekening te brengen, houdt de houder van het auteursrecht wat de doelgroep van de mededeling betreft alleen rekening met de gebruikers die de prijs van de kopie van het werk hebben betaald, en niet met de volgende gebruikers die deze prijs niet hebben betaald of die deze prijs hebben betaald aan een andere persoon dan de betreffende rechthebbende.<sup>57</sup> Elke navolgende levering van een dergelijke kopie moet derhalve worden beschouwd als een mededeling aan een nieuw publiek.

76. In de tweede plaats, als er in het geval van internetlinks al sprake is van een mededeling, dan betreft het een afgeleide mededeling in die zin dat deze afhangt van de oorspronkelijke mededeling. Indien de houder van het auteursrecht beslist om zijn werk van het internet te verwijderen, houdt de link op te werken. De werking ervan hangt dus af van de wil van deze rechthebbende. Bij downloaden echter verliest de houder van het auteursrecht, behoudens bijzondere technische maatregelen, de feitelijke controle over de kopie van zijn werk wanneer deze door een gebruiker is gedownload. Zijn enige controlemiddel is de juridische controle die voortvloeit uit het exclusieve recht waarover hij beschikt.

### *Slotopmerkingen*

77. De voorgaande overwegingen samenvattend, kan worden gesteld dat het Hof in zijn rechtspraak weliswaar een aantal stappen heeft gezet in de richting van de erkenning van uitputting van auteursrechten in de digitale omgeving, maar dat dit betekent niet dat een dergelijke uitputting in de omstandigheden van onderhavige zaak moet worden erkend.

78. Deze rechtspraak van het Hof kan inderdaad de indruk wekken van complexiteit en incoherentie, en het zou verleidelijk zijn om de juridische situatie te vereenvoudigen door de regel van uitputting van het distributierecht in de digitale omgeving voor alle categorieën werken te aanvaarden.<sup>58</sup> Ik ben echter van

<sup>56</sup> Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 27).

<sup>57</sup> Ik laat de kwestie van de gratis verspreide werken, die in de onderhavige zaak niet aan de orde wordt gesteld, buiten beschouwing.

<sup>58</sup> Zie in die zin Sganga, C., „A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law”, *JIPITEC*, 9/2018, blz. 211.

mening dat, bij gebrek aan een volledige regulering van deze regel door middel van wetgeving, de verscheidenheid aan uitkomsten in de rechtspraak gerechtvaardigd en zelfs onvermijdelijk is, aangezien het gaat om verschillende feitelijke situaties, die worden beheerst door verschillende wettelijke regelingen en die specifieke doelstellingen nastreven. Naar mijn mening kan het enkel streven naar coherentie niet de basis vormen voor de erkenning, in de rechtspraak, van de uitputtingsregel.

### ***Evenwicht van de betrokken belangen***

79. Zoals ik in de inleiding van de onderhavige conclusie al heb opgemerkt, heeft de digitalisering van inhoud, waaronder die van auteursrechtelijk beschermde werken, en vooral de ontwikkeling van nieuwe manieren om gebruikers daarvan te voorzien, die mogelijk zijn gemaakt dankzij internet, het evenwicht dat in de analoge omgeving bestond tussen de belangen van houders van auteursrechten enerzijds en die van gebruikers van werken anderzijds verstoord. De regel van uitputting van het distributierecht is een van de instrumenten die bijdragen aan het behoud van dit evenwicht. De vraag is of het evenwicht van de betrokken belangen ertoe leidt dat deze regel ook moet worden toegepast in het geval dat werken door middel van downloaden worden geleverd.

80. Veel argumenten die in de literatuur naar voren zijn gebracht, pleiten voor de toepassing van deze regel.<sup>59</sup>

81. Ten eerste zou het bestaan van tweedehandsmarkten de concurrentie vergroten, de prijzen verlagen en bijdragen tot een betere toegankelijkheid van goederen, met duidelijke voordelen voor de consument. Aangezien tweedehands gedematerialiseerde digitale kopieën, in tegenstelling tot materiële kopieën, perfecte substituten zijn voor nieuwe kopieën, zou deze concurrentie des te sterker zijn.

82. Ten tweede zou door de toegankelijkheid, tegen gematigde prijzen, van kopieën van tweedehands werken de innovatie worden bevorderd, zowel aan de zijde van de houders van auteursrechten (om te kunnen concurreren met het tweedehands aanbod, zie het vorige punt) als aan de zijde van gebruikers en derden, zoals platforms van online markten.

83. Ten derde zou het gebrek aan controle door de houders van auteursrechten op het gebruik en de bestemming van de kopie van het werk vanwege de uitputting van het distributierecht ervoor zorgen dat het privéleven van gebruikers beter wordt beschermd. Door de levering van werken door middel van downloaden kunnen distributeurs immers niet alleen op de hoogte zijn van de

<sup>59</sup> Zie in het bijzonder Perzanowski, A., Schultz, J., „Digital Exhaustion”, *UCLA Law Review*, 2011, nr. 58, blz. 889; Sganga, C., op. cit. Voor een meer genuanceerde benadering van de voor- en tegenargumenten, zie Kerber, W., „Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective”, *Intellectual Property Journal*, 2016, nr. 8, blz. 149.

identiteit van elke verkrijger, maar kunnen zij ook informatie verzamelen over de manier waarop die verkrijger het werk gebruikt. Zo kunnen distributeurs van e-books bijvoorbeeld te weten komen of de lezer het boek helemaal heeft uitgelezen en of deze aantekeningen heeft gemaakt. De controle van distributeurs over gedownload kopieën stelt hen ook in staat om de overeenkomst te beëindigen, waardoor de kopie die de gebruiker zou hebben „gekocht” onbruikbaar wordt.

84. Ten vierde en tot slot zou de uitputting van het distributierecht concurrentiebeperkende praktijken voorkomen die erin bestaan dat gebruikers gebonden raken aan distributeurs doordat de kosten voor het overstappen naar een andere distributeur worden verhoogd. Deze praktijken zijn opnieuw te zien, met name op de markt van e-books, wanneer de aankoop en het gebruik van een dergelijk boek afhankelijk zijn van bijvoorbeeld het openen van een rekening bij de distributeur en het bezit van een e-book-reader die door hetzelfde bedrijf wordt verspreid.

85. Sommige van deze argumenten hebben echter betrekking op aspecten van algemeen economisch beleid (prijsniveaus, concurrentie, innovatie) waarmee de wetgever uiteraard rekening kan houden maar die naar mijn mening niet als leidraad moeten dienen voor rechterlijke beslissingen.

86. Andere argumenten daarentegen hebben geen betrekking op het gedrag van de begunstigden van het auteursrecht, maar op dat van de distributeurs van de werken. Erkenning van uitputting van het distributierecht om dergelijke gedragingen tegen te gaan, zou betekenen dat auteursrechten worden beperkt om redenen die niets te maken hebben met het evenwicht tussen deze rechten en die van de gebruikers. Met andere woorden, het auteursrecht zou dienen als een correctiefactor voor de vermeende slechte werking van de markt voor de levering van werken.

87. Ik betwijfel ook of de regel van uitputting van het distributierecht op zichzelf de hiervoor genoemde problemen kan oplossen. Indien de koper van een gedematerialiseerde kopie van een werk volgens deze regel in staat zou zijn om deze kopie door te verkopen, dan zou dit immers niet automatisch alle contractuele voorwaarden voor het gebruik van deze kopie tenietdoen.<sup>60</sup> Bovendien is het helemaal niet zeker dat gebruikers er altijd bevrijd van zouden willen zijn. Tegenover deze beperkingen en inmenging in het privéleven stellen de distributeurs ook voordelen ten behoeve van de gebruikers, die ervoor kunnen kiezen om de beperkingen en inmenging te aanvaarden teneinde aanspraak te kunnen maken op de voordelen.

<sup>60</sup> Het auteursrecht is in beginsel niet van toepassing op overeenkomsten waarbij werken aan de eindgebruiker ter beschikking worden gesteld; zie Lucas-Schloetter, A., „La revente d’occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d’auteur”, in Bernault, C., Clavier, J.-P., Lucas-Schloetter, A., Lucas, F.-X., (ed.), *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Parijs, 2014, blz. 573 e.v.



88. Bovendien zijn er ook belangrijke argumenten tegen de toepassing van de regel van uitputting van het distributierecht op de levering van werken door middel van downloaden.

89. Zoals ik al heb opgemerkt, gaat in de eerste plaats de kwaliteit van gedematerialiseerde digitale kopieën door het gebruik niet achteruit, zodat tweedehands kopieën perfecte vervangers voor nieuwe kopieën vormen. Bovendien is het gemakkelijk om dergelijke kopieën uit te wisselen, omdat dat geen moeite of extra kosten met zich meebrengt. De parallelle tweedehandsmarkt zal dus waarschijnlijk veel meer gevolgen hebben voor de belangen van houders van auteursrechten dan de tweedehandsmarkt voor tastbare voorwerpen.

90. De zaak in het hoofdgeding is daar een uitstekend voorbeeld van. Zoals de vertegenwoordiger van Tom Kabinet tijdens de terechtzitting heeft erkend, verkoopt deze vennootschap soms e-books tegen een lagere prijs dan de aankoopprijs. De winstgevendheid van een dergelijk proces is gelegen in het feit dat gebruikers van de website worden aangemoedigd om na het lezen van de van Tom Kabinet verworven e-books deze aan haar terug te verkopen, zodat Tom Kabinet ze vervolgens weer aan andere klanten kan aanbieden. Een reeks van verschillende aan- en verkoopactiviteiten stelt Tom Kabinet dus in staat om haar activiteiten winstgevend te maken, waarvan de enige kosten de eerste aankoop van het e-book zijn.

91. Dit creëert twee risico's voor de houders van auteursrechten. Het eerste risico is de concurrentie van kopieën die voor dezelfde kwaliteit tegen een fractie van de oorspronkelijke prijs worden aangeboden, en het tweede risico is de ongecontroleerde vermenigvuldiging van kopieën die in omloop zijn. Veelvuldige uitwisseling, in korte tijd, van een digitale kopie van het werk komt in de praktijk immers neer op vermenigvuldiging van kopieën. Dit geldt met name wanneer na een enkele lezing in de behoeften van gebruikers is voorzien, zoals vaak bij boeken het geval is.<sup>61</sup>

92. In de tweede plaats bestaat het risico dat daadwerkelijke vermenigvuldiging zal plaatsvinden, omdat de download bestaat uit een reproductie van de kopie op de ontvangende computer. Weliswaar is de wederverkoper na het uploaden in beginsel verplicht om zijn eigen kopie te verwijderen, maar het is met name bij particulieren moeilijk na te gaan of deze verplichting wordt nageleefd.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor cinematografische werken.

<sup>62</sup> Weliswaar heeft de onderneming Amazon een marktsysteem voor tweedehands digitale goederen geïmplementeerd dat het mogelijk maakt de oorspronkelijke kopie na het downloaden automatisch te verwijderen (Karapapa, S., „Reconstructing copyright exhaustion in the online world”, *Intellectual Property Quarterly*, 4/2014, blz. 307), maar dergelijke systemen kunnen alleen worden toegepast door professionele platforms. Het is moeilijk om het gebruik ervan door particulieren te eisen.

93. Dit probleem heeft natuurlijk meer te maken met digitalisering dan met online downloaden. Een digitale kopie op een tastbare drager kan immers door de eigenaar ervan worden gereproduceerd (hetgeen een volledig rechtmatige handeling is in het kader van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik), die de materiële kopie vervolgens doorverkoopt onder de uitputtingsregel. Weliswaar is een dergelijke handeling niet erg eerlijk, maar het zou moeilijk zijn om deze onrechtmatig te verklaren. Bovendien zou het verbod ervan moeilijk uitvoerbaar zijn zonder inmenging in de privésfeer van de gebruiker. Dit geldt echter niet voor alle categorieën werken, met name niet voor boeken<sup>63</sup>, en de wederverkoop van een materiële kopie brengt kosten met zich mee (bijvoorbeeld voor het verzenden per post) die niet bestaan in het geval van gedematerialiseerde uitwisselingen.

94. In de derde plaats is het niet zeker dat, wanneer de uitwisseling van tweedehands digitale kopieën is toegestaan, het altijd gemakkelijk of mogelijk zal zijn om legale kopieën, dat wil zeggen kopieën die legaal volgens de regels zijn verkregen en doorverkocht, te onderscheiden van nagemaakte kopieën. Professionele platforms kunnen hiervoor technische middelen gebruiken, zoals Tom Kabinet blijktens de informatie uit het verzoek om een prejudiciële beslissing ook doet. Het valt echter te betwijfelen of particulieren dezelfde inspanningen zullen leveren. De erkenning van de regel van uitputting van het distributierecht van gedematerialiseerde kopieën zou aldus kunnen bijdragen tot de ontwikkeling van piraterij en zou het moeilijker kunnen maken om maatregelen ten uitvoer te leggen ter bestrijding daarvan.

95. Tot slot mag niet uit het oog worden verloren dat het downloaden met een eeuwigdurend gebruiksrecht als modaliteit voor het aanbieden van online-inhoud tot het verleden zal gaan horen. Nieuwe vormen van toegang, zoals streaming of abonnementstoegang, zijn ontstaan en worden breed ondersteund, niet alleen door houders van auteursrechten en distributeurs maar ook door gebruikers. Deze nieuwe vormen van toegang bieden immers hogere inkomsten aan de rechthebbenden en distributeurs en voorzien voor de gebruikers in een flexibelere toegang tot een veel grotere hoeveelheid inhoud. Het is juist dat deze nieuwe vormen van toegang in eerste orde geen betrekking hebben op e-books: het is moeilijk om de streaming van een boek vorm te geven. Desalniettemin bestaan er al oplossingen waarbij de gebruiker voor de prijs van een maand- of jaarabonnement toegang krijgt tot een volledige bibliotheek van e-books. Hoewel deze toegang nog altijd vereist dat het boek wordt gedownload, vindt er geen betaling voor elk gedownload item plaats zodat in dit geval moeilijk gesproken kan worden van „verkoop”. De verkoop van een kopie van het werk is echter een voorwaarde voor de uitputting van het distributierecht.

<sup>63</sup> E-books worden normaal gesproken niet op een tastbare drager verspreid. Daarentegen ontstaat met het scannen van een papieren boek geen e-book.

96. Door de regel van uitputting van het distributierecht in de internetomgeving te erkennen, zou het Hof een probleem oplossen dat niet echt hoeft te worden opgelost en dat grotendeels tot het verleden behoort.

97. Deze overwegingen leiden mij tot de conclusie dat er weliswaar sterke redenen zijn voor erkenning van de regel van uitputting van het distributierecht in het geval van downloaden, maar dat er andere, minstens even sterke, redenen zijn die zich tegen die erkenning verzetten. Het evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen leidt er daarom niet toe dat de balans doorslaat in een andere richting dan die welke voortvloeit uit de tekst van de geldende bepalingen.

## Conclusie

98. Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat er juridische en teleologische argumenten zijn die pleiten voor de erkenning van de regel van uitputting van het distributierecht met betrekking tot werken die worden geleverd door online downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd.<sup>64</sup> Met name het permanente bezit door de gebruiker van een kopie van een dergelijk werk laat de gelijkenis zien tussen deze wijze van levering en de verspreiding van tastbare kopieën. Ik ben echter van mening dat, in de huidige stand van het Unierecht, de tegenargumenten moeten prevaleren. Het gaat met name om de argumenten die in de punten 36 tot en met 49 van de onderhavige conclusie aan de orde zijn gekomen en die betrekking hebben op de duidelijke wens van de Uniewetgever dat downloaden onder het recht van mededeling aan het publiek valt, op de beperking van het distributierecht tot de eigendomsoverdracht van een kopie, en op het reproductierecht. Deze juridische argumenten worden gestaafd door de teleologische overwegingen die in de punten 89 tot en met 96 van de onderhavige conclusie zijn uiteengezet.

99. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de rechtbank Den Haag (Nederland) als volgt te beantwoorden:

„Artikel 3, lid 1, en artikel 4 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moeten aldus worden uitgelegd dat de levering van e-books door middel van online downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd, niet valt onder het distributierecht als bedoeld in artikel 4 van deze richtlijn, maar onder het recht van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn.”

<sup>64</sup> Zie eveneens, naast de reeds aangehaalde publicaties, Bernabou, L., „Digital Exhaustion of Copyright in the EU or Shall We Cease Being so Schizophrenic?“, in Stamatoudi, I.A. (red.), op. cit., blz. 351; von Lewinsky, S., Walter, M., op. cit., blz. 987 e.v.; Mezei, P., *Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, en Wójcik, A., „The evolution of the copyright exhaustion doctrine in the European Union: limitations and controversy in the digital age“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2017, nr. 1, blz. 178.