

Europa

Computerrecht 2020/133

Hof van Justitie van de Europese Unie 19 december 2019, nr. C-263/18

(Mrs. K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, A. Arabadjiev, A. Prechal, M. Vilaras, P.G. Xuereb, L.S. Rossi, I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, C. Lycourgos en N. Piçarra) m.nt. mr. J.R. Torenbosch & mr. J.J.H. Vos¹

(Art. 3 lid 1 en art. 4 Richtlijn 2001/29/EG)

ECLI:EU:C:2019:697

ECLI:EU:C:2019:1111

Verkoop van e-books: distributiehandeling, waardoor uitputting heeft plaatsgevonden, of een mededeling aan het publiek, waardoor wederverkoop in principe kan worden verboden? Het Hof van Justitie overweegt dat sprake is van een mededeling aan het publiek en niet van distributie. Uitputting vindt daardoor niet plaats, waardoor Tom Kabinet voor de doorverkoop van e-books onderworpen is aan de toestemming van de auteursrechthebbende.

Arrest in de zaak van NUV/Tom Kabinet

(...)

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

20 NUV en GAU zijn verenigingen die ten doel hebben de belangen van de Nederlandse uitgeverij te behartigen. Verschillende uitgeverijen hebben hun volmachten verleend om hen in rechte te vertegenwoordigen ter bescherming en handhaving van de auteursrechten die aan hen in exclusieve licentie zijn gegeven door de auteursrechthebbenden.

21 Tom Kabinet Holding is de enige aandeelhouder van Tom Kabinet Uitgeverij (een uitgeverij van boeken, e-books en databanken) en Tom Kabinet. Laatstgenoemde vennootschap beheert een website met, sinds 24 juni 2014, een onlinedienst die bestaat in een virtuele marktplaats voor 'tweedehands' e-books.

22 Op 1 juli 2014 hebben NUV en GAU met betrekking tot deze onlinedienst bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (Nederland) op grond van de Auteurswet een procedure aanhangig gemaakt tegen Tom Kabinet, Tom Kabinet Holding en Tom Kabinet Uitgeverij. De rechtbank Amsterdam heeft hun vordering afgewezen op grond dat voorshands onvoldoende aanne-

melijk was dat sprake was van inbreuk op auteursrechten.

23 Tegen dit vonnis hebben NUV en GAU hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam (Nederland). Bij arrest van 20 januari 2015 heeft deze rechter dit oordeel bevestigd, maar Tom Kabinet wel verboden om een onlinedienst voor de verkoop van illegaal gedownloade e-books aan te bieden. Tegen dit arrest is geen cassatieberoep ingesteld.

24 Vanaf 8 juni 2015 heeft Tom Kabinet haar tot dan aangeboden diensten gewijzigd en vervangen door 'Toms Leesclub' waarbij Tom Kabinet optreedt als handelaar in e-books. Toms Leesclub biedt aan haar leden tegen een bepaald bedrag 'tweedehands' e-books aan die ofwel door Tom Kabinet zijn aangekocht ofwel door de leden van deze club aan Tom Kabinet zijn gedoneerd. In dit laatste geval moeten de leden de downloadlink van het betreffende boek verstrekken en verklaren dat zij geen kopie van dit boek hebben bewaard. Tom Kabinet downloadt vervolgens het e-book van de website van de handelaar en plaatst daarop haar eigen watermerk waarmee zou kunnen worden aangetoond dat het om een legaal aangeschaft exemplaar gaat.

25 De via Toms Leesclub verkrijgbare e-books konden aanvankelijk worden aangeschaft voor een vaste prijs van 1,75 EUR per e-book. Na betaling kon het lid het e-book downloaden van de website van Tom Kabinet en later weer aan Tom Kabinet terugverkopen. Voor het lidmaatschap van Toms Leesclub moest het lid een maandelijkse lidmaatschapsbijdrage van 3,99 EUR betalen. Leden kregen voor elk gedoneerd e-book 0,99 EUR korting op de lidmaatschapsbijdrage voor de volgende maand.

26 Sinds 18 november 2015 hoeft voor het lidmaatschap van Toms Leesclub geen maandelijkse bijdrage meer te worden betaald. Elk e-book kost voortaan 2 EUR. De leden van Toms Leesclub hebben nu ook 'credits' nodig om binnen deze club een e-book te kunnen aanschaffen. Zij kunnen deze credits verkrijgen door aan deze club een e-book te doneren of te verkopen. Dergelijke credits kunnen ook worden aangeschaft bij de bestelling.

27 NUV en GAU hebben bij de rechtbank Den Haag (Nederland) gevorderd dat Tom Kabinet, Tom Kabinet Holding en Tom Kabinet Uitgeverij op straffe van een dwangsom wordt verboden inbreuk te maken op de auteursrechten van hun leden door de beschikbaarstelling en/of reproductie van e-books. In het bijzonder zijn zij van mening dat de handelwijze van Tom Kabinet in het kader van Toms Leesclub een ongeoorloofde mededeling aan het publiek van e-books vormt.

28 In een tussenvonnis van 12 juli 2017 heeft de verwijzende rechter geoordeeld dat de aan de orde zijnde e-books moeten worden aangemerkt als 'werken' in de zin van richtlijn 2001/29 en dat Tom Kabinet aanbod van deze werken in omstandigheden zoals in het hoofdgeding geen mededeling ervan aan het publiek vormt als bedoeld in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn.

¹ Jorn Torenbosch en Joris Vos zijn recent afgestudeerd aan de Rijksuniversiteit Groningen.

29 De verwijzende rechter merkt evenwel op dat niet evident is welk antwoord gegeven moet worden op de vragen of het tegen betaling of afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd beschikbaar 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. De verwijzende rechter vraagt zich tevens af of de auteursrechtelijke zich bij wederverkoop van een e-book op grond van artikel 2 van deze richtlijn nog kan verzetten tegen de voor een rechtmatige overdracht tussen opvolgende verkrijgers noodzakelijke reproductiehandelingen van het exemplaar ter zake waarvan het distributierecht in voorkomend geval is uitgeput. Het antwoord op deze vraag lijkt evenmin te volgen uit de bestaande rechtspraak van het Hof.

30 In die omstandigheden heeft de rechtbank Den Haag 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 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 auteursrechtelijke 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?’

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

31 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof tot taak heeft de nationale rechter een antwoord te geven dat nuttig is voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding. Daartoe dient het Hof de hem voorgelegde vragen in voorkomend geval te herformuleren. Het Hof heeft immers tot taak alle Unierechtelijke bepalingen uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in de door die rechterlijke instanties gestelde vragen (arrest van 13 september 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Het Hof kan daartoe uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van Unierecht putten die, gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven (arrest van 13 september 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Hoewel de verwijzende rechter met zijn eerste vraag het Hof in essentie vraagt of onder de uitdrukking ‘elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van [...] werken [van auteurs] of kopieën daarvan door verkoop of anderszins’ in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 mede is te verstaan ‘het [tegen betaling] op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbeperkte tijd ter beschikking stellen van e-books’, blijkt uit de motivering van de verwijzingsbeslissing dat in het kader van het bij deze rechter aanhangige geding de vraag rijst of de levering van een voor onbeperkte tijd te gebruiken e-book via een downloadlink een distributiehandeling is in de zin van dit artikel 4, lid 1, of dat een dergelijke levering valt onder het begrip ‘mededeling [...] aan het publiek’ in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn. Het kernpunt van deze vraag in het hoofdgeding is of een dergelijke levering valt onder de in artikel 4, lid 2, van deze richtlijn voorziene regel van uitputting van het distributierecht of dat deze juist daarbuiten valt, zoals in artikel 3, lid 3, van dezelfde richtlijn uitdrukkelijk is bepaald met betrekking tot het recht van mededeling aan het publiek.

34 Gelet op deze overwegingen moet de eerste vraag aldus worden geherformuleerd dat de verwijzende rechter daarmee in wezen wenst te vernemen of de levering van een voor onbeperkte tijd te gebruiken e-book via een downloadlink valt onder het begrip 'mededeling [...] aan het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 of onder het begrip 'distributie onder het publiek' in artikel 4, lid 1, van deze richtlijn.

35 Zoals volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 genieten auteurs 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.

36 In artikel 4, lid 1, van deze richtlijn wordt bepaald dat auteurs beschikken over 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 en volgens artikel 4, lid 2, van deze richtlijn is een dergelijk recht uitgeput wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Unie geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.

37 Noch aan de hand van deze bepalingen noch aan de hand van enige andere bepaling van richtlijn 2001/29 kan, uitsluitend gelet op de bewoordingen ervan, worden vastgesteld of de levering van een voor onbeperkte tijd te gebruiken e-book via een downloadlink een mededeling aan het publiek vormt, in het bijzonder een beschikbaarstelling van een werk op zodanige wijze dat dit voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, of een distributiehandeling in de zin van deze richtlijn.

38 Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan deze bepaling deel uitmaakt en, in voorkomend geval, de ontstaansgeschiedenis ervan (zie in die zin arresten van 20 december 2017, *Acacia en D'Amato*, C-397/16 en C-435/16, EU:C:2017:992, punt 31, en 10 december 2018, *Wightman e.a.*, C-621/18, EU:C:2018:999, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De bepalingen van Unierecht moeten bovendien zo veel mogelijk worden uitgelegd tegen de achtergrond van het internationaal recht, met name wanneer dergelijke bepalingen strekken tot tenuitvoerlegging van een door de Unie gesloten internationale overeenkomst (arresten van 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 35; 13 mei 2015, *Dimensione Direct Sales en Labianca*, C-516/13, EU:C:2015:315, punt 23, en 19 december 2018, *Syed*, C-572/17, EU:C:2018:1033, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat met richtlijn 2001/29, zoals blijkt uit overweging 15 ervan, met name wordt beoogd een aantal van de krachtens het

WCT op de Unie rustende verplichtingen na te komen. Hieruit volgt dat de begrippen 'mededeling [...] aan het publiek' en 'distributie onder het publiek' van artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van deze richtlijn zo veel mogelijk moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de definities in respectievelijk artikel 8 en artikel 6, lid 1, WCT (zie in die zin arresten van 17 april 2008, *Peek & Cloppenburg*, C-456/06, EU:C:2008:232, punt 31, en 19 december 2018, *Syed*, C-572/17, EU:C:2018:1033, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 In dit verband wordt in artikel 6, lid 1, WCT het distributierecht gedefinieerd als het uitsluitende recht van auteurs 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. Uit de bewoordingen van de overeengekomen verklaringen betreffende de artikelen 6 en 7 WCT volgt dat '[o]nder 'het origineel en kopieën' en 'exemplaren' [...] die overeenkomstig deze artikelen het voorwerp van het verspreidingsrecht en het verhuurrecht vormen, [...] uitsluitend [wordt] verstaan vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht', zodat dit artikel 6, lid 1, niet van toepassing kan zijn op de distributie van immateriële werken, zoals e-books.

41 De toelichting op het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij van 10 december 1997 [COM(97) 628 def.; hierna 'voorstel voor een richtlijn'] dat aan de basis van richtlijn 2001/29 ligt, sluit bij deze vaststelling aan. Hierin wordt immers opgemerkt dat de formulering 'met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van [de] werken [van auteurs] dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip' die voorkomt in artikel 8 WCT en in essentie is overgenomen in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, het voorstel weergeeft dat de Europese Gemeenschap en haar lidstaten tijdens de onderhandelingen hierover hebben gedaan en dat betrekking heeft op 'interactieve activiteit'.

42 In de tweede plaats heeft de Europese Commissie in deze toelichting op het voorstel voor een richtlijn tevens benadrukt dat dit voorstel 'tegelijktijd een kans [biedt] om coherente gelijke omstandigheden tot stand te brengen voor de elektronische en de materiële distributie van beschermd materiaal en om een duidelijk onderscheid tussen beide te maken'.

43 In deze context heeft de Commissie opgemerkt dat de interactieve 'transmissie-op-aanvraag' een nieuwe vorm van exploitatie van intellectuele eigendom is die volgens de lidstaten moest vallen onder de werkingssfeer van het recht om toezicht uit te oefenen op de mededeling aan het publiek. Zij verduidelijkte daarbij dat het distributierecht, dat uitsluitend van toepassing is op de distributie

van materiële kopieën, naar algemeen wordt aanvaard niet op deze transmissie van toepassing is.

44 In deze toelichting heeft de Commissie ook toegevoegd dat de uitdrukking ‘mededeling aan het publiek’ van een werk ook betrekking heeft op interactieve ‘transmissie-op-aanvraag’. Zodoende bevestigde zij dat het recht van mededeling aan het publiek ook geldt wanneer verschillende personen tussen wie geen onderlinge relatie bestaat (leden van het publiek), individueel op verschillende plaatsen en tijdstippen toegang kunnen verkrijgen tot een werk dat het publiek op een website kan raadplegen. Daarbij verduidelijkte de Commissie dat onder dit recht alle mededelingen vallen ‘die niet bestaan in de distributie van materiële kopieën’, terwijl fysieke kopieën die in de vorm van tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht, op hun beurt onder het distributierecht vallen.

45 Uit deze toelichting volgt dus dat met het voorstel voor een richtlijn werd beoogd ervoor te zorgen dat elke mededeling aan het publiek van een werk, uitgezonderd de distributie van materiële kopieën ervan, valt onder het begrip ‘mededeling [...] aan het publiek’ in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 en niet onder het begrip ‘distributie onder het publiek’ zoals bedoeld in artikel 4, lid 1, van deze richtlijn.

46 In de derde plaats moet worden opgemerkt dat deze uitlegging wordt gestaafd door het doel van deze richtlijn zoals dat is weergegeven in de considerans ervan en zoals dat blijkt uit de context van artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van deze richtlijn.

47 Uit de overwegingen 2 en 5 van richtlijn 2001/29 volgt immers dat die richtlijn ertoe strekt op het niveau van de Unie algemene, soepele rechtsregels tot stand te brengen ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij, alsook het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten aan te passen en aan te vullen teneinde te kunnen reageren op de technologische ontwikkeling die nieuwe exploitatievormen van beschermde werken in het leven heeft geroepen (arrest van 24 november 2011, *Circul Globus București*, C-283/10, EU:C:2011:772, punt 38).

48 Bovendien volgt uit de overwegingen 4, 9 en 10 van deze richtlijn dat deze als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen (zie in die zin arrest van 19 november 2015, *SBS Belgium*, C-325/14, EU:C:2015:764, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Om dit doel te bereiken moet aan het begrip ‘mededeling [...] aan het publiek’, zoals wordt benadrukt in overweging 23 van richtlijn 2001/29, een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan en dient dit begrip zich derhalve uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met

inbegrip van uitzending (zie in die zin arresten van 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 36, en 13 februari 2014, *Svensson e.a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 Overweging 25 van deze richtlijn voegt toe dat de door de richtlijn erkende rechthebbenden een uitsluitend recht hebben om hun werken 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.

51 Bovendien staat in de overwegingen 28 en 29 van richtlijn 2001/29 over het distributierecht vermeld dat dit recht het uitsluitende recht omvat om zeggenschap ‘over de distributie van het werk uit te oefenen wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd’, en dat het vraagstuk van de uitputting van het recht niet rijst in het geval van diensten en in het bijzonder onlinediensten, waarbij wordt verduidelijkt dat, anders dan bij een cd-rom of een cd-i, waarbij de intellectuele eigendom in een materiële drager, dus in een zaak, is belichaamd, elke onlinedienst in feite een handeling is die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.

52 In de vierde plaats volgt een uitlegging van het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 bedoelde distributierecht volgens welke dit recht uitsluitend van toepassing is op de distributie van werken die zich op een materiële drager bevinden, eveneens uit de wijze waarop het Hof artikel 4, lid 2, van deze richtlijn, betreffende de uitputting van dat recht, heeft uitgelegd, daar het immers heeft geoordeeld dat de wetgever van de Unie, met het gebruik van de woorden ‘tastbare zaak’ en ‘die zaak’ in overweging 28 van deze richtlijn, auteurs zeggenschap heeft willen geven over de eerste verhandeling in de Unie van elke tastbare zaak waarin hun intellectuele schepping is belichaamd (arrest van 22 januari 2015, *Art & Allposters International*, C-419/13, EU:C:2015:27, punt 37).

53 Inderdaad heeft het Hof, zoals de verwijzende rechter opmerkt, met betrekking tot de uitputting van het distributierecht van kopieën van computerprogramma's, bedoeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 geoordeeld dat uit deze bepaling niet volgt dat die uitputting zich enkel uitstrekt tot kopieën van computerprogramma's op een fysieke drager, maar dat veeleer ervan moet worden uitgegaan dat die bepaling, die zonder nadere precisering verwijst naar de ‘verkoop van een computerprogramma’, geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van de betrokken kopie (arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punt 55).

54 Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt en zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie benadrukt, is een e-book echter geen computerprogramma, zodat de specifieke bepalingen van richtlijn 2009/24 niet hoeven te worden toegepast.

55 Om te beginnen vormt richtlijn 2009/24, die specifiek de bescherming van computerprogramma's betreft, zoals het Hof uitdrukkelijk heeft aangegeven in de punten 51 en 56 van het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), een *lex specialis* ten opzichte van richtlijn 2001/29. De relevante bepalingen van richtlijn 2009/24 tonen duidelijk aan dat de wetgever van de Unie voor de door deze richtlijn geboden bescherming materiële en immateriële kopieën van een computerprogramma heeft willen gelijkstellen, zodat de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 bedoelde uitputting van het distributierecht geldt voor al deze kopieën (zie in die zin arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, punten 58 en 59).

56 Voor de relevante bepalingen van richtlijn 2001/29 heeft de Uniewetgever bij de vaststelling van deze richtlijn echter niet die gelijkstelling van materiële en immateriële kopieën van beschermd werken gewenst. Zoals in herinnering is gebracht in punt 42 van dit arrest, volgt immers uit de ontstaansgeschiedenis ervan dat een duidelijk onderscheid werd gewenst tussen de elektronische en de materiële distributie van beschermd materiaal.

57 Voorts heeft het Hof in punt 61 van het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), opgemerkt dat de verkoop van een computerprogramma op een materiële drager en de verkoop van een computerprogramma door download van internet economisch gezien vergelijkbaar zijn. De overdracht online is immers functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiële drager, zodat de uitlegging van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 in het licht van het beginsel van gelijke behandeling rechtvaardigt dat deze beide overdrachtvormen op vergelijkbare wijze worden behandeld.

58 Er kan echter niet van worden uitgegaan dat het leveren van een boek op een materiële drager en het leveren van een e-book vanuit economisch en functioneel oogpunt gelijkwaardig zijn. Zoals de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie immers heeft opgemerkt, gaat de kwaliteit van gedematerialiseerde digitale kopieën, anders dan boeken op een materiële drager, door het gebruik niet achteruit, zodat tweedehands kopieën perfecte vervangers voor nieuwe kopieën vormen. Bovendien vergt de uitwisseling van dergelijke kopieën geen extra inspanningen of kosten, zodat een parallelle tweedehandsmarkt waarschijnlijk veel meer gevolgen zal hebben voor het belang van de rechthebbenden om een passende vergoeding voor hun werken te krijgen dan het geval is bij de tweedehandsmarkt voor tastbare voorwerpen, hetgeen in strijd is met het doel dat in punt 48 van dit arrest in herinnering is gebracht.

59 Zelfs indien een e-book moet worden beschouwd als complex materiaal (zie in die zin arrest van 23 januari 2014, *Nintendo e.a.*, C-355/12, EU:C:2014:25, punt 23) dat zowel een beschermd werk bevat als een computerprogramma dat door richtlijn 2009/24 kan worden beschermd, moet worden vastgesteld dat een dergelijk computerprogramma slechts ondergeschikt is aan de inhoud

van een dergelijk boek. Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is een e-book immers beschermd wegens de inhoud ervan. Die inhoud moet dus worden beschouwd als het wezenlijke element ervan, zodat de omstandigheid dat een e-book voorzien kan zijn van een computerprogramma om het te kunnen lezen, niet kan leiden tot de toepassing van dergelijke specifieke bepalingen.

60 De verwijzende rechter zet nog uiteen dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding bij de levering van een e-book niet wordt voldaan aan de voorwaarden waaronder een levering volgens het Hof kan worden beschouwd als een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. In het bijzonder merkt de verwijzende rechter op dat, ten eerste, doordat de inhoud van het beschermde werk niet openbaar wordt gemaakt wanneer het e-book te koop wordt aangeboden op het platform van de *Toms Leesclub*, er geen sprake kan zijn van een handeling bestaande in een mededeling. Ten tweede is er geen sprake van een publiek, aangezien het e-book slechts voor één lid van de leesclub beschikbaar wordt gesteld.

61 In dit verband komt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 naar voren dat het begrip 'mededeling [...] aan het publiek' twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, namelijk een handeling bestaande in een mededeling van een werk en de mededeling daarvan aan een publiek (arrest van 14 juni 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 Met betrekking tot, in de eerste plaats, de vraag of bij de levering van een e-book zoals in het hoofdgeding, sprake is van een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet worden opgemerkt dat, zoals in herinnering is gebracht in punt 49 van dit arrest, het begrip 'mededeling [...] aan het publiek' in de zin van laatstgenoemde bepaling, zich uitstrekt tot elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek, per draad of draadloos.

63 Bovendien heeft het Hof met betrekking tot het begrip 'beschikbaarstelling [...] voor het publiek' in de zin van deze bepaling, dat valt onder het ruimere begrip 'mededeling [...] aan het publiek', geoordeeld dat een handeling alleen als handeling bestaande in beschikbaarstelling aan het publiek kan worden beschouwd, als die voldoet aan beide in die bepaling gestelde voorwaarden, namelijk het bedoelde publiek in staat stellen toegang te hebben tot het beschermde materiaal in kwestie op een individueel gekozen plaats én een individueel gekozen tijdstip (zie in die zin arrest van 26 maart 2015, *C More Entertainment*, C-279/13, EU:C:2015:199, punten 24 en 25), zonder dat van beslissend belang is of de leden van dit publiek gebruikmaken van die mogelijkheid (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Wat meer in het bijzonder de beschikbaarstelling betreft van een beschermd werk of een beschermd voorwerp voor het publiek op een zodanige wijze dat het voor iedereen toegankelijk is op de individueel door hem gekozen plaats en tijd, is volgens de toelichting op het voorstel voor een richtlijn 'de beslissende handeling het 'voor het publiek beschikbaar stellen van het werk', d.w.z. het aanbieden van het werk op een openbaar toegankelijke site, hetgeen voorafgaat aan het stadium van de daadwerkelijke 'transmissie-op-aanvraag' van het werk' en doet '[h]et [...] niet ter zake of het werk daadwerkelijk door iemand is opgevraagd of niet'.

65 In het onderhavige geval staat vast dat Tom Kabinet de betreffende werken beschikbaar stelt aan eenieder die zich aanmeldt bij de website van Toms Leesclub en dat deze personen dus op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang kunnen hebben tot die werken, zodat de levering van een dergelijke dienst moet worden beschouwd als de mededeling van een werk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, zonder dat die personen gebruik hoeven te maken van die mogelijkheid door het e-book daadwerkelijk van die website op te halen.

66 In de tweede plaats kunnen beschermde werken slechts onder het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zin van deze bepaling vallen wanneer zij daadwerkelijk aan een publiek worden medegedeeld (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarbij deze mededeling ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers (arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Uit de toelichting op het voorstel voor een richtlijn volgt tevens dat het recht van mededeling aan het publiek, zoals in herinnering is gebracht in punt 44 van dit arrest, ook geldt wanneer verschillende personen tussen wie geen onderlinge relatie bestaat (leden van het publiek), individueel op verschillende plaatsen en tijdstippen toegang kunnen verkrijgen tot een werk dat het publiek op een website kan raadplegen, en dat het publiek bestaat uit de individuele leden ervan.

68 In dit verband heeft het Hof reeds de gelegenheid gehad om te verduidelijken dat het begrip 'publiek' een bepaalde de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein aantal betrokkenen niet onder dit begrip valt, en dat voorts in overweging moet worden genomen wat de cumulatieve gevolgen zijn als een beschermd werk door middel van downloaden beschikbaar wordt gesteld aan potentiële ontvangers. Derhalve moet met name rekening worden gehouden met het aantal personen dat tegelijkertijd toegang heeft tot hetzelfde werk, maar ook met het aantal dat daar achtereenvolgens toegang toe kan hebben (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Gelet op de in punt 65 van dit arrest genoemde omstandigheid dat iedere belangstellende lid kan worden van Toms Leesclub, en gelet op het ontbreken, op het platform van die club, van een technische maatregel waardoor kan worden gewaarborgd dat gedurende de periode waarin de gebruiker van een werk daadwerkelijk toegang heeft tot het werk, slechts één exemplaar van een werk kan worden gedownload en dat de gebruiker de door hem gedownload kopie na het verstrijken van die periode niet langer kan gebruiken (zie naar analogie arrest van 10 november 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken, C-174/15, EU:C:2016:856), moet in het onderhavige geval worden vastgesteld dat een aanzienlijk aantal personen tegelijkertijd of achtereenvolgens via dit platform toegang kan krijgen tot hetzelfde werk. Onder voorbehoud van een toetsing door de verwijzende rechter waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante gegevens, moet het betrokken werk derhalve worden beschouwd als medegedeeld aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

70 Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat een beschermd werk, om te kunnen spreken van een mededeling aan het publiek, moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek dat door de auteursrechthebbers nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 Aangezien de beschikbaarstelling van een e-book in het algemeen, zoals NUV en GAU hebben opgemerkt, gepaard gaat met een gebruikerslicentie waarmee het de gebruiker die het betrokken e-book heeft gedownload, alleen is toegestaan dit e-book op zijn eigen apparatuur te lezen, moet in het onderhavige geval worden vastgesteld dat een mededeling als die van Tom Kabinet is gericht tot een publiek dat de auteursrechthebbers niet reeds in aanmerking hadden genomen, en dus tot een nieuw publiek in de zin van de in het vorige punt van dit arrest aangehaalde rechtspraak.

72 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de levering aan het publiek van een voor onbeperkte tijd te gebruiken e-book via een downloadlink valt onder het begrip 'mededeling [...] aan het publiek' en, meer in het bijzonder, onder het begrip 'beschikbaarstelling van [...] werken [van auteurs] voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

Tweede tot en met vierde vraag

73 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, hoeven de tweede tot en met de vierde vraag niet te worden beantwoord.

(...)

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

De levering aan het publiek van een voor onbeperkte tijd te gebruiken e-book via een downloadlink valt onder het begrip ‘mededeling [...] aan het publiek’ en, meer in het bijzonder, onder het begrip ‘beschikbaarstelling van [...] werken [van auteurs] voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn’ in de zin van artikel 3, lid 1, 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.

Noot**Inleiding**

1. De vraag of de tweedehandsverkoop van een e-book mogelijk is, is lang onderwerp van discussie geweest. Voor zowel een ontkennend als een bevestigend antwoord op deze vraag zijn goede argumenten aan te dragen. In *Tom Kabinet* heeft het Hof van Justitie een knoop doorgehakt.

2. Ingevolge Richtlijn 2001/29/EG (vanaf nu: de Auteursrechtlijn) komt de auteursrechtelijke een tweetal uitsluitende rechten toe: het recht om zijn werk mede te delen aan het publiek (artikel 3 Auteursrechtlijn) en het recht om het werk te distribueren onder het publiek (artikel 4 Auteursrechtlijn). Het recht van de mededeling aan het publiek ziet op de immateriële exploitatie van het werk, het werk uitzenden, beschikbaar stellen of toegankelijk maken voor het publiek zonder dat het publiek daadwerkelijk fysiek aanwezig is. Zo kwalificeert bijvoorbeeld een concert dat wordt bijgewoond door middel van een livestream als een mededeling aan het publiek. Het distributierecht daarentegen ziet op het recht van de auteursrechtelijke om elke vorm van distributie, van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Het distributierecht betreft dus de materiële exploitatie van het werk, bijvoorbeeld de verkoop van een hardcover boek.

3. Het onderscheid tussen de mededeling aan het publiek en de distributie onder het publiek is erg belangrijk. Dit komt voor een groot deel door het bestaan van de *uitputtingsregel*, die volgens de tekst van de wet alleen van toepassing is op het distributierecht (artikel 4 lid 2 Auteursrechtlijn) en niet op het recht van de mededeling aan het publiek (artikel 3 lid 3 Auteursrechtlijn). De uitputtingsregel houdt in dat wanneer een (doorgaans fysiek) exemplaar van een werk met toestemming

van de auteursrechtelijke in het verkeer is gebracht, de auteur zich niet kan verzetten tegen de wederverkoop van dat exemplaar: zijn distributierecht voor dát exemplaar is uitgeput. Wordt bijvoorbeeld een hardcover boek met toestemming van de rechtelijke in het economisch verkeer gebracht door verkoop ervan in de boekwinkel, dan kan de rechtelijke zich niet tegen verdere verkoop van dát boek verzetten. Het staat de eigenaar van dat boek dan vrij om, als hij het boek heeft uitgelezen of om een andere reden van het boek af wil, dit boek te verkopen op bijvoorbeeld Marktplaats.

De werkwijze van Tom Kabinet

4. Het onderscheid tussen de mededeling aan het publiek en de distributie onder het publiek – en de daarmee samenhangende vraag of de uitputtingsregel van toepassing is – is in essentie wat centraal staat in de kwestie *Tom Kabinet*. Tom Kabinet is een platform dat de tweedehandsverkoop van e-books faciliteert. De e-books die te koop worden aangeboden op het platform zijn afkomstig uit twee bronnen: in de eerste plaats gaat het om e-books die Tom Kabinet zelf heeft gekocht bij retailers en vervolgens als tweedehands aanbiedt op het platform en in de tweede plaats om e-books die door gebruikers worden ‘gedoneerd’ aan Tom Kabinet. In ruil voor het doneren van e-books krijgen gebruikers credits. Met deze credits kunnen gebruikers e-books kopen die worden aangeboden op het platform. Ook is het mogelijk om een tweedehands e-book dat is gekocht op het platform later weer (terug) te doneren aan Tom Kabinet in ruil voor credits: op deze manier ‘recyclet’ Tom Kabinet als het ware de e-books die zij als tweedehands aanbiedt. In het geval een gebruiker een e-book doneert, moet deze gebruiker verklaren dat hij zelf geen (digitaal) exemplaar van het e-book overhoudt. De gebruiker moet bij een boekdonatie Tom Kabinet voorzien van een downloadlink van het e-book. Met die link downloadt Tom Kabinet dit e-book van de website van de retailer waar de gebruiker het e-book heeft gekocht. Tevens voorziet Tom Kabinet alle e-books die zij aanbiedt op het platform van een watermerk, om zo te verifiëren dat het gaat om een legaal exemplaar.

5. Het Nederlands Uitgeversverbond (NUV) en de Groep Algemene Uitgevers (GAU) zijn niet te spreken over deze handelswijze van Tom Kabinet. Zij stellen dat de handelswijze van Tom Kabinet een ongeoorloofde mededeling aan het publiek vormt. Tom Kabinet is van mening dat de e-books die zij verkoopt op het platform vallen onder het distributierecht en aldus door de eerste verkoop ervan zijn uitgeput. Dit betekent volgens Tom Kabinet dat de tweedehandsverkoop niet kan worden verboden op basis van het auteursrecht.

Het Hof van Justitie

6. Het Hof overweegt in het arrest dat de wederverkoop van e-books op het platform van Tom Kabinet een mededeling aan het publiek is en niet een distributiehandeling. De uitputtingsregel vindt daardoor geen toepas-

sing, waardoor Tom Kabinet voor de tweedehandsverkoop van e-books onderworpen is aan de toestemming van de auteursrechthebbende.

7. Het Hof legt een aantal argumenten aan deze conclusie ten grondslag in de overwegingen 39 t/m 52. Het Hof overweegt allereerst dat de Auteursrechtlijn, ingevolge overweging 15 van de considerans, mede tot doel heeft om verplichtingen na te komen uit de WIPO Copyright Treaty (vanaf nu: WCT). In het WCT wordt het distributierecht zo gedefinieerd dat het alleen van toepassing is op vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht. Ten tweede blijkt ook uit de toelichting van de Europese Commissie bij het voorstel voor de Auteursrechtlijn dat het distributierecht uitsluitend van toepassing is op materiële kopieën. In de derde plaats kijkt het Hof naar de doelstelling van de Auteursrechtlijn. De considerans bevat een aantal overwegingen die duidelijk maken dat de Auteursrechtlijn voornamelijk tot doel heeft om een hoog beschermingsniveau voor auteurs te garanderen, opdat de auteur een passende beloning krijgt voor zijn werk.² Daarom moet het begrip mededeling aan het publiek ruim worden uitgelegd. Om dezelfde reden moet het distributierecht beperkt worden uitgelegd en ziet dit recht slechts op tastbare zaken. Het Hof zet hiermee de eerdere redenering uit *Art & Allposters* voort.³

8. Wat in het bijzonder opvalt is dat het Hof veel waarde hecht aan het onderscheid tussen materiële en immateriële exemplaren. Een materieel exemplaar dat met toestemming van de auteursrechthebbende in het economisch verkeer is gebracht, valt onder het distributierecht en aldus ook onder de uitputtingsregel. Een immaterieel exemplaar, zoals een e-book, valt niet onder het distributierecht maar onder de mededeling van het publiek: de uitputtingsregel is daardoor niet van toepassing.⁴

E-books en het UsedSoft-arrest

9. Bovenstaande roept de vraag op wat precies het verschil is tussen de arresten *Tom Kabinet* en *UsedSoft*.⁵ In het *UsedSoft*-arrest heeft het Hof namelijk geoordeeld dat de verkoop van tweedehands computerprogramma's via een downloadlink zonder toestemming van de auteursrechthebbende rechtmatig is omdat sprake is van uitputting. Zoals besproken stelt het Hof in *Tom Kabinet* het tegenovergestelde ten aanzien van e-books, door te oordelen dat hier géén sprake is van uitputting.

10. Dit verschil tussen het *UsedSoft*-arrest en het *Tom Kabinet*-arrest laat zich volgens het Hof vrij simpel verklar-

en, zo is te lezen in de overwegingen 53 t/m 58. Voor het auteursrecht op computerprogramma's geldt namelijk een *lex specialis*, te weten Richtlijn 2009/24/EG (vanaf nu: de Softwarerichtlijn). De Softwarerichtlijn is voor een groot deel hetzelfde als de Auteursrechtlijn, maar wijkt op bepaalde onderdelen af. Een belangrijk punt waar de Softwarerichtlijn afwijkt ten opzichte van de Auteursrechtlijn is dat – in tegenstelling tot de Auteursrechtlijn – uit de Softwarerichtlijn wél de uitdrukkelijke wens van de wetgever blijkt om geen onderscheid te maken tussen een materiële en immateriële kopie.

11. Het Hof voegt hieraan toe dat dit onderscheid tussen de Softwarerichtlijn en de Auteursrechtlijn ook logisch is, omdat de verkoop van computerprogramma's op een materiële drager en de verkoop van computerprogramma's via een downloadlink in economische zin vergelijkbaar zijn. Dit is niet het geval bij e-books: een nieuwe kopie en een tweedehands kopie van een e-book zijn vanuit economisch en functioneel oogpunt niet gelijkwaardig.

12. De kwalificatie van een e-book is dus doorslaggevend voor de vraag of voor de wederverkoop ervan toestemming nodig is van de auteursrechthebbende. Zou een e-book kwalificeren als een computerprogramma dan zou ingevolge het *UsedSoft*-arrest (onder voorwaarden) geen toestemming nodig zijn van de auteursrechthebbende voor wederverkoop, omdat onder het regime van de Softwarerichtlijn zowel materiële als immateriële werken kunnen uitputten. Kwalificeert een e-book niet als computerprogramma, dan valt een e-book onder het bereik van de Auteursrechtlijn waarbij geldt dat alleen fysieke exemplaren kunnen uitputten.⁶ Het Hof overweegt dat een e-book geen computerprogramma is en daarom onder het bereik van de Auteursrechtlijn valt.

13. Op deze kwalificatie van een e-book is het een en ander aan te merken, aangezien een e-book vaak ook een computerprogramma zal bevatten. Het Hof verwijst in dit kader naar het arrest *Nintendo/PC Box*.⁷ In *Nintendo/PC Box* heeft het Hof overwogen dat, wanneer een werk een combinatie van een computerprogramma met overig (complex) materiaal is, de elementen die het computerprogramma vormen alleen beschermd kunnen worden onder de Softwarerichtlijn en de elementen die een eigen schepende waarde hebben die niet tot die codering kan worden beperkt en bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, samen met het volledige werk auteursrechtelijk beschermd kunnen worden onder de Auteursrechtlijn.

² Zie overwegingen 4, 9, 10 en 24 van de considerans van de Auteursrechtlijn.

³ HvJ EU 22 januari 2015, zaak C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27 (*Art & Allposters*); zie expliciet overweging 37.

⁴ Zie hierover expliciet overweging 71 en 72 van het arrest, waar het Hof spreekt over een 'interactieve mededeling'. Dit houdt in dat de lezer op een zelfgekozen moment het werk tot zich neemt; zie voor een ander voorbeeld van de interactieve mededeling HvJ EU 29 november 2017, zaak C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913 (VCAST).

⁵ HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (*UsedSoft/Oracle*).

⁶ Opmerking verdient dat de A-G een digitaal bestand niet als goed in de zin van het burgerlijke recht beschouwt, maar als pure informatie; hierdoor kan het bestand niet door het eigendomsrecht beschermd worden. Een eventuele eigendomsoverdracht kan volgens de A-G, zelfs indien uitputting intreedt, worden beperkt: zie Conclusie A-G Szpunar van 10 september 2019, zaak C-263/18, ECLI:EU:C:2019:697, punten 43 en 44. Het Hof neemt in het arrest geen standpunt in over digitale eigendom.

⁷ HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 (*Nintendo/PC Box*).

lijn.⁸ Volgens het Hof is een computerprogramma van een e-book altijd ondergeschikt aan de inhoud van het e-book: de inhoud is immers het wezenlijke element van het e-book. Het softwarematige deel van een e-book (waaronder de .epub-extensie en de bijbehorende leessoftware) zorgt volgens het Hof dus niet dat een e-book als een computerprogramma in de zin van de Softwarerichtlijn kan worden beschouwd. Dit betekent dat een e-book, zelfs als het een complex werk zou zijn, onder het regime van de Auteursrechtlijn valt.

A-G Szpunar en het nut van software en e-books

14. Het Hof trekt dus een duidelijke lijn tussen auteursrechtelijk beschermd werk onder het regime van de Auteursrechtlijn en beschermd werk waar de Softwarerichtlijn op van toepassing is. Opvallend is dat het Hof met deze overwegingen tot dezelfde conclusie komt als de A-G, maar daar niet volledig dezelfde redenering aan ten grondslag legt.

15. Zoals gezegd is het Hof van mening dat het literaire werk het wezenlijke element van een e-book vormt en dat het computerprogramma van een e-book van ondergeschikt belang is. Dit is in overeenstemming met de conclusie van de A-G.⁹ Het Hof kan zich ook vinden in het 'waardeverliesargument' van de A-G: de tweedehands kopie van een e-book is een perfecte vervanger, waardoor een parallelle tweedehandsmarkt waarschijnlijk veel meer gevolgen zal hebben voor de passende vergoeding van de auteur dan de fysieke tweedehandsmarkt.¹⁰ Een fysiek boek verliest bijvoorbeeld na de vijfde verhandeling de kaft en kan daardoor minder eenvoudig verder verhandeld worden. Een e-book verliest daarentegen geen waarde, hoe vaak deze ook wordt verhandeld. Elke volgende gebruiker verkrijgt het e-book in dezelfde staat als die waarin de eerste koper het e-book gekocht heeft. Daar komt nog eens bij dat een e-book sneller kan worden verhandeld dan een fysiek boek, omdat het verkoopproces eenvoudiger is. Een e-book kan met één klik op de knop te koop aangeboden en geautomatiseerd verder verhandeld worden. Dit is niet mogelijk met een fysiek boek.

16. In het verlengde van het 'waardeverliesargument' geeft de A-G een extra argument tegen de tweedehandsmarkt van e-books. Voor dit argument maakt de A-G een vergelijking tussen e-books en computerprogramma's. Volgens de A-G bestaat er een verschil in 'nut' tussen e-books en computerprogramma's: bij een e-book verdwijnt het nut na één lezing, bestudering of bezichtiging, terwijl computerprogramma's bedoeld zijn voor langdurig gebruik en dus minder snel op de tweedehandsmarkt

in omloop worden gebracht.¹¹ Daar komt bij dat computerprogramma's, hoewel bedoeld voor langdurig gebruik, relatief snel verouderen. Computerprogramma's volgen elkaar snel op waardoor een oudere versie van het computerprogramma ook snel niet meer de meest actuele versie is, waardoor een bepaalde mate van waardeverlies intreedt. Dit in tegenstelling tot e-books, die hun waarde ook na verloop van tijd volledig behouden.¹²

17. Hoewel het Hof zich duidelijk kan vinden in het argument dat geen waardeverlies optreedt bij e-books, neemt het de vergelijking met computerprogramma's en het argument over het 'nut' van e-books niet over van de A-G. Wij juichen dit toe, omdat het 'nutargument' van de A-G ons inziens gebrekkig is. Het argument van de A-G veronderstelt namelijk dat iedere koper van een e-book zijn e-book verkoopt na één lezing, bestudering of bezichtiging. Dit hoeft helemaal niet het geval te zijn: het is niet onvoorstelbaar dat de eigenaar van het e-book het wil houden voor zichzelf, bijvoorbeeld ter verzameling. Daarnaast is het ook niet zo dat iedere lezer zijn e-book zo snel mogelijk van de hand doet nadat het (deels) gelezen is. De benadering van de A-G lijkt dan ook sterk te zijn ingegeven door een subjectieve kijk op het 'nut' van e-books.

18. Naast het 'nutargument' wordt ook de vergelijking die de A-G maakt tussen e-books en computerprogramma's niet overgenomen door het Hof. In plaats daarvan vergelijkt het Hof e-books met fysieke boeken. Dit is ons inziens minder gelukkig. De vergelijking die de A-G maakt is namelijk logischer: een e-book is immers onlosmakelijk verbonden met een softwarecomponent, in tegenstelling tot een fysiek boek. De tweedehandsmarkt van e-books kenmerkt zich door eenvoudige en snelle overdracht, die meer gelijkenissen vertoont met de tweedehandsmarkt van computerprogramma's dan van fysieke boeken. In zoverre zijn e-books en fysieke boeken niet inwisselbaar en het publiek zal ook niet altijd hetzelfde zijn.

19. Het Hof geeft helaas niet veel inzicht in de keuze om de tweedehandsmarkt van e-books te vergelijken met die van fysieke boeken en niet de A-G te volgen in de vergelijking met computerprogramma's. De gekozen vergelijking van het Hof lijkt mede ingegeven door het argument dat e-books geen software zijn en een vergelijking daarmee dus geen doel treft. Hoewel wij ons in een dergelijke redenering kunnen vinden, zijn wij van mening dat de vergelijking die de A-G maakt met computerprogramma's passender is. De achterliggende gedachtegang van het Hof wordt met de gekozen vergelijking wel duidelijker.¹³ Opmerking verdient dat het Hof weliswaar niet gekozen

8 HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 (*Nintendo/PC Box*), punt 23.

9 Conclusie A-G Szpunar van 10 september 2019, zaak C-263/18, ECLI:EU:C:2019:697.

10 Zie overweging 58 en Conclusie A-G Szpunar van 10 september 2019, zaak C-263/18, ECLI:EU:C:2019:697, punt 89.

11 Conclusie A-G Szpunar van 10 september 2019, zaak C-263/18, ECLI:EU:C:2019:697, punt 61-62.

12 Een uitzondering is denkbaar voor nieuwe herziene drukken van het werk: handboeken als *Auteursrecht* van Spoor, Verkade & Visser worden geactualiseerd, waardoor de oudere druk sterk daalt in waarde. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld een literair werk als *1984* van George Orwell, dat zijn waarde voor eeuwig behoudt en geen nieuwe, herziene druk vereist.

13 <https://www.tomkabinet.nl/>.

heeft voor een vergelijking met computerprogramma's, maar wel aspecten van die tweedehandsmarkt aanhaalt om een tweedehandsmarkt van e-books af te wijzen.¹⁴

Afronding

20. Tom Kabinet heeft twee maanden na de uitspraak van het Hof een verklaring op zijn webpagina opgesteld waarin hij aankondigt te stoppen met zijn werkzaamheden.¹⁵ Volgens Tom Kabinet geeft de uitspraak te weinig ruimte om de ingeslagen weg voort te zetten en weigeren uitgeverijen mee te werken aan innovatieve manieren om e-booklezers en -auteurs samen te brengen.

21. Hoewel het Hof inderdaad de werkwijze van Tom Kabinet¹⁶ afwijst, lijkt het Hof de deur voor een tweedehandsmarkt voor e-books niet volledig dicht te hebben geslagen. Het Hof overweegt in overweging 71 namelijk dat *deze* werkwijze (dat wil zeggen, de werkwijze van Tom Kabinet) een ongeoorloofde mededeling aan het publiek vormt. Welke werkwijze wel zou voldoen, is moeilijk te zeggen. De pijnpunten lijken voornamelijk te liggen in het gebrek aan een redelijke vergoeding in de tweedehandsmarkt, alsook het ontbreken van toestemming van de auteurs.

22. Het *Tom Kabinet*-arrest heeft voor verduidelijking gezorgd, maar – uiteraard – ook nieuwe vragen opgeroepen. Dit is ook niet gek nu het een heus pioniersarrest betreft: niet eerder heeft het Hof zich uitgelaten over het complexe terrein van digitale equivalenten van werken die voorheen enkel in fysieke vorm bestonden. Hoewel het *Tom Kabinet*-arrest het eerste arrest is van zijn soort, is het naar alle waarschijnlijkheid zeker niet het laatste. Het zal interessant zijn om te zien hoe dit bijzondere stukje auteursrecht zich in de toekomst gaat ontwikkelen.

Mr. J.R. Torenbosch & mr. J.J.H. Vos

¹⁴ Zie hiervoor expliciet overweging 58 van het arrest.

¹⁵ <https://www.tomkabinet.nl/>.

¹⁶ Zie voor de werkwijze van Tom Kabinet punt 4 van de noot.

Nederland

Computerrecht 2020/134

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
1 april 2020, nr. 201902699/1/A2

(Mrs. J.E.M. Polak, E.A. Minderhoud en E.J. Daalder)

m.nt. mr. dr. A. Drahmman¹

(Art. 6 lid 1 en onder e AVG)

ECLI:NL:RVS:2020:900

Plaatsen van persoonsgegevens van vermeende Wobmisbruiker op het VNG-Forum door gemeenteambtenaren is niet in strijd met de AVG.

Uitspraak in het geding tussen:

[appellant], wonend te [woonplaats],

en

het college van burgemeester en wethouders van Borsele, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 16 augustus 2016 heeft het college naar aanleiding van het verzoek van [appellant] op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) medegedeeld dat de NAW (naam, adres en woonplaats)-gegevens van [appellant] in het digitale postregistratiesysteem van de gemeente Borsele zijn verwerkt om zijn verzoeken op grond van de Wet openbaarheid bestuur (Wob) te registreren en om brieven aan te kunnen maken, verzenden en registreren. Voorts heeft het college [appellant] bericht geen aanleiding te zien om een overzicht te geven van teksten die op het forum van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) zijn geplaatst, omdat het forum een besloten discussieplatform voor ambtenaren betreft en het niet gaat om verwerking van persoonsgegevens.

Bij besluit van 5 maart 2019 heeft het college opnieuw en naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van 23 januari 2019 ECLI:NL:RVS:2019:184 beslist op het door [appellant] hiertegen gemaakte bezwaar en dit gegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft [appellant] beroep ingesteld en verzocht om schadevergoeding.

Bij besluit van 3 april 2019 heeft het college het besluit van 5 maart 2019 gewijzigd door [appellant] alsnog een proceskostenvergoeding toe te kennen van € 512,00 voor het indienen van een bezwaarschrift.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft nadere stukken ingediend.

¹ Mr. dr. A. (Annemarie) Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.