

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/492558 / HA ZA 15-827

Vonnis van 28 maart 2018

in de zaak van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

NEDERLANDS UITGEVERSVERBOND,

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

GROEP ALGEMENE UITGEVERS,

beide gevestigd te Amsterdam,

eiseressen,

advocaat mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TOM KABINET INTERNET B.V.,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TOM KABINET HOLDING B.V.,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TOM KABINET UITGEVERIJ B.V.,

allen statutair gevestigd te Voorburg,

gedaagden,

advocaat mr. Th.C.J.A. van Engelen te Utrecht.

Eiseressen zullen hierna (wederom) afzonderlijk NUV en GAU worden genoemd en gezamenlijk worden aangeduid als NUV/GAU (in enkelvoud). Gedaagden zullen hierna afzonderlijk Tom Kabinet, Tom Kabinet Holding en Tom Kabinet Uitgeverij worden genoemd en gezamenlijk worden aangeduid als Tom Kabinet c.s. (in enkelvoud). Voor NUV/GAU is de zaak inhoudelijk behandeld door de advocaat voornoemd en door mr. C.F.M. de Vries, advocaat te Amsterdam. Voor Tom Kabinet c.s. is de zaak inhoudelijk behandeld door de advocaat voornoemd en door mr. G.C. Leander, advocaat te Utrecht.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 12 juli 2017 en de daarin vermelde gedingstukken, bij welk tussenvonnissen de rechtbank heeft geoordeeld dat er aanleiding bestaat om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU en partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich uit te laten over de formulering van die vragen;
- de rolbeslissing van 18 augustus 2017, inhoudende weigering van tussentijds appel;
- de akte uitlating prejudiciële vragen van NUV/GAU van 30 augustus 2017, met bijlage 1 tot en met 4;
- de akte tevens houdende productie na vonnis 12 juli 2017 van Tom Kabinet c.s. van 30 augustus 2017, met productie 41.

1.2. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. Inleiding

2.1. Bij het tussenvonnissen van 12 juli 2017 (hierna: het tussenvonnissen) heeft de rechtbank geoordeeld dat er aanleiding bestaat om een aantal prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.

2.2. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de formulering van de prejudiciële vragen die de rechtbank bij het tussenvonnissen heeft voorgesteld. Bij dit vonnis zal de rechtbank beoordelen in hoeverre er aanleiding is om de vragen te herformuleren met in achtneming van wat partijen daarover hebben aangevoerd en zal de rechtbank overgaan tot het verzoeken om een prejudiciële beslissing aan het HvJEU.

2.3. Gelet op artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het HvJEU¹ en de Aanbevelingen van het HvJEU² zal de rechtbank hierna eerst relevante delen van (i) de feiten, (ii) het geschil en (iii) de beoordeling overnemen uit het tussenvonnissen en daaraan toevoegen een overzicht van het toepasselijke recht. Daarnaast zal de rechtbank het HvJEU, conform de hiervoor genoemde Aanbevelingen, een kopie verstrekken van het dossier.

3. De feiten

3.1. NUV is een vereniging die ten doel heeft om de gezamenlijke belangen te behartigen van de Nederlandse uitgevers.

3.2. GAU is een groepsvereniging van NUV. GAU vertegenwoordigt binnen NUV de algemene uitgevers.

3.3. Vier uitgeverijen hebben NUV en GAU volmachten verleend om hen in rechte te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van de auteursrechten die aan hen in (exclusieve) licentie zijn gegeven door auteurs (en vertalers) van boeken.

¹ Reglement voor de procesvoering van het Hof van 25 september 2012, PB L 265 van 29 september 2012, met rectificatie in PB L 38 van 9 februari 2013, blz. 20, zoals gewijzigd op 18 juni 2013, PB L 173 van 26 juni 2013, blz. 65

² Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, PB C 439 van 25 november 2016

3.4. Tom Kabinet is houder van de website www.tomkabinet.nl. Tom Kabinet Holding is de enige aandeelhouder van Tom Kabinet en Tom Kabinet Uitgeverij. Tom Kabinet Uitgeverij is een uitgeverij van boeken en databanken, alsmede uitgever van e-books en aanverwante activiteiten.

3.5. Op 24 juni 2014 is Tom Kabinet via de website www.tomkabinet.nl een online dienst gestart die bestond uit een virtuele marktplaats waarbij gebruikers een tweedehands e-book van een ander konden verkrijgen tegen betaling of verschaffen tegen betaling. De bezitter van een e-book kon zijn exemplaar uploaden naar die website en dit voor een door hem bepaald bedrag aanbieden. Een andere bezoeker kon dan na betaling van dat bedrag aan Tom Kabinet het e-book via de website van Tom Kabinet downloaden uit het account van de aanbieder. Dit exemplaar van het e-book verdween dan uit het account van de aanbieder.

3.6. NUV/GAU heeft bij dagvaarding van 1 juli 2014 een kort geding procedure tegen Tom Kabinet c.s. aanhangig gemaakt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam. In haar vonnis heeft de voorzieningenrechter onder verwijzing naar het UsedSoft-arrest³ van het HvJEU geoordeeld dat “niet met zekerheid kan worden gezegd wat de reikwijdte van het Usedsoft arrest is en of de betekenis van dit arrest zich ook uitstrekt tot de handel in e-books”. Vanwege die onzekerheid oordeelde de voorzieningenrechter dat voorshands onvoldoende aannemelijk is dat sprake is van inbreuk op auteursrechten en zijn de vorderingen van NUV/GAU afgewezen.

3.7. Tegen dit vonnis heeft NUV/GAU appèl ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Bij arrest van 20 januari 2015 heeft het gerechtshof zich aangesloten bij het oordeel van de voorzieningenrechter. Het gerechtshof heeft Tom Kabinet wel een verbod opgelegd tot het aanbieden van een online dienst waarop illegaal

³ HvJEU 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft v. Oracle International Corp.)

gedownloade e-books kunnen worden verkocht omdat hij dat onrechtmatig achtte (zie r.o. 3.7.3 en 4.4). Tegen het arrest van het gerechtshof is geen cassatie ingesteld.

3.8. Na het arrest heeft Tom Kabinet de wijze waarop e-books werden aangeboden (verschillende keren) gewijzigd. In het tussenvonnissen is beslist dat de rechtbank bij haar beoordeling uitgaat van de hierna omschreven activiteiten van Tom Kabinet.

3.9. Vanaf 8 juni 2015 heeft Tom Kabinet haar dienstverlening gewijzigd en vervangen door 'Toms Leesclub' waarbij Tom Kabinet niet langer als tussenpersoon optreedt maar zelf e-book-handelaar wordt binnen een besloten kring van leden. Toms Leesclub biedt aan haar leden tweedehands e-books tegen een bepaald bedrag aan. Het gaat enerzijds om door Tom Kabinet (bij het Centraal Boekhuis dan wel bij retailers zoals bijvoorbeeld AKO, Bruna of Bol.com) aangeschafte e-books. Anderzijds gaat het om e-books die door leden zijn gedoneerd aan Tom Kabinet. Bij het doneren moeten de leden de "downloadlink"⁴ van boeken die staan op hun digitale boekenplanken bij de betreffende retailer verstrekken aan Tom Kabinet via een daarvoor bedoeld formulier op de website van Tom Kabinet. Het donerende lid moet verklaren dat het gedoneerde e-book van al zijn eigen systemen is verwijderd (op de wijze als hieronder afgebeeld).

⁴ Dit is een persoonlijke code die bestaat uit een uniek en beveiligd internetadres waarop het e-book te downloaden is.

Leuk dat je jouw e-book wilt verkopen!

Plak nu de downloadlink van jouw e-book in het veld hieronder

De downloadlink van je e-book

Uw e-book wordt niet verwijderd van uw apparaat

Zien hoeveel credits je hiervoor krijgt?
Vul dan de titel en auteur in.

Titel

Auteur

zoek je e-book

Ik ga akkoord met de [Algemene Voorwaarden](#) en verwijder hierna dit e-book van mijn digitale apparaten.

Verkoop dit e-book >

Verkoopfunctionaliteit van Tom Kabinet

3.10. Vervolgens downloadt Tom Kabinet het gedoneerde e-book van de website van de retailer. Tom Kabinet plaatst in elk e-book dat zij aanschaft dan wel gedoneerd krijgt een eigen watermerk. Daarmee kan Tom Kabinet controleren of het om een legaal aangeschaft exemplaar gaat. Alle via Toms Leesclub verkrijgbare e-books worden aangeboden in de catalogus van Tom Kabinet en kunnen door leden worden aangeschaft voor een vaste prijs van € 1,75 per e-book. Na betaling kan het lid het e-book downloaden van de website van Tom Kabinet. Vervolgens kan het e-book weer worden “terug” verkocht aan Tom Kabinet. De leesplankomgeving op de website van Tom Kabinet met zowel de download- als de verkoopmogelijkheid is hieronder afgebeeld.



Downloadscherm van Tom Kabinet

3.11. Lidmaatschap van deze leesclub was aanvankelijk mogelijk tegen betaling van € 3,99 per maand (waarbij de eerste maand gratis is). Leden kregen per gedoneerd e-book € 0,99 korting op de lidmaatschapskosten voor de volgende maand. Sinds 18 november 2015 zijn bij Toms Leesclub de lidmaatschapsgelden komen te vervallen en de prijzen van de e-books verhoogd van € 1,75 naar € 2,-. Een voorbeeld van een e-book aangeboden in de catalogus van Tom Kabinet is hieronder weergegeven.

De erfgenaam
John Grisham

€ 2,00 + 10 credits
Je hebt nu 10 credits voor je credits voor herengingen. [Meer weten!](#)

Bij andere webshops kost dit e-book € 0,99

veeg e-book toe Credits kun je later nog toevoegen

Seth Hubbard is een schatrijke man, maar ook een doodzieke man die rijdt aan longkanker.

Hubbard vertrouwt niemand en vlak voordat hij zichzelf van het leven berooft, herzielt hij zijn testament. Een met de hand geschreven brief die verregerende gevolgen zal hebben voor zijn

[Lees meer](#)

Catalogus van Tom Kabinet

3.12. De leden hebben nu ook credits nodig om een e-book voor € 2,- te kunnen aanschaffen. Deze credits kunnen de leden verkrijgen door een e-book te doneren of “terug te verkopen” zoals hiervoor omschreven of door deze aan te schaffen bij hun bestelling. Op haar website geeft Tom Kabinet de volgende toelichting over terug verkopen van boeken.

Boeken van Tom Kabinet terugverkopen
Ook een e-book dat je gekocht hebt bij Tom Kabinet kun je aan ons terugverkopen. Je krijgt alleen iets minder credits dan je ervoor had betaald. Hoeveel je krijgt is afhankelijk van hoe lang je het boek houdt:

- Verkoop je binnen 4 weken, dan krijg je 80% van de credits die je had betaald
- Verkoop je binnen 8 weken, dan krijg je 60% van de credits die je had betaald
- Verkoop je binnen 16 weken, dan krijg je 40% van de credits die je had betaald
- Verkoop je binnen 24 weken, dan krijg je 20% van de credits die je had betaald
- Na 24 weken (dus een half jaar) krijg je geen credits meer terug.

Dus hoe eerder je een e-book van Tom Kabinet terugverkaupt, hoe meer credits je ervoor krijgt.

Informatiescherm van Tom Kabinet

4. Het geschil

4.1. NUV/GAU vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

I. voor recht verklaart dat onder de openbaarmaking van digitale kopieën van auteursrechtelijk beschermde boeken (e-books) mede wordt verstaan de online terbeschikkingstelling, al dan niet ter download, daarvan en [dat die] toestemming behoeft van de rechthebbende, ook in het geval de eerste gebruiker de beschikking over het oorspronkelijke e-book heeft verkregen in de Europese Unie na betaling van een vergoeding aan de rechthebbende of, met diens toestemming, aan een webwinkel;

II. voor recht verklaart dat Tom Kabinet c.s. ieder voor zich inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij het NUV en de GAU aangesloten uitgevers en hun auteurs door het ter beschikking stellen en/of reproduceren van e-books;

en voorts, kort samengevat, Tom Kabinet c.s. verbiedt inbreuk te maken op de auteursrechten van de bij NUV/GAU aangesloten uitgevers en auteurs door de terbeschikkingstelling en/of reproductie van e-books via (onder andere) de website www.tomkabinet.nl, met opgave van alle verkopen via die website, alles op straffe van een dwangsom.

5. Het toepasselijk recht

5.1. De relevante bepalingen van de Nederlandse Auteurswet⁵ luiden als volgt:

Artikel 1

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.

Artikel 12

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;

(...)

Artikel 12b

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

⁵ Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht (Auteurswet)

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.

Artikel 13

Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of tooneelbewerking en in het algemeen iedere geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.

Artikel 13a

Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet verstaan de tijdelijke reproductie die van voorbijgaande of incidentele aard is, en die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
- b) een rechtmatig gebruik

van een werk mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezit.

Artikel 16b

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de verveelvoudiging welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder direct of indirect commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft.

(...)

5.2. De relevante bepalingen van de Auteursrechtlijn⁶ luiden als volgt:

Artikel 2

Reproductierecht

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.

Artikel 4

Distributierecht

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.

⁶ 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

Artikel 5

Beperkingen en restricties

1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel:

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
- b) een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

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

(...)

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

(...)

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

6. De relevante overwegingen uit het tussenvonniss

6.1. Bij het tussenvonniss heeft de rechtbank (kort samengevat) geoordeeld dat:

- (i) de vorderingen tegen Tom Kabinet Holding en Tom Kabinet Uitgeverij (gedaagden 2 en 3) zullen worden afgewezen;
- (ii) dat zij bij de verdere beoordeling uitgaat van de huidige activiteiten van Tom Kabinet, te weten het als Toms Leesclub omschreven model (zie vanaf 3.9);
- (iii) dat een e-book zoals in deze zaak aan de orde aangemerkt moet worden als een werk in de zin van de Auteurswet en de Auteursrechtrichtlijn, niet als een computerprogramma in de zin van de Softwarerichtlijn;
- (iv) en dat het ter download aanbieden van e-books op de wijze zoals dat bij Toms Leesclub gebeurt, geen mededeling aan het publiek vormt als bedoeld in artikel 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn. Kort samengevat omdat de verkoop van en daarmee (door een download) het toegang verschaffen tot een e-book aan een lid van Toms Leesclub niet aan het vereiste van een *publiek* beantwoordt en het daaraan voorafgaande enkele te koop aanbieden op de website van Toms Leesclub op zichzelf nog geen *mededeling* van het e-book vormt, waarbij relevant is geacht dat zelfs als dat anders zou zijn het HvJEU in het UsedSoft-arrest (r.o. 52) heeft bepaald dat een mededeling aan het publiek door een eigendomsoverdracht een distributiehandeling wordt.

6.2. Vervolgens heeft de rechtbank, voor zover thans relevant, als volgt geoordeeld (de voetnootnummering is aangepast naar de nummering van dit vonniss):

Reproductiehandelingen?

5.18. Tom Kabinet c.s. betwist niet dat Tom Kabinet (i) na de aanschaf daarvan bij een retailer het e-book downloadt, daarbij een kopie van het e-book maakt en deze op haar servers opslaat en (ii) na de donatie van een e-book door een lid van Toms Leesclub via de door het lid verstrekte downloadlink het e-book bij de retailer downloadt en daarbij een kopie van het e-book maakt en deze op haar server opslaat.

Hoewel zij eerder nog anders heeft gesteld⁷, betwist Tom Kabinet c.s. ook niet langer dat zij (iii) een kopie van het e-book op haar server opgeslagen houdt als het betreffende e-book door een lid van Toms Leesclub na betaling van de website is gedownload. NUV/GAU heeft ter zitting immers onweersproken gesteld dat het aanbod van e-books bij Toms Leesclub op de website staat in de voor leden toegankelijke catalogusomgeving. Als een lid een e-book aanschaft, verplaatst Tom Kabinet het e-book naar de leesplank omgeving van het betreffende lid (vergelijkbaar met het leesplankje bij Bol.com). Als dat lid het e-book doneert aan Tom Kabinet, verschijnt het e-book weer in de catalogusomgeving. Per saldo blijft een kopie van het e-book dus op de server van Tom Kabinet staan na de verkoop daarvan. Tom Kabinet c.s. stelt zich echter gemotiveerd op het standpunt dat het geoorloofde reproductiehandelingen betreft.

5.19. Dat verweer slaagt wat betreft de eerste reproductiehandeling omdat, zo voert Tom Kabinet c.s. onweersproken aan, deze reproductie wordt gemaakt met toestemming van de auteursrechthebbende als bedoeld in artikel 2 Arl. Dat bij die transactie tussen de retailer en Tom Kabinet een digitale kopie op de server van de retailer blijft staan in de leesplankomgeving van Tom Kabinet op de server van de retailer, is Tom Kabinet niet aan te rekenen. Tom Kabinet c.s. heeft onweersproken gesteld dat zij heeft geprobeerd, maar dat het niet is gelukt, om retailers zover te krijgen dat zij het exemplaar van Tom Kabinets leesplankomgeving op hun server wisten. Tegen het opgeslagen houden van die kopie door de retailer zou de auteursrechthebbende naar analogie van het UsedSoft-arrest wel bezwaar kunnen maken. Dat gebeurt echter niet. Kennelijk bestaan daar afspraken over.

5.20. Wat betreft de tweede reproductiehandeling zou dit verweer naar voorlopig oordeel slagen, als zou blijken dat het donerende lid van Toms Leesclub zich op uitputting van een distributierecht kan beroepen. Zoals uit het navolgende zal blijken, is de rechtbank voornemens over de toepasselijkheid van het distributierecht op

⁷ In paragraaf 17.2.1 van de conclusie van antwoord staat: "Overigens wordt nog opgemerkt dat ten aanzien van de tweedehands e-books, die door Tom Kabinet als verkopende (eerste) eigenaar op de website worden aangeboden, heeft te gelden dat Tom Kabinet bij verkoop ervan het eigen exemplaar verwijdert".

e-books en de uitputting ervan prejudiciële vragen te stellen. Voorshands is de rechtbank van oordeel dat de auteursrechthebbende zich - naar analogie van het UsedSoft-arrest (r.o. 81) - in geval van uitputting niet kan verzetten tegen de voor een rechtmatige overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het exemplaar ter zake waarvan het distributierecht is uitgeput. Het ligt voor de hand dat de regel die het HvJEU heeft geformuleerd in het kader van de Softwarerichtlijn ook geldt in het kader van de Auteursrechtlijn, aangezien een andersluidend antwoord het verval van het distributierecht als bedoeld in artikel 4 lid 2 Arl zijn nuttig effect zou ontnemen.⁸

5.21. Ingevolge het UsedSoft-arrest dient het donerende lid dan wel zijn digitale kopie van het gedoneerde e-book onbruikbaar te maken. (...) In de voorwaarden van Toms Leesclub staat dat het donerende lid moet verklaren dat hij/zij de eigen digitale kopie van zijn/haar systemen heeft verwijderd. Op Tom Kabinet rust, anders dan NUV/GAU betoogt, ingevolge het UsedSoft-arrest niet de verplichting na te gaan of dit ook daadwerkelijk gebeurt.

5.22. Ook als zou blijken dat sprake is van uitputting ná de eerste reproductiehandeling en (dus) vóór de tweede reproductiehandeling, dan kunnen de auteursrechthebbenden naar analogie van het UsedSoft-arrest wel bezwaar maken tegen de derde reproductiehandeling die eruit bestaat dat Tom Kabinet een digitale kopie van een e-book opgeslagen houdt op haar server nadat dat e-book door een lid van Toms Leesclub is aangeschaft en gedownload van de website (het e-book wordt verplaatst van de catalogus van Tom Kabinet naar de leesplank omgeving van het lid). Daarmee handelt Tom Kabinet immers niet conform de door het HvJEU gestelde eis om de eigen kopie op het moment van wederverkoop onbruikbaar te maken en dit is ook niet goed te rijmen met de eis die zij zelf in het kader van donatie van e-books in haar algemene voorwaarden stelt aan leden van Toms Leesclub. Zoals in 3.9 beschreven, dienen de leden van Toms Leesclub hun verkochte exemplaar immers zelf van al hun eigen systemen te verwijderen. Ofschoon het sub III gevorderde verbod op dit punt voor toewijzing in aanmerking komt, is het niettemin in het belang van zowel NUV/GAU als

⁸ HvJEU 12 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:762 (Ranks & Vasiļevičs v. Microsoft Corp.), r.o. 53.

Tom Kabinet om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de eerste verkoop van een e-book door of met toestemming van de auteursrechthebbende een distributiehandeling in de zin van artikel 4 lid 1 Arl is en een wederverkoper van dat e-book zich op uitputting van het distributierecht kan beroepen in de zin van artikel 4 lid 2 Arl. Immers, zal het voor Tom Kabinet naar verwachting relatief eenvoudig zijn het technische systeem zodanig te wijzigen dat zij een digitale kopie van een e-book niet langer opgeslagen houdt op haar server nadat dat e-book door een lid van Toms Leesclub is aangeschaft en gedownload van de website. Onder die omstandigheden is het onwenselijk dat de zaak thans wordt afgedaan en het definitieve antwoord op de cruciale vraag over de uitputting van het distributierecht onbeantwoord zou blijven. Om die reden zal de rechtbank die vraag niettemin voorleggen aan het HvJEU.

Distributierecht uitgeput?

5.23. Tom Kabinet c.s. verweert zich tegen de gestelde auteursrechtinbreuk met de stelling dat de verkoop van e-books een distributiehandeling is als bedoeld in artikel 4 lid 1 Arl en dat het distributierecht na de eerste verkoop door of met toestemming van de auteursrechthebbenden is uitgeput als bedoeld in artikel 4 lid 2 Arl naar analogie van het UsedSoft-arrest. Tom Kabinet is als rechtmatige verkrijger gerechtigd e-books 'tweedehands' door te verkopen, zo stelt Tom Kabinet c.s.

5.24. NUV/GAU is in haar betoog hoofdzakelijk ingegaan op de geclaimde uitputting van het distributierecht maar met de argumenten die zij aanvoert, betwist zij dat de eerste verkoop door of met toestemming van de auteursrechthebbenden te beschouwen is als een distributiehandeling. NUV/GAU voert ten eerste aan dat geen eigendomsoverdracht plaatsvindt. Ten tweede voert zij aan dat het distributierecht enkel ziet op tastbare zaken en niet op digitale bestanden zoals e-books.

i) geen eigendomsoverdracht

5.25. De rechtbank stelt voorop dat het HvJEU in het UsedSoft-arrest in het kader van de uitleg van artikel 4 van de Softwarerichtlijn heeft overwogen dat er sprake is van overdracht van de eigendom van een kopie van een computerprogramma als die

kopie voor downloaden ter beschikking is gesteld door de rechthebbende in combinatie met een licentieovereenkomst waarin de gebruiker een onbeperkt gebruiksrecht krijgt tegen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk (r.o. 44-48). Partijen gaan er naar het oordeel van de rechtbank terecht vanuit dat dezelfde eisen gelden ten aanzien van de in artikel 4 lid 1 Arl ('door verkoop of anderszins') bedoelde eigendomsoverdracht.

5.26. De rechtbank stelt vast dat bij de eerste verhandeling van e-books door of met toestemming van de auteursrechthebbenden via een retailer de verkrijger die het e-book downloadt voor onbepaalde tijd een gebruiksrecht voor dat e-book verkrijgt tegen betaling van een bepaalde prijs (en in zoverre materieel gelijk te stellen is met de eigendomsoverdracht van een kopie). NUV/GAU (...) betwist nog slechts dat van eigendomsoverdracht sprake is omdat volgens haar niet is voldaan aan het vereiste, in navolging van het UsedSoft-arrest, dat de betaalde vergoeding overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het werk. (...)

5.27. Naar het oordeel van de rechtbank is de prijs die in het algemeen voor e-books wordt betaald en die volgens NUV/GAU ongeveer 50% lager is dan de prijs van papieren boeken te beschouwen als een economisch reële vergoeding voor het verwerven van de 'eigendom' van een e-book. Zoals ook gerechtshof Amsterdam overwoog in het arrest van 20 januari 2015 (r.o. 3.5.2) moet worden aangenomen dat de productie- en distributiekosten van een digitale versie van een e-book substantieel lager liggen dan die van de gedrukte papieren versie, hetgeen verklaart dat de prijs van een e-book lager is dan van een papieren boek. NUV/GAU heeft niet nader toegelicht, hetgeen wel op haar weg lag, wat dan wel een reële vergoeding zou zijn.

ii) distributierecht ziet enkel op tastbare zaken?

5.28. De vraag die partijen wat betreft het distributierecht nog verdeeld houdt, is of het distributierecht van toepassing is op digitale (kopieën van) werken.

5.29. De rechtbank is van oordeel dat de vraag of het distributierecht in de zin van artikel 4 lid 1 Arl ook ziet op niet tastbare zaken zoals e-books, meer in het bijzonder de vraag of de eerste verkoop van een e-book door of met toestemming van de auteursrechthebbende een distributiehandeling is in de zin van artikel 4 lid 1 Arl en een wederverkoper van dat e-book zich op uitputting van het distributierecht kan beroepen in de zin van artikel 4 lid 2 Arl, zich leent voor prejudiciële vragen aan het HvJEU. Datzelfde geldt voor de vraag of de auteursrechthebbende, bij bevestigende beantwoording van voornoemde vraag, zich tegen de voor een rechtmatige overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het exemplaar ter zake waarvan het distributierecht is uitgeput, bij wederverkoop nog kan verzetten op grond van artikel 2 Arl. Gelet op de gevorderde verklaringen voor recht is de beantwoording van deze vragen noodzakelijk ter beslechting van het geschil tussen NUV/GAU en Tom Kabinet. Zoals hierna zal worden toegelicht, is de juiste uitlegging van de Auteursrechtlijn niet evident (geen acte clair) en lijkt het antwoord op deze vraag niet te volgen uit de bestaande rechtspraak van het HvJEU (geen acte éclairé). De rechtbank acht het in dit geval ook gepast om de prejudiciële vragen al in eerste aanleg te stellen omdat enerzijds de relevante feiten niet in geschil zijn en anderzijds de te beantwoorden rechtsvraag een dermate principieel karakter heeft dat verwacht moet worden dat het geschil niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter. Een prejudiciële verwijzing van de rechtbank is de snelste manier om dat definitieve rechterlijke oordeel te verkrijgen. (...)

geen acte clair

5.30. Het antwoord op de vragen of het tegen betaling op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd ter beschikking stellen van een e-book al dan niet een distributiehandeling kan zijn in de zin van artikel 4 lid 1 Arl en of daarmee het distributierecht kan zijn uitgeput in de zin van artikel 4 lid 2 Arl is niet evident.

5.31. De tekst van artikel 4 Arl geeft op dit punt geen uitsluitel. Het gebruik van de term 'van het origineel van [hun] werken of kopieën daarvan' zowel in lid 1 als in lid 2 maakt niet duidelijk of, maar sluit ook niet uit dat, een werk vervat in een

digitaal bestand, zoals een e-book, te beschouwen is als 'een werk of een kopie daarvan' dat door de rechthebbende of met diens toestemming door verkoop of anderszins kan worden gedistribueerd.

5.32. In de overwegingen van de richtlijn zijn zowel argumenten voor een enge als voor een ruime uitleg van het begrip 'origineel van werken of kopieën daarvan' te vinden.

5.33. Overweging 2 van de Auteursrecht richtlijn benadrukt het belang van een interne markt voor nieuwe producten en diensten en overweging 5 stelt vast dat het auteursrecht zal moeten worden aangepast om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren. Deze overwegingen rechtvaardigen een ruime uitleg van het begrip 'origineel van werken of kopieën daarvan'.

5.34. Anderzijds staat in overweging 9 dat van een hoog beschermingsniveau moet worden uitgegaan. In overweging 15 wordt aansluiting gezocht bij de in het kader van de WIPO in december 1996 tot stand gekomen verdragen waaronder het Verdrag inzake auteursrecht (het WCT-verdrag). Het WCT-verdrag kent een gemeenschappelijke verklaring waarin de begrippen 'het origineel' en 'kopieën' in het kader van de uitleg van het distributierecht van artikel 6 en van het verhuurrecht van artikel 7 van het WCT-Verdrag als stoffelijke voorwerpen worden aangemerkt.⁹ Ook overweging 28 van de richtlijn bevat een aanwijzing dat een e-book niet onder artikel 4 Arl valt. Volgens die overweging omvat het distributierecht het uitsluitende recht om zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen wanneer dit "in een tastbare zaak is belichaamd". Overweging 29 van de Auteursrecht richtlijn lijkt eveneens op het spoor te zitten dat het online ter beschikking stellen van een werk beschouwd wordt als een dienst die niet leidt tot uitputting, ook niet ten aanzien van de kopie die de gebruiker van de dienst maakt.

⁹ "Concerning Articles 6 and 7: As used in these Articles, the expressions "copies" and "original and copies", being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects."

5.35. Tenslotte is het beginsel van gelijke behandeling van belang voor de uitleg van artikel 4 Arl. Er kan echter verschillend worden gedacht over de vraag of de verkoop van e-books in het licht van de doelstellingen van de Auteursrechtlijn functioneel gelijkwaardig is aan het verkopen van een tastbaar exemplaar. NUV/GAU voert terecht aan dat er functioneel wel verschillen bestaan tussen het fysieke boek en het e-book. Het fysieke boek is aan slijtage onderhevig en daardoor in tijd beperkt(er) bruikbaar. Fysieke boeken worden aangeboden in verschillende maten (hardcover, paperback) terwijl e-books doorgaans platte tekst bevatten. Daar staat tegenover dat een e-book een betere leeservaring kan bieden doordat letters kunnen worden vergroot en het e-book makkelijk kan worden doorzocht. De vraag is of deze beperkte gebruiksverschillen leiden tot de conclusie dat sprake is van functionele ongelijkwaardigheid.

geen acte éclairé

5.36. De in 5.30. genoemde vragen zijn naar het oordeel van de rechtbank ook nog niet beantwoord in de rechtspraak van het HvJEU.

5.37. Tom Kabinet c.s. wijst op het UsedSoft-arrest en stelt dat daaruit volgt dat artikel 4 Arl zo uitgelegd dient te worden als zij voorstaat. NUV/GAU betoogt nu juist dat het arrest enkel betrekking heeft op (de uitleg van) de Softwarerichtlijn en bij de uitleg van de Auteursrechtlijn buiten beschouwing dient te blijven en verwijst voor de uitleg van artikel 4 Arl naar het Allposters-arrest¹⁰. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt.

5.38. In het UsedSoft-arrest heeft het Hof overwogen dat artikel 4 lid 2 Arl (waarin uitputting van het distributierecht is opgenomen) geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie (r.o. 55). Verder overwoog het Hof dat verkoop van een computerprogramma op een cd-rom of dvd in economisch en functioneel opzicht gelijkwaardig is aan het voor downloaden ter beschikking stellen van een computerprogramma. Volgens het Hof eist het beginsel van

¹⁰ HvJEU 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:27 (Allposters v. Pictoright)

gelijke behandeling daarom uitputting ook te laten intreden ten aanzien van de laatstgenoemde vorm van verspreiding van het programma (r.o. 61). Bovendien heeft het Hof opgemerkt dat het niet toepassen van het uitputtingsbeginsel op dergelijke kopieën zou meebrengen dat de rechthebbende bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kan vragen, hoewel de rechthebbende al bij de eerste verkoop een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. Daarom zou het niet toepassen van het uitputtingsbeginsel volgens het Hof verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van het betreffende recht (r.o. 63).

5.39. De hiervoor genoemde overwegingen lijken ook relevant voor de uitleg van het distributierecht en het uitputtingsbegrip in de zin van artikel 4 lid 1 en lid 2 Arl, alsmede voor de vraag of de auteursrechthebbende zich in de situatie dat het verval van het distributierecht door de eerste verkoop van een e-book door of met zijn toestemming is ingetreden, zich tegen reproductie nog kan verzetten op grond van artikel 2 Arl. Zoals de rechtbank Den Haag ook al overwoog in het vonnis in de VOB-zaak¹¹ heeft het Hof in het UsedSoft-arrest uitdrukkelijk (vgl. r.o. 60) in het midden gelaten of uitputting van de Auteursrechtlijn alleen geldt voor tastbare zaken. Het Hof overweegt immers uitdrukkelijk dat de Softwarerichtlijn een *lex specialis* vormt ten opzichte van de Auteursrechtlijn en dat de Uniewetgever in de concrete context van de Softwarerichtlijn een specifieke wil tot uitdrukking heeft gebracht die kan leiden tot een uitleg van het uitputtingsbegrip die mogelijk afwijkt van de betekenis van het uitputtingsbegrip in de context van de Auteursrechtlijn (r.o. 51, 56 en 60).

5.40. Deze rechtbank heeft vervolgens in de VOB-zaak onder meer de (voorwaardelijke) prejudiciële vraag gesteld of het door de rechthebbende of met zijn toestemming ter beschikking stellen van een e-book voor onbepaalde tijd door middel van het op afstand laten downloaden ervan, aangemerkt kan worden als een eerste verkoop of andere eigendomsovergang in de zin van artikel 4 lid 2 Arl.¹²

¹¹ Rechtbank Den Haag, 3 september 2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:10962 (VOB v. Stichting Leenrecht)

¹² Rechtbank Den Haag, 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5195 (VOB v. Stichting Leenrecht)

5.41. Een antwoord op die vraag heeft het HvJEU in het arrest van 10 november 2016 echter niet gegeven omdat hij daaraan gelet op de beantwoording van de overige vragen niet toekwam.¹³ In dat arrest overwoog het Hof ten aanzien van de begrippen “zaken” en “kopieën” in de zin van de Leenrechtlijn¹⁴ dat die begrippen tegen de achtergrond van de in artikel 7 van het WCT-verdrag opgenomen overeenstemmende begrippen in verband met het verhuurrecht dienen te worden uitgelegd als “uitsluitend vastgelegde exemplaren die als stoffelijke voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht”. Het Hof overweegt echter dat het WCT-verdrag zich er niet tegen verzet dat het begrip uitlening in de zin van de Leenrechtlijn in voorkomend geval zo wordt uitgelegd dat daaronder ook bepaalde digitale uitleningen vallen (r.o. 33 en 39). Het Hof vervolgt (in r.o. 45) dat overweging 4 van de Leenrechtlijn vermeldt dat het auteursrecht moet worden aangepast aan nieuwe economische doelstellingen zoals nieuwe exploitatievormen en dat digitale uitlening ontegenzeggelijk tot deze nieuwe exploitatievormen behoort.

5.42. Anderzijds heeft het HvJEU in het Allposters-arrest, dat is gewezen ná het UsedSoft-arrest maar vóór het VOB-arrest, nog overwogen dat uitputting van het distributierecht van toepassing is op de tastbare zaak waarin een beschermd werk of een kopie daarvan is belichaamd indien deze zaak met toestemming van de auteursrechthebbende in de handel is gebracht (r.o. 40). In die zaak speelde de digitale kopie geen rol zodat niet zonder meer gezegd kan worden dat het HvJEU daarmee heeft bepaald dat een digitale kopie niet onder het distributierecht van artikel 4 lid 1 Arl zou kunnen vallen.

5.43. Partijen hebben nog gewezen op het arrest Ranks & Vasiļevičs v. Microsoft Corp.¹⁵ Deze zaak draait net als UsedSoft over het distributierecht onder het regime van de Softwarerichtlijn. De rechtbank ziet in dat arrest geen rechtsoverwegingen die anders dan het UsedSoft-arrest wel een duidelijk antwoord geven op de vragen die in deze zaak openstaan. Dat geldt ook voor de vraag of de

¹³ HvJEU 10 november 2016, ECLI:EU:C:2016:856 (VOB v. Stichting Leenrecht)

¹⁴ Richtlijn 2006/115 EG 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 (hierna ook Lrl)

¹⁵ vgl. voetnoot 8

auteursrechthebbende, in de situatie dat het verval van het distributierecht door de eerste verkoop van een e-book door of met zijn toestemming is ingetreden, zich tegen reproductie nog kan verzetten op grond van artikel 2 Arl. Gelet daarop kan niet gezegd worden dat het 'éclairé' is dat de auteursrechthebbende zich bij verval van het distributierecht tegen reproductie ook niet kan verzetten op grond van artikel 2 Arl omdat zulks het verval van het distributierecht als bedoeld in artikel 4 lid 2 Arl zijn nuttig effect zou ontnemen. In hoeverre een derde in dit verband een beroep toekomt op de beperkingen en restricties van artikel 5 Arl is evenmin duidelijk.

5.44. Tot slot heeft NUV/GAU nog gewezen op een arrest van het HvJEU van 5 maart 2015¹⁶, waarin is beslist dat een e-book een dienst is in de zin van de btw-richtlijn. Dat arrest betreft echter de uitleg van een fiscale richtlijn. In die richtlijn was blijkens dat arrest bepaald dat onder "levering van goederen" in de zin van die richtlijn moet worden verstaan de "overdracht of overgang van de macht om als een eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken". Het HvJEU oordeelde dat een e-book geen lichamelijke zaak was en trok daaruit de gevolgtrekking dat het geen goed was in de zin van de btw-richtlijn. Daarmee heeft het HvJEU nog geen antwoord gegeven op de vraag of het distributierecht en de uitputting daarvan in de Auteursrechtlijn ook van toepassing zijn op e-books.

5.45. Hoewel de hiervoor besproken arresten (UsedSoft en VOB) aanwijzingen bevatten dat het HvJEU van oordeel is dat het begrip 'origineel van een werk of een kopie daarvan' in artikel 4 lid 1 Arl ruim dient te worden uitgelegd en dat daaronder ook digitale kopieën vallen, gaan die aanwijzingen niet zover dat sprake is van een acte éclairé. Dit geldt temeer nu het Hof in het eveneens recente Allposters-arrest nog overwoog dat het distributierecht betrekking heeft op de tastbare zaak waarin het werk belichaamd is.

¹⁶ ECLI:EU:C:2015:141 (Commissie/Frankrijk)

7. De verdere beoordeling

7.1. De beoordeling in hoofdstuk 7 betreft geschilpunten die partijen na het tussenvonnis hebben opgeworpen, maar die (zoals hierna zal blijken) niet van direct belang zijn voor de beantwoording door het Hof van Justitie van de aan hem te stellen prejudiciële vragen.

Terugkomen van bindende eindbeslissingen?

7.2. NUV/GAU verzoekt de rechtbank allereerst om terug te komen van haar bindende eindbeslissing dat noch het aanbieden van een e-book door Tom Kabinet op haar website, noch het na betaling mogelijk maken dat een lid van Toms Leesclub het e-book downloadt als een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 Arl kan worden aangemerkt (in overweging 5.16. van het tussenvonnis), omdat deze bindende eindbeslissing is gebaseerd op een juridische misslag. Daartoe stelt NUV/GAU - verkort weergegeven - allereerst dat het door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen twee handelingen (1. het te koop aanbieden van een e-book en 2. het na betaling ter download beschikbaar stellen van een e-book) geen steun vindt in het recht. Vervolgens stelt NUV/GAU dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de eerste onderscheiden handeling geen mededeling vormt, nu noch uit de Arl noch uit de jurisprudentie van het HvJEU volgt dat dat het geval is wanneer beschermd materiaal voorwaardelijk, bijvoorbeeld tegen betaling, wordt aangeboden. Het oogmerk om toegang te verschaffen is voldoende. Met betrekking tot de tweede onderscheiden handeling stelt NUV/GAU dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat dit geen mededeling aan het publiek vormt vanwege de afwezigheid van een publiek, nu het werk door Tom Kabinet c.s. op een openbaar toegankelijke website wordt aangeboden en aldus aan het gehele internetpubliek. Bij de motivering van haar stellingen heeft NUV/GAU de arresten van het HvJEU Brein / Wullems¹⁷ en Brein / Ziggo c.s.¹⁸ betrokken, welke arresten nog niet waren

¹⁷ HvJEU 26 april 2017, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 (Brein / Wullems)

¹⁸ HvJEU 17 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (Brein / Ziggo c.s.)

gewezen ten tijde van de door haar genomen akte vóór tussenvonnis van 22 februari 2017.

7.3. Voorop wordt gesteld dat de eisen van een goede procesorde meebrengen dat de rechter aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, om te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen. Deze bevoegdheid komt de rechter ook toe ingeval van nieuwe inzichten.¹⁹

7.4. De rechtbank is echter van oordeel dat geen van de hiervoor genoemde situaties zich voordoet met betrekking tot het voormelde tussenvonnis. In het tussenvonnis is over de door NUV/GAU ingenomen stellingen geoordeeld. De omstandigheid dat NUV/GAU het met het oordeel van de rechtbank niet eens is en verwacht dat dit in hoger beroep geen stand zal houden, maakt niet dat de bindende eindbeslissing op een onjuiste juridische grondslag berust. Voor zover NUV/GAU bedoelt te stellen dat de door haar aangehaalde arresten Brein / Wullems en Brein / Ziggo c.s. op juridische gronden nopen tot heroverweging van de beslissing, verwerpt de rechtbank dit betoog. In beide arresten gaat het om een andere situatie dan waar het onderhavige geval op ziet. In het arrest Brein / Wullems is door het HvJEU - kort gezegd - beslist dat de verkoop van een mediaspeler met ingebouwde add-ons die hyperlinks bevatten, welke leiden naar voor het publiek vrij toegankelijke websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden beschikbaar zijn gesteld, vallen onder het begrip "mededeling aan het publiek". In het arrest Brein / Ziggo c.s. heeft het HvJEU - verkort weergegeven - beslist dat het beschikbaar stellen en het beheer van een platform voor de uitwisseling van bestanden via internet dat, door de indexering

¹⁹ Vergelijk Hoge Raad 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800; Hoge Raad 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521

van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmachine, de gebruikers van dit platform in staat stelt, of het makkelijker maakt, deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, eveneens onder het begrip “mededeling aan het publiek” valt. Het verschil met de onderhavige zaak is allereerst dat in de voornoemde arresten sprake is van het ontsluiten / toegankelijk maken voor een publiek van auteursrechtelijk beschermde werken zodat daadwerkelijk van de inhoud van deze werken kennis kan worden genomen. In de onderhavige zaak wordt met de eerste handeling (het te koop aanbieden van het e-book) de inhoud van het auteursrechtelijk beschermde werk niet ontsloten of toegankelijk gemaakt nu het boek niet kan worden gelezen of ingezien, zodat er geen sprake is van een mededeling. Het tweede verschil is dat er in de voornoemde arresten wordt voldaan aan het tweede basisvereiste van “publiek”, nu de ontsloten / toegankelijk gemaakte auteursrechtelijke werken beschikbaar zijn voor een in beginsel groot en onbepaald potentieel publiek. In de onderhavige zaak wordt met de tweede handeling (het ter download beschikbaar stellen van een e-book) geen “publiek” bereikt aangezien het e-book door Tom Kabinet slechts aan één lid van Toms Leesclub ter beschikking wordt gesteld. De klacht van NUV/GAU dat de rechtbank op onjuiste gronden onderscheid maakt tussen het aanbieden van het e-book enerzijds en het verkopen en beschikbaar stellen aan een koper anderzijds, kan haar niet baten. Voorzover die handelingen als één samenstel van handelingen aangemerkt moeten worden, blijft daarbij overeind dat de terbeschikkingstelling van het werk slechts aan één lid van Toms Leesclub plaatsvindt, ook als het aanbieden daarbij wordt betrokken. Hetgeen is overwogen in 5.14. van het tussenvonnis, geldt in dat geval voor het gehele samenstel van de handelingen: aan het vereiste van een publiek is niet voldaan. Bovendien gaat NUV/GAU er met haar betoog aan voorbij dat zelfs als van een “mededeling aan het publiek” zou moeten worden uitgegaan, die mededeling door een eigendomsoverdracht ‘van kleur verschiet’ en een distributiehandeling wordt, zoals de rechtbank in r.o. 5.17. van het tussenvonnis heeft overwogen. Ook dit betoog van NUV/GAU noopt derhalve niet tot het terugkomen op een bindende eindbeslissing.

7.5. Tom Kabinet c.s. verzoekt de rechtbank een prejudiciële vraag te stellen over de toepasselijkheid van de Softwarerichtlijn, waarbij zij zich op het standpunt stelt dat de rechtbank daartoe kan overgaan nu zij ter zake in het tussenvonnis geen bindende eindbeslissing heeft gegeven, althans de rechtbank begrijpt dat zij dat bedoelt te betogen. Volgens Tom Kabinet c.s. heeft de rechtbank - verkort weergegeven - in de overwegingen 5.6. tot en met 5.10. van het tussenvonnis niet beslist dat een e-book geen computerprogramma is, dan wel dat de Softwarerichtlijn niet van toepassing is / kan zijn, maar zegt de rechtbank enkel dat zij de argumentatie van Tom Kabinet c.s. niet volgt, onder meer omdat Tom Kabinet c.s. niet afdoende heeft toegelicht dat de bron- en/of objectcode waarmee een e-book het applicatieprogramma instrueert de uitdruktingswijze van een computerprogramma is. Daarmee is geen sprake van een eindbeslissing in de zin van een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing, aldus Tom Kabinet c.s..

7.6. De rechtbank gaat ook aan dit betoog voorbij. De beslissing van de rechtbank dat in dit geval niet de Softwarerichtlijn maar de Auteursrechtlijn van toepassing is, is wel degelijk een bindende eindbeslissing. Dat deze beslissing ten dele is gebaseerd op een van de zijde van Tom Kabinet c.s. onvoldoende gemotiveerd betoog, maakt dat niet anders. Daargelaten of een nadere onderbouwing bij de door Tom Kabinet c.s. genomen akte na tussenvonnis tot een ander oordeel zou hebben geleid, is een nadere onderbouwing nádat een bindende eindbeslissing is uitgesproken, te laat. Nu Tom Kabinet c.s. niet heeft aangevoerd dat de bindende eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, is er voor de rechtbank ook overigens geen aanleiding van deze beslissing terug te komen.

7.7. De rechtbank verwerpt in dit kader ten slotte het standpunt van partijen dat op basis van proceseconomische overwegingen terug gekomen moet worden van de voornoemde bindende eindbeslissingen, nu partijen daartoe een eenstemmig verzoek doen. De rechtbank begrijpt dat Tom Kabinet c.s. in dat kader bedoelt het volgende

te betogen. Aan de leer van de bindende eindbeslissing ligt de goede procesorde ten grondslag in de zin van het tegengaan van vertraging van de procesgang. Daaronder valt ook het tegengaan van vertraging door het mogelijk maken van het stellen van prejudiciële vragen waarover partijen het eens zijn (ook al is ter zake sprake van een bindende eindbeslissing), zodat die vragen niet in hoger beroep alsnog gesteld hoeven te worden. De rechtbank verwerpt dit betoog. Dat dergelijke vertraging moet worden voorkomen door een uitzondering aan te nemen op de leer van de bindende eindbeslissing, is door de Hoge Raad niet overwogen. De Hoge Raad heeft beslist dat de gebondenheid aan een bindende eindbeslissing tot doel heeft het debat te beperken uit een oogpunt van goede procesorde.²⁰ Daarmee wordt immers voorkomen dat het debat over afgedane geschilpunten kan worden heropend. Het terugkomen van een bindende eindbeslissing kan vervolgens enkel in de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingssituaties, zoals aangehaald in r.o. 7.3. Tot die uitzonderingen behoort niet een eenstemmig verzoek van partijen.

Beoordeling commentaar op de vragen, algemeen

7.8. Partijen hebben beiden een eerste vraag geformuleerd over toepasselijkheid (naast de Auteursrechtlijn) van de Softwarerichtlijn. NUV/GAU heeft vervolgens - met instemming van Tom Kabinet c.s. - drie vragen gesteld die zien op, kort gezegd, de uitleg van het begrip “mededeling aan het publiek”.

7.9. Nu de rechtbank niet zal terugkomen op haar bindende eindbeslissingen (vergelijk r.o. 7.2. tot en met 7.7.), zijn de vragen die partijen hebben voorgelegd met betrekking tot de toepasselijkheid van de Softwarerichtlijn op het onderhavige geschil en de uitleg van “mededeling aan het publiek” in de desbetreffende artikelen van de Auteursrechtlijn niet meer relevant. De rechtbank zal deze vragen dan ook niet overnemen. Voor zover vraag 2 van NUV/GAU tevens ziet op “distributie

²⁰ Hoge Raad 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4805, r.o. 3.3

onder het publiek”, verwijst de rechtbank naar de “Beoordeling commentaar op vraag 1” zoals hieronder geformuleerd.

Beoordeling commentaar op vraag 1

7.10. Op basis van de hiervoor onder 6.2. geciteerde overwegingen heeft de rechtbank in het tussenvonnis voorgesteld als eerste de volgende prejudiciële vraag te stellen:

1. Dient artikel 4 lid 1 van de Auteursrechtlijn 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 de houder van het auteursrecht een vergoeding verkrijgt die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk?

7.11. NUV/GAU suggereert om in de vraagstelling te verduidelijken dat sprake is van het “via internet” of “online” ter beschikking stellen van e-books. Daarmee wordt volgens NUV/GAU de relatie gelegd met overweging 28 en 29 van de Arl, waardoor het HvJEU een antwoord zal moeten geven op de vraag of het distributierecht beperkt is tot tastbare zaken.

7.12. De rechtbank neemt dit voorstel niet over. Naar het oordeel van de rechtbank maakt de huidige formulering voldoende duidelijk op welke wijze van terbeschikkingstelling de vraag betrekking heeft. Dat overweging 29 Arl relevant zou kunnen zijn voor de beantwoording van die vraag, volgt voldoende uit de in 5.29. weergegeven overweging uit het tussenvonnis.

7.13. De rechtbank begrijpt uit de wijze waarop NUV/GAU haar eigen vragen heeft geformuleerd, dat zij de rechtbank verzoekt in de door de rechtbank voorgestelde vraag 1 het zinsdeel “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?” te schrappen. NUV/GAU stelt daartoe - verkort weergegeven - dat dit zinsdeel geen onderdeel is van de definitie van het distributierecht in artikel 4 lid 1 (of lid 2) Arl. Daarnaast is er op zijn minst discussie of het juist is dat de houder een vergoeding verkrijgt die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk. Volgens NUV/GAU is in de huidige prijs van e-books niet verdisconteerd dat één en hetzelfde e-book vele malen kan worden doorverkocht.

7.14. De rechtbank zal de suggestie van NUV/GAU niet overnemen, nu de opname van het betreffende zinsdeel is gebaseerd op de bindende eindbeslissing van de rechtbank in de onder 6.2. geciteerde overwegingen 5.25. en 5.26. uit het tussenvonnis. Die houdt kort gezegd in dat van een verkoop in de zin van artikel 4 lid 1 en 2 Arl slechts sprake kan zijn bij betaling van een reële vergoeding. Deze beslissing is - onder meer - gebaseerd op de constatering dat partijen er vóór het tussenvonnis beiden vanuit gingen dat, zo de verkoop van een e-book al aan te merken zou zijn als een distributiehandeling, die eis in ieder geval gold. Voor zover NUV/GAU de rechtbank verzoekt - op basis van de thans door haar gegeven nadere toelichting - terug te komen van deze bindende eindbeslissing, gaat de rechtbank hieraan voorbij met verwijzing naar r.o. 7.6.

Beoordeling commentaar op vraag 2

7.15. De tweede vraag die de rechtbank heeft voorgesteld, luidt als volgt:

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 de Auteursrechtlijn in de Unie uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht 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?

7.16. Met verwijzing naar r.o. 7.13. en 7.14. zal de rechtbank de suggestie van NUV/GAU om het zinsdeel met betrekking tot de prijs te schrappen en het HvJEU aan de hand van de “omstandigheden uit het hoofdgeding” zelf relevante voorwaarden te laten formuleren, niet overnemen.

Beoordeling commentaar op vraag 3 en 4

7.17. De derde en vierde vraag die de rechtbank bij het tussenvonnissen heeft voorgesteld, luiden als volgt:

3. Dient artikel 2 van de Auteursrechtlijn aldus te worden uitgelegd, dat een rechtmatige overdracht tussen opvolgende verkrijgers van het 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?
4. Dient artikel 5 van de Auteursrechtlijn aldus te worden uitgelegd dat de auteursrechthebbende zich niet meer kan verzetten tegen de voor een rechtmatige overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het exemplaar ter zake waarvan het distributierecht is uitgeput?

7.18. Volgens NUV/GAU is van belang - samengevat - dat het uitputtingsbeginsel in artikel 4 lid 2 Arl slechts een uitzondering is op het distributierecht en niet op het

reproductierecht en dat de Arl, anders dan de Softwarerichtlijn, niet voorziet in een uitzondering voor rechtmatige verkrijgers. Om duidelijkheid te verkrijgen over de wijze waarop moet worden omgegaan met het reproductierecht, moet - anders dan de rechtbank thans doet - in de vraagstelling onderscheiden worden tussen de verschillende reproductiehandelingen, omdat het niet vanzelfsprekend is dat alle reproductiehandelingen onder dezelfde uitzondering in de Arl vallen. Voorts zou in de vraagstelling niet tot uitgangspunt moeten worden genomen dat alle reproducties worden gemaakt in het kader van een "rechtmatige overdracht", nu het maar de vraag is of sprake is van een rechtmatige overdracht als inbreuk wordt gemaakt op het reproductierecht. De rechtbank neemt ten slotte "een toestemming" op in de vraagstelling, waarbij niet duidelijk is op wiens toestemming wordt gedoeld en feitelijk vaststaat dat een dergelijke toestemming van de rechthebbende nu juist ontbreekt. Daarom geeft NUV/GAU de rechtbank in overweging in twee verschillende vragen te onderscheiden in "de reproductie van e-books op de server van degene die de e-books ter beschikking stelt" en "de reproductie van e-books op de computer van de internetgebruiker (de download) vanaf de server van degene die de e-books ter beschikking stelt". In beide vragen dient slechts aan de orde te komen of de voornoemde handelingen onder artikel 2 Arl vallen en zo ja, of deze handelingen geoorloofd zijn op grond van een beperking opgenomen in artikel 5 Arl of anderszins, waarbij het HvJEU zelf dient aan te geven welke omstandigheden uit het hoofdgeding voor dat oordeel relevant zijn.

7.19. De rechtbank constateert dat NUV/GAU in de door haar gesuggereerde vraagstellingen heeft verzuimd tot uitgangspunt te nemen dat het distributierecht is uitgeput. Van dit uitgangspunt moet worden uitgegaan, nu het HvJEU slechts aan beantwoording van de derde en/of vierde door de rechtbank voorgestelde vraag toekomt als de tweede vraag met betrekking tot uitputting van het distributierecht bevestigend wordt beantwoord. Wanneer het HvJEU de tweede vraag bevestigend beantwoordt, betekent dat dat is beslist dat het distributierecht niet enkel ziet op tastbare zaken (vergelijk de onder 6.2. in 5.28. en 5.29. geciteerde overwegingen uit

het tussenvonnis). In dat geval heeft de rechtbank al bij tussenvonnis beslist dat bij de eerste verhandeling van een e-book door of met toestemming van de auteursrechthebbende via een retailer aan een verkrijger sprake is van eigendomsoverdracht (zie de onder 6.2. in 5.25. tot en met 5.27. geciteerde overwegingen uit het tussenvonnis). De rechtbank neemt de door NUV/GAU geformuleerde vragen dan ook niet over.

7.20. De rechtbank neemt wel de suggestie over om in de door haarzelf voorgestelde vragen 3 en 4, in de vraagstelling niet te spreken van een “rechtmatige overdracht”. Kennelijk valt NUV/GAU over deze term omdat in haar visie bij een doorverkoop van een rechtmatig verkregen exemplaar de auteursrechthebbende zich op grond van zijn reproductierecht wel zou kunnen verzetten en er zo beschouwd van een rechtmatige overdracht geen sprake is. De rechtbank begrijpt het standpunt van NUV/GAU aldus, dat daaraan niet afdoet dat bij de eerste verkoop door de retailer toestemming is verkregen van de auteursrechthebbende voor zowel distributie als reproductie. De rechtbank zal de term “rechtmatige overdracht” daarom wijzigen in “overdracht” en tegelijkertijd de term “exemplaar” wijzigen in “rechtmatig verkregen exemplaar”. Dit laatste om te benadrukken dat het bij de derde en vierde vraag gaat om een exemplaar waarvan de eerste verkoop plaatsvond met toestemming van de auteursrechthebbende, anders gezegd dat het niet gaat om een illegale kopie. De rechtbank zal het HvJEU voorts vragen of en, zo ja, welke voorwaarden er gelden voor het aldaar bedoelde rechtmatig gebruik.

7.21. De rechtbank volgt NUV/GAU niet in haar suggestie dat niet duidelijk zou zijn waar “toestemming” in vraag 3 op ziet. In artikel 2 Arl is - verkort weergegeven - opgenomen dat lidstaten ervoor zorgen dat (onder andere) auteurs het uitsluitende recht verkrijgen reproductie van hun werken toe te staan of te verbieden. De vraag aan het HvJEU is of de woorden “toe te staan” in dit artikel zien op de toestemming die de auteursrechthebbende al heeft gegeven in het kader van de distributie. Ten slotte verwerpt de rechtbank de suggestie van NUV/GAU dat in de vraagstelling

onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende reproductiehandelingen. Nu de rechtbank bij tussenvonnis reeds heeft overwogen dat de eerste reproductiehandeling geoorloofd is (vergelijk de onder 6.2. in 5.19. geciteerde overweging uit het tussenvonnis), dat naar voorlopig oordeel de tweede reproductiehandeling eveneens geoorloofd is, wanneer het donerende lid van Toms Leesclub zich op uitputting van het distributierecht kan beroepen (zie de onder 6.2. in 5.20. geciteerde overweging uit het tussenvonnis) en dat de derde reproductiehandeling ongeoorloofd is (vergelijk de onder 6.2. in 5.22. geciteerde overweging uit het tussenvonnis), is het voor de uiteindelijke beoordeling van het geschil niet nodig om in de vraagstelling aan het Hof een onderscheid in reproductiehandelingen aan te brengen.

Het voorgaande betekent dat de rechtbank vasthoudt aan de door haar voorgestelde formulering van de vragen 3 en 4, met dien verstande dat de woorden “rechtmatige overdracht” in de vragen 3 en 4 worden gewijzigd in “overdracht”, de term “exemplaar” in “rechtmatig verkregen exemplaar” en de rechtbank het HvJEU zal vragen of en, zo ja, welke voorwaarden er gelden voor de bevestigende beantwoording van die vragen.

8. De vragen

8.1. Gelet op het voorgaande zal de rechtbank de volgende prejudiciële vragen voorleggen aan het Hof:

1. Dient artikel 4 lid 1 van de Auteursrechtlijn 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

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 de Auteursrechtlijn 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 de Auteursrechtlijn 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 de Auteursrechtlijn 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?

9. De beslissing

De rechtbank

9.1. verzoekt het HvJEU om een prejudiciële beslissing over de hiervoor onder
8.1. geformuleerde vragen,

9.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.Th. van Walderveen, mr. F.M. Bus en mr. M.P.M.
Loos en in het openbaar uitgesproken op 28 maart 2018.

