

Rekken en strekken met de *UsedSoft*-formule

Is digitale uitputting slechts van toepassing op computerprogramma's of kan deze ook worden doorgetrokken naar andere auteursrechtelijk beschermde werken?

W.G.L. During
Mr. W.G.L. During
is advocaat te Den
Haag.

Inleiding: De *UsedSoft*-formule

Het Hof heeft in de zaak *UsedSoft* een belangrijk begin gemaakt in de uitbreiding van de uitputtingsleer naar de digitale omgeving.¹ In deze zaak betrof het de verkoop van computerprogramma's die door Oracle online worden gedistribueerd. *UsedSoft* koopt gebruikte licenties bij klanten van Oracle op en verkoopt deze door aan derden. Klanten van *UsedSoft* die nog niet over het betrokken computerprogramma van Oracle beschikken kunnen na aankoop van een gebruikte licentie een programmakopie van de website van Oracle downloaden. Oracle is van mening dat het verhandelen van de gebruikte softwarelicenties door *UsedSoft* inbreuk maakt op haar auteursrechten. Het Hof is het echter met *UsedSoft* eens dat de auteursrechten op de verhandelde softwarelicenties zijn uitgeput.² De rechtzeggende kan zich namelijk in beginsel niet meer verzetten tegen verdere verhandeling van een exemplaar van zijn werk dat hij rechtsgeldig op de markt heeft gebracht.³

Het Hof neemt vier belangrijke stappen om tot uitputting ten aanzien van de online gedistribueerde computerprogramma's te komen. Allereerst beslist het Hof dat verkoop in de zin van de *Software Richtlijn* een autonoom begrip is en dat distributie door middel van een download hieronder kan vallen.⁴ Ten tweede overweegt het Hof dat uitputting niet is beperkt tot computerprogramma's die op een fysieke drager op de markt zijn gebracht.⁵ Ten derde introduceert het Hof de mogelijkheid dat een mededeling aan het publiek kan transformeren in een distributieverhandeling.⁶ Tot slot beslist het Hof dat voor de reproductie die in

het kader van de verkoop wordt gemaakt een uitzondering kan worden gevonden in de *Software Richtlijn*.⁷

De beslissing van het Hof heeft tot veel commentaar geleid. Tot dusver is de heersende leer geweest dat uitputting slechts van toepassing kan zijn op fysieke exemplaren. Dat het Hof in deze zaak anders besloot was derhalve verrassend.⁸ Een ander punt van discussie is hoe de verkoop van een computerprogramma naar Nederlands recht moet worden gekwalificeerd. Een computerprogramma is een immateriële zaak en het Burgerlijk Wetboek kent geen eigendom op immateriële zaken.⁹ Ook leeft de vraag of digitale uitputting slechts van toepassing is op computerprogramma's of ook kan worden doorgetrokken naar andere auteursrechtelijk beschermde werken.¹⁰ Op deze laatste vraag zal ik in dit artikel nader ingaan.

Computerprogramma's hebben met andere werken gemeen dat zij auteursrechtelijk (kunnen) worden beschermd. De *Software Richtlijn* en de *Auteursrecht Richtlijn* zijn echter niet identiek en de *Software Richtlijn* moet worden gezien als een *lex specialis* ten opzichte van de *Auteursrecht Richtlijn*.¹¹ In dit artikel worden de vier genoemde stappen als blauwdruk gebruikt om te onderzoeken of de *UsedSoft*-formule eveneens van toepassing kan zijn op werken die onder de reikwijdte van de *Auteursrecht Richtlijn* vallen. Om een basis voor dat onderzoek te leggen zullen echter als eerste de argumenten van de Europese Commissie en de *US Copyright Office* worden besproken. Beide instanties hebben een onderzoek gedaan naar digitale uitputting en kwamen destijds tot de conclusie dat uitputting zich zou moeten beperken tot fysieke exemplaren. Ver-

1 HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11 (*UsedSoft/Oracle*).

2 *Idem*, r.o. 84.

3 Art. 4 lid 2 *Auteursrecht Richtlijn* en artikel 12b Aw.

4 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 40 en 44.

5 *Idem*, r.o. 59.

6 *Idem*, r.o. 52.

7 *Idem*, r.o. 81.

8 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0265 (Concl. A-G Verkade), r.o. 4.15.1.

9 D. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/2171, R. Witbier en J. Diamant, 'UsedSoft vs. Oracle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid', *NJB* 2012/2416, en D. van Engelen, 'Naschrift, Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/2417, p. 2.

10 M.R.F. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam. Over het *UsedSoft/Oracle*-arrest van het HvJ EU en verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving', *AMI* 2013/2, p. 56-60.

11 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 51, 56 en 60.

volgens wordt aan de hand van de bestaande theorieën ten aanzien van uitputting en de beslissing van het Hof in de zaak *UsedSoft* beargumenteerd dat digitale uitputting toch wenselijk is. Daarna benoem ik in elke paragraaf welke stap er door het Hof is genomen en welke argumenten daarvoor worden gebruikt. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt met de bepalingen en ratio van de Auteursrechtlijn. Ter verduidelijking is in dit artikel op sommige plaatsen een rechtsvergelijking gemaakt met de Amerikaanse *First Sale doctrine*.

Ratio achter uitsluiting digitale uitputting

Bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn in 1995-1996 is het vraagstuk van uitputting in de digitale omgeving door de Commissie onderzocht.¹² De Commissie kwam destijds tot de conclusie dat uitputting moet worden beperkt tot exemplaren die op een fysieke drager zijn aangebracht.¹³ De reden hiervoor is dat wanneer een werk via het internet wordt aangeboden, het zonder adequate beschermingsmaatregelen erg moeilijk is om ervoor te zorgen dat het werk niet gekopieerd, bewerkt of geëxploiteerd wordt, zonder dat de rechthebbende dit weet of er een vergoeding voor krijgt.¹⁴ Dit komt doordat het verzenden en kopiëren van grote aantallen gegevens met behulp van digitale technologie veel gemakkelijker verloopt dan in een klassieke analoge omgeving het geval is. Naast het feit dat digitale uitputting het risico op piraterij zou kunnen doen toenemen, was de Commissie van mening dat uitputting niet van toepassing kan zijn op het internet, aangezien het bij digitale exploitatie gaat om dienstverlening.¹⁵ Uitputting vereist dat het exemplaar door middel van verkoop of andere eigendomsovergang op de markt wordt gebracht.¹⁶ Dat is niet het geval bij een digitaal exemplaar, aldus de Commissie. Bij de bespreking van de tweede stap, die gaat over de toepasselijkheid van het uitputtingsbeginsel in de digitale omgeving, wordt op dit argument nader ingegaan.

In augustus 2001 heeft het US Copyright Office een rapport gepubliceerd waarin de wenselijkheid van de First Sale doctrine in de digitale omgeving is onderzocht.¹⁷ Volgens het rapport is er een aantal belangrijke verschillen tussen de verkoop van fysieke en digitale exemplaren.¹⁸ Zo neemt de kwaliteit van fysieke exemplaren na enige tijd af, waardoor deze minder aantrekkelijk zijn dan nieuwe exem-

plaren. Een digitaal exemplaar blijft echter van dezelfde kwaliteit en daarbij is iedere reproductie van een digitaal exemplaar identiek aan het origineel. Daarnaast zijn tijd, moeite en afstand bij de tweedehands markt beperkende factoren. Digitale exemplaren zijn daarentegen moeiteloos en snel over de hele wereld te verzenden. Wanneer er een tweedehands markt in digitale exemplaren zou ontstaan, zal het tweedehands aanbod meer concurreren met nieuwe digitale exemplaren dan dat dit in de analoge wereld het geval is. Daarnaast is het lastig om te verzekeren dat er geen kopieën van digitale exemplaren door de verkoper worden achtergehouden. Technische beperkingen kunnen worden omzeild en daarmee ligt piraterij op de loer. Na afweging van de voor- en nadelen wordt in het rapport geconcludeerd dat er onvoldoende argumenten zijn om de First Sale doctrine door te trekken naar de digitale omgeving.¹⁹

De argumenten om uitputting te beperken tot de fysieke exemplaren zijn voornamelijk van economische en praktische aard. De economische gevolgen van een digitale tweedehands markt voor de rechthebbende zijn lastig te voorspellen. Zo doorkruist de tweedehands verkoop de mogelijkheid van prijsdiscriminatie voor de rechthebbende.²⁰ Het wordt immers lastiger om exemplaren voor verschillende prijzen te verkopen, wanneer deze ook (goedkoper) tweedehands beschikbaar zijn. De rechthebbende kan echter nog steeds verschillende versies van zijn werk op de markt brengen en bijvoorbeeld voor de meer uitgebreide versies een hogere prijs vragen dan voor het standaard werk.²¹ Bij de praktische bezwaren is tevens een aantal kanttekeningen te plaatsen. Zowel het onderzoek van de Europese Commissie als het onderzoek van het US Copyright Office is enige tijd geleden verricht.²² Sindsdien is er door innovatie veel veranderd. Bedrijven als *UsedSoft GmbH* (*UsedSoft*) en *ReDigi Inc.* (*ReDigi*) spelen in op de vraag naar een digitale tweedehands markt.²³ Zo zijn bijvoorbeeld in het businessmodel van *ReDigi* veiligheidsmaatregelen ingebouwd om te voorkomen dat er een kopie door de verkoper wordt achtergehouden en om te garanderen dat er enkel legaal aangeschafte digitale exemplaren worden verkocht.²⁴ Daarmee lijken de meeste praktische bezwaren van de Commissie en de US Copyright Office te kunnen worden weggenomen. Daarnaast heeft het Hof in de zaak *UsedSoft* uitdrukkelijk overwogen dat het risico op piraterij bij digitale exemplaren niet anders is dan bij fysie-

12 Europese Commissie, *Groenboek. Het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, COM(95) 382 def., p. 44-48 en Europese Commissie, *Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the information society*, COM(96) 586 def., p. 17-19.

13 Europese Commissie, *Groenboek. Het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, COM(95) 382 def., p. 48 en Europese Commissie, *Follow-up to the Green Paper on Copyright and related rights in the information society*, COM(96) 586 def., p. 18.

14 Europese Commissie, *Groenboek. Het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, COM(95) 382 def., p. 3.

15 Europese Commissie, *Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the information society*, COM(96) 586 def., p. 18.

16 Art. 4 lid 2 Auteursrechtlijn.

17 United States Copyright Office, *DMCA Section 104 Report*, http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca_study.html.

http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca_study.html.

18 *Idem*, p. 82-84.

19 *Idem*, p. 97.

20 K.J. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 188.

21 De mogelijkheid van zogenoemde tweedegraads prijsdiscriminatie blijft dus behouden. *Idem*, p. 190.

22 Het Groenboek is meer dan vijftien jaar oud en het DMCA-rapport meer dan tien jaar.

23 Zie <http://www.usedsoft.com/> en <https://www.religi.com/>.

24 *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, no. 12 Civ. 95 (RJS), p. 2. Verderop in dit artikel wordt het businessmodel nader besproken.

ke exemplaren.²⁵ Het is aan de rechthebbende om technische maatregelen te nemen waarmee inbreukmakend gebruik kan worden tegengegaan.

Wenselijkheid van digitale uitputting gezien vanuit rechtstheoretisch oogpunt

Er bestaan verschillende theorieën over de rechtsgrondslag van de uitputtingsleer.²⁶ Alle stellen de vraag aan de orde in hoeverre de rechthebbende de zeggenschap behoudt over een exemplaar van zijn werk na dat in eigendom te hebben overgedragen. Hierbij kan een belangenafweging worden gemaakt tussen het belang van de rechthebbende en het belang van de eigenaar van een exemplaar (eigendomstheorie).²⁷ Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben en zou aldus zo min mogelijk beperkt moeten zijn. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met het vrije verkeer van goederen (verkeerstheorie). Het zou een zware beperking voor de handel zijn indien bij iedere (weder)verkoop van een goed waarop een auteursrecht rust, de toestemming van de rechthebbende zou moeten worden gevraagd.²⁸ Bovendien zou de rechthebbende dan bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen. De rechthebbende heeft echter bij de eerste verkoop al voldoende gelegenheid gehad om een billijke vergoeding voor zijn creatieve inspanning te verkrijgen (beloningstheorie).²⁹

In de zaak *UsedSoft* gebruikt het Hof de verkeerstheorie en de beloningstheorie om over de wenselijkheid van digitale uitputting ten aanzien van computerprogramma's te oordelen. Volgens het Hof strekt het beginsel van uitputting ertoe de beperkingen van de distributie van werken te beperken tot hetgeen noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom, ter vermijding van afscherming van de markten.³⁰ Indien uitputting enkel van toepassing zou zijn indien computerprogramma's op fysieke dragers in het geding zijn, zou de rechthebbende de wederverkoop van de exemplaren die van het internet zijn gedownload kunnen controleren (verkeerstheorie) en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen (beloningstheorie). De rechthebbende heeft echter bij de eerste verkoop al een mogelijkheid gehad om een passende vergoeding te vragen voor het digitale exemplaar. Een dergelijke beperking van de wederverkoop van digitale exemplaren van computerprogramma's gaat volgens het Hof verder dan

noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom.³¹

Het vrije verkeer van goederen is al sinds het ontstaan van de doctrine in de Europese jurisprudentie de belangrijkste reden geweest voor communautaire uitputting.³² Het Hof trekt het vrije verkeer van goederen nu ook door naar de digitale omgeving.³³ Het gevolg is dat uitputting ook van toepassing kan zijn op computerprogramma's die online worden gedistribueerd. Ten aanzien van andere auteursrechtelijk beschermde werken zou dezelfde lijn kunnen worden gevolgd. Het vrije verkeer van goederen vereist dat tussen de lidstaten geen prijsdiscriminatie wordt toegepast.³⁴ Daarnaast geldt ook voor e-books en digitale film- en muziekbestanden dat de rechthebbende bij de eerste verkoop voldoende mogelijkheid heeft om een billijke vergoeding te vragen. Een tweedehands markt heeft tot slot ook een maatschappelijk nut.³⁵ De rechthebbende kan de beslissing nemen om zijn werk van de markt te halen, omdat hij niet meer achter het werk staat of omdat de exploitatie hem te weinig oplevert. Via de tweedehands markt blijft het werk voor het publiek beschikbaar.

Toepassing van de *UsedSoft*-formule op auteursrechtelijk beschermde werken

Dat de doctrine van uitputting zich niet verzet tegen digitale toepassing, geeft nog geen antwoord op de vraag of uitputting ten aanzien van digitale exemplaren daadwerkelijk mogelijk is. Daarom worden de vier stappen van de *UsedSoft*-formule hieronder nader bezien. Bij elke stap wordt onderzocht of de Auteursrechtlijn eenzelfde benadering toelaat.

Stap 1: Is er sprake van verkoop?

Uitputting is enkel mogelijk als er sprake is van exemplaren die door middel van verkoop of andere eigendoms-overgang binnen de Europese Economische Ruimte op de markt zijn gebracht. Het Hof heeft ten aanzien van artikel 4 lid 2 Software-richtlijn beslist dat verkoop een autonoom begrip is en in de Unie uniform moet worden uitgelegd.³⁶ De reden hiervoor is dat het artikel voor de bewoording en draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk verwijst naar het nationale recht van de lidstaten. Het doel van de richtlijn is namelijk om verschillen tussen de wetgeving van lidsta-

25 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 79.

26 H.E. Kwindt, *Fatale uitputting: een onderzoek naar de grenzen van het uitsluitend recht tot openbaar maken van belichamingen van werken van letterkunde, wetenschap of kunst volgens het Nederlands Auteursrecht*, Amsterdam: Scheltema, Holkema, Vermeulen, 1988, p. 3-6.

27 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*, Den Haag: VUGA 1997, p. 104.

28 *Idem*, p. 104.

29 *Idem*, p. 105.

30 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 63.

31 *Ibid.*

32 Europese Commissie, *Groenboek. Het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, COM(95) 382 def., p. 44.

33 M.R.F. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam. Over het *UsedSoft/Oracle*-arrest van het HvJ EU en verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving', *AMI* 2013/2, p. 58.

34 Apple is bijvoorbeeld in 2005 door de Commissie (informeel) aangesproken op de prijsverschillen van iTunes op de Europese markt, zie <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4309633.stm>.

35 Zie B.W. Carver, 'Why license agreements do not control copy ownership: first sales and essential copies', *Berkeley Technology Law Journal* 2010/25, p. 1889, R.A. Reese, 'The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks', *Boston College Law Review*, 2003/44, p. 584 en A.K. Perzanowski & J. Schultz, 'Digital exhaustion', *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2010/10, p. 6.

36 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 40.

ten die nadelig kunnen zijn voor de interne markt weg te nemen.³⁷ Dit argument kan ook worden gebruikt bij artikel 4 lid 2 Auteursrechtlijn.³⁸ Alhoewel het artikel iets anders is geformuleerd, zijn er inhoudelijk geen verschillen tussen de beide artikelen. Dat artikel 4 lid 2 Auteursrechtlijn hetzelfde autonome begrip van ‘eerste verkoop’ bevat, kan ook worden afgeleid uit het feit dat het Hof bij het bespreken van dit begrip naar jurisprudentie ten aanzien van de Auteursrechtlijn verwijst.³⁹ Onder ‘eerste verkoop’ – van een computerprogramma of een ander auteursrechtelijk beschermd werk – moet dan ook worden verstaan:

*een overeenkomst waarbij een persoon tegen een betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorend lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt.*⁴⁰

Deze uitleg van het Hof heeft in de Nederlandse literatuur een nieuwe impuls gegeven aan de discussie over de vermogensrechtelijke kwalificatie van digitale producten.⁴¹ Het Hof spreekt namelijk van een eigendomsrecht op een onlichamelijke zaak.⁴² Het Burgerlijk Wetboek (BW) kent echter geen recht van eigendom op onlichamelijke zaken. Ingevolge artikel 5:1 BW ziet eigendom slechts op zaken, en zaken zijn ingevolge artikel 3:2 BW voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Volgens Witbier en Diamant moet het autonome begrip ‘eerste verkoop’ naar Nederlands recht worden uitgelegd in die zin dat de verkrijger van een online gedownload computerprogramma een rechthebbende wordt van een vorderingsrecht.⁴³ Een vorderingsrecht wordt ook wel omschreven als een onlichamelijk goed en de termen eigenaar en rechthebbende zijn inwisselbaar.⁴⁴ Ik ben het echter met Van Engelen eens dat het Hof de eigendom van de kopie van het computerprogramma op het oog heeft en niet de licentie waarmee de verkrijger handelingen mag verrichten met het computerprogramma die anders aan de rechthebbende zijn voorbehouden.⁴⁵ Het Hof erkent immers dat er sprake is van twee rechtshandelingen – de overdracht van een exemplaar van een computerprogramma en het sluiten van een licentie ten aanzien van het gebruik van dat computerprogramma – maar ziet de noodzaak om deze twee rechtshandelingen samen te beoordelen.⁴⁶

Voor een discussie van de vraag hoe het begrip ‘onlichamelijke zaak’ dan wel in het BW moet worden ingepast, is in dit artikel geen ruimte. Mijns inziens is met het oog op

uitputting de belangrijkste conclusie die uit de uitleg van het Hof kan worden getrokken, dat de kooptitel van toepassing kan zijn op de online exploitatie van digitale exemplaren.⁴⁷ Geheel in lijn met de Hoge Raad in het *Beeldbrigade*-arrest,⁴⁸ omzeil ik daarmee de vermogensrechtelijke kwalificatie van digitale exemplaren en acht ik de kooptitel naar analogie van toepassing.

Ondanks dat Oracle de overeenkomst met haar klanten bestempelt als een licentie waarbij geen eigendomsrechten worden overgedragen, is het Hof van mening dat er wel sprake is van verkoop. Het Hof hecht hierbij groot belang aan het feit dat het computerprogramma tegen betaling van een prijs en voor onbepaalde tijd aan de klant in gebruik wordt gegeven.⁴⁹ In Nederland is het juridisch kwalificeren van een overeenkomst op grond van de inhoud in plaats van de benaming of vorm een aanvaarde methode. Hiermee wordt echter wel ingegrepen op de contractsvrijheid van partijen.⁵⁰ Het Hof acht een functionele benadering van het begrip verkoop noodzakelijk omdat anders afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn.⁵¹ Met andere woorden: het is niet wenselijk dat de rechthebbende uitputting kan omzeilen door simpelweg de overeenkomst met haar klant als een licentie aan te merken. In feite maakt het Hof hiermee een einde aan de praktijk van de software-industrie, die met restrictieve licenties zoveel mogelijk controle over de distributie en wederverkoop van hun software wil behouden.⁵² Mijns inziens zou voor eenzelfde benadering moeten worden gekozen bij bijvoorbeeld de online verkoop van digitale muziek en boeken, aangezien ook in dat segment het digitale exemplaar tegen betaling van een prijs en voor onbepaalde tijd in gebruik wordt gegeven. Ik zie geen reden waarom omzeiling van het uitputtingsbeginsel bij computerprogramma’s zou zijn uitgesloten, maar bij andere auteursrechtelijk beschermde werken niet.

Stap 2: Kan uitputting worden toegepast?

Het Hof heeft beslist dat artikel 4 lid 2 Softwarerichtlijn ook van toepassing is op computerprogramma’s die door middel van een download worden gedistribueerd.⁵³ Er moet namelijk van worden uitgegaan dat de Softwarerichtlijn geen onderscheid maakt op basis van de materiële of immateriële vorm van het exemplaar. Uit de bewoording van artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn volgt dat

37 Overweging 4 en 5 bij de Softwarerichtlijn.

38 Overweging 7 bij de Auteursrechtlijn.

39 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 39.

40 *Idem*, r.o. 42.

41 Drion spreekt zelfs van commotie in de literatuur. C.E. Drion, ‘Wat is “iets”?’, *NJB* 2013/383, p. 1.

42 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 42.

43 R. Witbier en J. Diamant, ‘UsedSoft vs. Oracle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid’, *NJB* 2012/2416, p. 1-2.

44 *Idem*, p. 1.

45 D. van Engelen, ‘Naschrift, Twee voor de prijs van één’, *NJB* 2012/2417, p. 2.

46 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 44.

47 Bij de implementatie van de Consumentenrichtlijn is overwogen dat de koop-

titel van toepassing kan zijn op elke levering van digitale inhoud. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3 (MvT), p. 19 en 57 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 520, p. 3.

48 HR 27 april 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (Beeldbrigade)*, r.o. 3.4 en R. Rinzema, ‘Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware’, *NJB* 2012/1601, p. 2.

49 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 45.

50 Om deze reden heeft Grosheide bezwaar tegen het kwalificeren van de licentie als verkoop. F.W. Grosheide, ‘Een revolutie in het EU-auteursrecht? Enkele kanttekeningen bij het *UsedSoft/Oracle*-arrest’, *AMI* 2013/2, p. 66.

51 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 49.

52 N. Helberger, ‘“Verkocht ist verkauft; wiederholen ist gestohlen”. Reflecties op de *UsedSoft*-uitspraak van het Europese Hof’, *TvC* 2013/2, p. 94.

53 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 59.

bescherming wordt geboden aan computerprogramma's in welke vorm dan ook.

In tegenstelling tot de Softwarerichtlijn lijkt de Auteursrechtlijn zich te verzetten tegen het toepassen van het uitputtingsbeginsel in de digitale omgeving. In overweging 29 bij de Auteursrechtlijn is opgenomen:

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

De Commissie heeft bij het opnemen van overweging 29 voornamelijk gedacht aan dienstverlening. In het Groenboek overweegt de Commissie dat uitputting op de digitale snelweg moet worden voorkomen omdat het gaat om diensten die in principe een onbeperkt aantal malen kunnen worden herhaald.⁵⁴ Ter onderbouwing verwijst de Commissie naar jurisprudentie ten aanzien van het vertonen van films en het in het openbaar uitvoeren van muziek.⁵⁵ Overweging 29 spreekt van een materiële kopie die door een gebruiker 'van een dergelijke dienst' wordt vervaardigd. Nu is het de vraag of het met het huidige aanbod van digitale exploitatie wel juist is om in elk geval te spreken van dienstverlening.

Mijns inziens bestaan er op dit moment twee soorten van digitale exploitatie. Een rechthebbende kan een digitaal exemplaar aan een gebruiker ter beschikking stellen door deze toestemming te geven om er zelf een digitale kopie van te vervaardigen. De rechthebbende kan zijn werk ook beschikbaar maken via een dienst, waarbij de gebruiker enkel toegang krijgt tot het werk door gebruik te maken van die dienst. Voorbeelden hiervan zijn respectievelijk het downloaden van een exemplaar (zoals bij iTunes) en een streamingdienst (zoals YouTube). In het eerste geval heeft de gebruiker een digitaal exemplaar in zijn bezit gekregen waarvan hij in principe onbeperkt gebruik kan maken. In het tweede geval heeft de gebruiker enkel een tijdelijk exemplaar tot zijn beschikking gekregen en zal hij gebruik moeten blijven maken van de dienst om toegang tot het werk te behouden.

Ter verduidelijking van het verschil tussen dienstverlening en koop kan de toets uit het *Beeldbrigade*-arrest worden gebruikt:

*Een overeenkomst [...] (a) voor een niet in tijdsduur beperkt gebruik (b) tegen betaling van een bepaald bedrag [die] ertoe strekt (c) de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover (d) hij feitelijke macht kan uitoefenen.*⁵⁶

Koop of dienstverlening bij streaming?

(a) Bij streaming heeft het gebruik van het digitale exemplaar een tijdelijk karakter.⁵⁷ Het is niet de intentie van partijen om de gebruiker een in tijd onbeperkt gebruiksrecht te verschaffen.

(b) De meeste streamingdiensten zijn gratis en worden gefinancierd door middel van reclame-inkomsten.⁵⁸ In ieder geval wordt er niet per gebruik van een digitaal exemplaar afgerekend.

(c) Tijdens het streamen wordt continue een gedeelte van het digitale exemplaar in het tijdelijke geheugen opgeslagen zodat de gebruiker het kan afspelen.⁵⁹

(d) Het digitale exemplaar wordt niet permanent op zijn harde schijf opgeslagen en de gebruiker moet gebruik blijven maken van de dienst om toegang tot het werk te behouden.⁶⁰ De gebruiker kan het digitale exemplaar niet aan een derde overdragen.

Ten aanzien van streaming ben ik het met de Commissie eens dat er geen uitputting kan plaatsvinden. Mijns inziens ziet overweging 29 van de considerans op deze vorm van exploitatie van digitale werken. De gebruiker krijgt de kopie die is opgeslagen in het tijdelijke geheugen van zijn computer in het kader van de aan hem geleverde (online) dienst.

Koop of dienstverlening bij downloaden?

(a) Bij downloaden heeft het gebruik van het digitale exemplaar een permanent karakter. De gebruiker kan in principe zo lang van het gedownloade exemplaar gebruik maken als hij zelf wil.

(b) Bij de meeste websites waar op legale wijze muziek kan worden gedownload wordt per download een prijs in rekening gebracht.

(c) Bij het downloaden wordt het digitale exemplaar opgeslagen op de harde schijf van de computer. De gebruiker kan vervolgens het bestand opslaan op een door hem gewenste locatie en er gebruik van maken wanneer hij dat wil.

54 Europese Commissie, *Groenboek. Het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, COM(95) 382 def., p. 47.

55 *Idem*, p. 48.

56 HR 27 april 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (Beeldbrigade)*, r.o. 3.5.

57 C. Jeloschek en V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand. Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?', *IR* 2013/2, p. 42.

58 Bijvoorbeeld het gratis abonnement van Spotify: <https://www.spotify.com/nl/legal/end-user-agreement/#s7>.

59 C. Jeloschek en V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand. Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?', *IR* 2013/2, p. 42.

60 M.G.A. Egeler & A.R. Lodder, 'Nederland.fm pleegt auteursrechtinbreuk door te hyperlinken naar radiostreams van radiostations', *Computerrecht* 2013/83, p. 10.

(d) Hij heeft de feitelijke beschikkingsmacht over het door hem gedownloadte bestand en hij zou het eventueel aan een derde kunnen overdragen.

Ten aanzien van downloaden is het aannemelijk dat er sprake is van verkoop in plaats van dienstverlening.⁶¹ Mijns inziens zou overweging 29 niet op deze vorm van digitale exploitatie van toepassing moeten zijn. Er wordt namelijk een digitaal exemplaar geleverd in het kader van een verkoop.

Een complicerende factor is echter dat de meeste rechtshabbers ervoor kiezen om digitale exemplaren aan te bieden door middel van een licentie.⁶² Het digitale exemplaar wordt dan niet in eigendom overgedragen maar slechts aan de gebruiker in gebruik gegeven. Letterlijk genomen kan er op deze manier van exploitatie geen uitputting plaatsvinden omdat het digitale exemplaar niet door middel van eigendomsoverdracht op de markt wordt gebracht. Hierboven is reeds besproken dat ook ten aanzien van andere auteursrechtelijke werken een functionele benadering van het auteursrecht moet worden gekozen. Uitputting zou niet moeten kunnen worden omzeild door simpelweg de overeenkomst als licentie aan te duiden.

Stap 3: transformatie van de mededeling aan het publiek

Volgens Oracle en de Europese Commissie is het beschikbaar stellen van een kopie van een computerprogramma via het internet een 'beschikbaarstelling voor het publiek' in de zin van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn, die overeenkomstig artikel 3 lid 3 van die richtlijn niet tot uitputting van het distributierecht voor die kopie kan leiden.⁶³ Uitputting ziet op het distributierecht en niet op het exclusieve recht van mededeling aan het publiek.

In overeenstemming met de conclusie van A-G Bot⁶⁴ overweegt het Hof echter:

*dat de 'handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek' bedoeld in artikel 3 van die richtlijn door een eigendomsoverdracht een distributiehandeling bedoeld in artikel 4 van die richtlijn wordt.*⁶⁵

Hiermee introduceert het Hof de mogelijkheid dat een mededeling aan het publiek kan transformeren in een dis-

tributiehandeling. De rechtsgevolgen van de keuze van het Hof zijn ingrijpend, aldus Visser:

*Als het HvJ EU hieraan vasthoudt, betekent dit dat er sprake is van een geheel andere indeling van openbaarmakingsrechten dan wij in Nederland en in veel andere landen gewend waren, met duidelijk andere rechtsgevolgen.*⁶⁶

Het Hof heeft voor de transformatie een juridisch-systeematisch aanknopingspunt gevonden in de artikelen 6 en 8 WCT.⁶⁷ In het WCT wordt zowel het distributierecht als de mededeling aan het publiek (deels) omschreven als 'the making available to the public'. Het verschil tussen deze twee rechten moet volgens het Hof worden afgebakend door de eigendomsoverdracht.⁶⁸

Om een beter begrip te krijgen van de keuze van het Hof en de rechtsgevolgen ervan, moet er nader worden ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van het WCT. Een van de belangrijkste beslissingen die tijdens het voorbereidend werk van het verdrag moest worden genomen had betrekking op de vraag welk exclusief recht van toepassing is op de transmissie van auteursrechtelijk beschermde werken in een digitaal netwerk.⁶⁹ Met andere woorden: onder welk exclusieve recht van de rechthebbende valt het 'versturen' van een digitaal exemplaar via het internet?

De belangrijkste kandidaten voor het toepasselijke recht waren het distributierecht (artikel 6) en het recht van mededeling aan het publiek (artikel 8). De Verenigde Staten waren voorstander van het toepassen van het distributierecht op de transmissie van digitale exemplaren.⁷⁰ Daarentegen was de Europese Gemeenschap voorstander van het recht van mededeling aan het publiek.⁷¹ Beide artikelen zijn daarom zo omschreven dat zij van toepassing kunnen zijn op digitale netwerken.⁷² Uiteindelijk is op voorstel van de Europese Gemeenschap het recht van mededeling aan het publiek gebruikt als kapstok om de transmissie te regelen.⁷³ De deelnemende staten zijn echter vrijgelaten om te kiezen op welke wijze het recht van mededeling aan het publiek in hun wetgeving wordt ingepast.⁷⁴ De Verenigde Staten hebben er bijvoorbeeld voor gekozen om dit recht te implementeren door het toepasselijk verklaren van een combinatie van het distributierecht, het reproductierecht, het recht tot vertonen en het recht van uitvoering op de digitale omgeving.⁷⁵ In de Verenigde Staten is aldus geen algemeen recht tot mededeling aan het publiek in de wet opgenomen.

61 Vgl. M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud', NTBR, 2011/81, p. 1.

62 Bijvoorbeeld: <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html#SERVICE>.

63 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 50.

64 HvJ EU 24 april 2012, Conclusie A-G Bot, zaak C-128/11, overweging 73.

65 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 52.

66 D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', AMI 2013/2, p. 42.

67 *Ibid.*

68 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 52.

69 M. Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 146.

70 *Idem*, p. 206 en B.A. Lehman e.a., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, 1995, p. 213.

71 M. Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 240.

72 *Idem*, p. 239.

73 'Half-opened umbrella solution', *idem*, p. 239.

74 J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty: commentary and legal analysis*, Haywards Heath: Tottel 2007, p. 87.

75 United States Copyright Office, *DMCA Section 104 Report*, p. 94.

Tot nu toe is de heersende leer in Europa geweest dat het 'versturen' van een digitaal exemplaar via het internet valt onder de mededeling aan het publiek.⁷⁶ Deze leer is gestoeld op het gemeenschappelijk standpunt dat is opgenomen bij artikel 6 WCT.⁷⁷ In dit gemeenschappelijk standpunt staat dat het distributierecht enkel ziet op tastbare exemplaren. Volgens Ficsor moet het gemeenschappelijk standpunt echter zo worden gelezen dat het als een maatstaf voor minimale bescherming geldt en dat het de deelnemende staten vrij staat om het distributierecht uit te breiden naar de digitale omgeving.⁷⁸ De beslissing van het Hof bevestigt de uitleg van Ficsor dat het distributierecht ook van toepassing zou kunnen zijn op het internet. Doordat een mededeling aan het publiek door verkoop kan transformeren in een distributiehandeling, ziet het distributierecht niet slechts meer op de analoge omgeving. Dit is ook meer in overeenstemming met de heersende leer in de Verenigde Staten, waar het 'versturen' van een digitaal exemplaar via het internet reeds onder het distributierecht valt.⁷⁹

Stap 4: Is er een uitzondering van toepassing?

Om een digitaal exemplaar via het internet te verkopen, is een reproductie nodig. Het bestand moet immers van de computer van de verkoper naar de computer van de koper. Het Hof beslist dat de reproductie, die nodig is om een computerprogramma in het kader van een verkoop aan een derde over te dragen, valt onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Softwarerichtlijn.⁸⁰ In dit geval ging het om het downloaden van het computerprogramma van de website van de rechthebbende door de koper. Gelet op de strekking van de uitspraak is het verdedigbaar dat hetzelfde geldt indien de verkoper het computerprogramma rechtstreeks aan de koper doorstuurt. Beide varianten zijn enkel mogelijk onder de voorwaarde dat de verkoper zijn eigen kopie wist of onbruikbaar maakt.⁸¹

De Auteursrechtlijn is niet identiek aan de Software-richtlijn en kent geen uitzondering voor de reproductie die nodig is om het werk voor het beoogde doel te gebruiken. Hierdoor rijst de vraag of wellicht een andere beperking kan worden ingeroepen om de digitale verkoop mogelijk te maken.

Privékopie

Artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn geeft lidstaten de keuze om een uitzondering voor de privékopie op te nemen. Die nationale uitzondering zal in ieder geval rekening moeten houden met vier voorwaarden. De reproductie mag enkel worden gemaakt (1) door een natuurlijk persoon, (2) voor privé-gebruik, (3) zonder enig direct of commercieel oogmerk en (4) de rechthebbende moet een billijke compensatie ontvangen. Naast deze voorwaarden moet de beperking op het exclusieve reproductierecht ook voldoen aan de driestappentoets die in artikel 5 lid 5 Auteursrechtlijn is opgenomen.

In Nederland is artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn geïmplementeerd in artikel 16c Aw. Artikel 16c Aw ziet op de digitale privékopie. De Nederlandse wetgever heeft de vier genoemde voorwaarden uit artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn overgenomen en daaraan nog een extra voorwaarde toegevoegd. Ingevolge artikel 16c lid 7 Aw is het niet toegestaan om zonder toestemming van de rechthebbende de gemaakte reproductie aan een derde af te geven.

Natuurlijk persoon

Om een digitale tweedehands markt te realiseren is een intermediair – een soort marktplaats – nodig. Een voorbeeld hiervan is ReDigi; een cloud-gebaseerde virtuele marktplaats voor tweedehands digitale muziek. Om een muziekbestand via ReDigi te verkopen moet de verkoper (een gebruiker van ReDigi) het bestand uploaden naar de server van ReDigi. Hiervoor moet de gebruiker software van ReDigi op zijn computer installeren. Deze software zorgt er eveneens voor dat het originele exemplaar na het uploaden van de computer van de gebruiker wordt verwijderd.⁸² Vervolgens kan het bestand aan een koper (een andere gebruiker van ReDigi) worden verkocht. De koper heeft de optie om het bestand na de verkoop op zijn eigen computer te downloaden, waarna het exemplaar van de server van ReDigi wordt verwijderd.⁸³ Zowel het uploaden als het downloaden is een auteursrechtelijk relevante reproductie.⁸⁴

Ten aanzien van *cloudservices* bestaat de vraag of de privékopie van toepassing kan zijn op de reproductie die wordt gemaakt wanneer een bestand naar de cloud wordt geupload.⁸⁵ Die discussie heeft zich tot dusver voornamelijk gericht op de vraag wie verantwoordelijk is voor de repro-

76 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 50. Voor Nederland zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ6773 (*Hauck/Stokke*), r.o. 3.9.

77 Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ6773 (*Hauck/Stokke*), r.o. 3.9.

78 M. Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 486.

79 B.A. Lehman e.a., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, 1995, p. 213. Zie ook *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, no. 12 Civ. 95 (RJS), p. 8.

80 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 75.

81 *Idem*, r.o. 78.

82 Overigens kan niet worden voorkomen dat de verkoper een kopie op een ander apparaat achterhoudt.

83 *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, no. 12 Civ. 95 (RJS), p. 2.

84 Europese Commissie, *Follow-up to the Green paper on Copyright and related rights in the information society*, COM(96) 586 def., p. 11.

85 M.R.F. Senftleben, 'Breathing Space for Cloud-Based Business Models – Exploring the Matrix of Copyright Limitations, Safe Harbours and Injunctions', <http://ssrn.com/abstract=2241259>, p. 10.

ductie.⁸⁶ Deze vraag is van belang omdat de privékopie enkel mag worden gemaakt door een natuurlijk persoon.

In de Amerikaanse zaak *Cablevision* kwam een vergelijkbare vraag aan de orde.⁸⁷ *Cablevision* biedt haar klanten de mogelijkheid om met haar online videorecorder programma's van televisie-uitzendingen op te nemen. De US Court of Appeals maakt een vergelijking met een producent van een gewone dvd-speler en overweegt dat het de gebruiker is die de beslissing neemt om een programma al dan niet op te nemen.⁸⁸

*We conclude only that on the facts of this case, copies produced by the RS-DVR system are "made" by the RS-DVR customer, and Cablevision's contribution to this reproduction by providing the system does not warrant the imposition of direct liability.*⁸⁹

Het is onduidelijk hoe de Nederlandse rechter aankijkt tegen de vraag wie verantwoordelijk is voor de reproductie bij een cloudservice. Een vergelijking kan worden gemaakt met hosting providers.⁹⁰ In de *Scientology*-zaak⁹¹ kwam de Rechtbank Den Haag tot de beslissing dat de activiteiten van een hosting provider geen auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging inhouden.

*Het gaat hier om door de technologie gedicteerde reproducties; die ontstaan niet zozeer als gevolg van een handeling van de Service Provider als wel van de houder van een home page of de consument die thuis informatie opvraagt.*⁹²

Een vergelijking met het merkenrecht leert dat wanneer op een online marktplaats merkinbreuk wordt gemaakt, deze inbreuk in de regel niet aan de marktplaats is toe te schrijven, omdat het de klant (verkoper) is die het merk bij zijn advertentie gebruikt.⁹³

Door deze lijn te volgen is het verdedigbaar dat wanneer een digitaal exemplaar wordt verkocht de reproductie aan de gebruiker van de cloudservice is toe te schrijven.⁹⁴ De gebruiker neemt immers het initiatief tot het maken van de reproductie. Daarbij is het niet zozeer van belang dat de gebruiker programmatuur van een derde nodig heeft om het bestand te verplaatsen. Zowel artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn als artikel 16c Aw vereist niet dat de reproductie enkel kan worden gemaakt met eigen middelen.⁹⁵

Privégebruik

Een tweede voorwaarde van artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn is dat de kopie enkel wordt gemaakt voor privégebruik. Dit is geïmplementeerd in artikel 16c Aw, waarin is vervat dat de privékopie uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt. De Nederlandse implementatie is daarmee beperkter dan het Europese begrip privégebruik. Onder artikel 5 lid 2 sub b valt niet enkel het eigen privégebruik, maar ook het gebruik door vrienden, familie en andere personen uit de privésfeer.⁹⁶ Behalve de kring van personen is ook het doel van reproduceren van belang bij de voorwaarde van privégebruik. Dit wordt verder toegelicht bij de volgende voorwaarde.

Commercieel oogmerk

Een derde voorwaarde van artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn is dat de privékopie enkel mag worden gemaakt zonder direct of indirect commercieel oogmerk. Deze voorwaarde is in artikel 16c Aw letterlijk overgenomen en hangt nauw samen met de voorwaarde voor het privégebruik. Beide voorwaarden zeggen namelijk iets over de intentie waarmee de reproductie wordt gemaakt.⁹⁷ Commercieel oogmerk wil zeggen dat de gebruiker met de reproductie commercieel gewin wil behalen.⁹⁸ Op het moment dat de reproductie wordt gemaakt voor eigen oefening, studie of gebruik zal dit commerciële oogmerk niet snel aanwezig zijn. Wanneer de reproductie wordt gemaakt met het doel om deze te verkopen zal het commerciële oogmerk wel kunnen worden aangenomen.

Hieruit volgt dat enkel de koper een beroep kan doen op de privékopieregeling.⁹⁹ De verkoper heeft immers een commercieel oogmerk en daarnaast is het hem volgens artikel 16c Aw niet toegestaan om de reproductie af te geven aan derden (in dit geval de koper).¹⁰⁰ Aangezien de koper slechts de intentie heeft om van het digitale exemplaar gebruik te gaan maken, is een commercieel oogmerk afwezig. Mocht de koper het bestand gebruiken voor andere doelen dan privédoeleinden, dan kan de koper geen beroep doen op de privékopieregeling.

86 J.M.B. Seignette, 'Auteursrecht in de wolken', *IER* 2012/75, p. 2.

87 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 4 August 2008, 536 F.3d 121 (2d Cir. N.Y. 2008), *Cartoon Network LLP/CSC Holding, Inc.*

88 *Idem*, p. 23.

89 *Idem*, p. 29.

90 Rapport ALAI-studiedagen, *Copyright in a Cloud Environment*, http://www.alai.jp/ALAI2012/program/national_report/Netherlands.pdf, p. 11.

91 Rb. Den Haag 9 juni 1999, *IER* 1999, 47 (*Scientology*) en Hof Den Haag 4 september 2002, NJ 2003/664 (*Scientology*), r.o. 12.

92 Rb. Den Haag 9 juni 1999, *IER* 1999, 47 (*Scientology*).

93 HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 103.

94 In tegenstelling tot Seignette: 'TV Now doet feitelijk alles wat nodig is om de verveelvoudiging te maken [...] de abonnee hoeft enkel met een druk op de knop aan te geven welk programma hij gekopieerd wil hebben om later terug te kijken.' J.M.B. Seignette, 'Auteursrecht in de wolken', *IER* 2012/75, p. 2.

95 Rapport ALAI-studiedagen, *Copyright in a Cloud Environment*, p. 12.

96 E. Pardo & A. Lucas-Schloetter, 'Compensation for private copying in Europe: recent developments in France, Germany and Spain', *EIPR* 2013, p. 466.

97 Vgl. *idem*, p. 467.

98 L.A.R. Siemerink, 'IE(-rechten), P2P en ISP: handhaving van auteursrecht op internet nog mogelijk?', *MvV* 2008, nr. 7/8, p. 182.

99 En alleen als deze koper een natuurlijk persoon is. Zie de eerste voorwaarde.

Het businessmodel van ReDigi valt dus niet in zijn geheel onder de privékopieregeling. De door de verkoper vervaardigde kopie valt niet te rechtvaardigen op basis van artikel 16c Aw. Desondanks is het belangrijk om de verdere voorwaarden van de privékopieregeling te onderzoeken. De door de koper vervaardigde kopie zou namelijk wellicht wel een toegestane privékopie kunnen zijn. Dit zou ruimte bieden voor het kunnen ontstaan van alternatieve businessmodellen waarvoor slechts een door de koper vervaardigde privékopie nodig is.

Billijke vergoeding

Als laatste stelt artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtlijn nog de voorwaarde dat de rechthebbende een billijke compensatie ontvangt voor het privé kopiëren. Artikel 16c lid 2 Aw kent daarom een heffingssysteem dat van toepassing is op verschillende dragers waarop een privékopie kan worden gemaakt. Op dit moment valt een cloudservice niet onder deze thuiskopieregeling.¹⁰¹ De Commissie is op Europees niveau een onderzoek gestart naar de vraag in hoeverre een heffingssysteem van toepassing zou moeten zijn op cloudservices.¹⁰²

Het Hof heeft in de *Padawan*-zaak beslist dat een samenhang is vereist tussen de compensatie die moet worden betaald en de schade die wordt geleden door de rechthebbende.

*Hieruit volgt dat de billijke compensatie noodzakelijkerwijs moet worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken als gevolg van de invoering van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik.*¹⁰³

De *Padawan*-zaak had betrekking op het verschil tussen zakelijk en privégebruik van dragers. De door het Hof vereiste criterium van samenhang kan echter ook worden toegepast op de vaststelling van een heffing op een cloudservice.

Een cloudservice kan verschillende functies vervullen.¹⁰⁴ Deze kan bijvoorbeeld worden gebruikt als medium voor opslag van bestanden, uitwisseling van bestanden, verkoop van bestanden en het openbaar maken van bestanden.¹⁰⁵ Gezien de reikwijdte van dit artikel zal slechts worden ingegaan op de noodzaak van een vergoeding wanneer de cloud wordt gebruikt als medium om het verkopen van digitale exemplaren mogelijk te maken.

Uit het *Padawan*-arrest volgt dat de compensatie verband moet houden met de schade die door de rechthebbende wordt geleden. De schade ziet mijns inziens op het gebruik dat de koper van de privékopie zal maken. Ten aanzien van dit gebruik loopt de rechthebbende immers inkomsten mis. Volgens de beloningstheorie blijkt dat het onwenselijk is dat de rechthebbende bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kan vragen. Mijns inziens is er daarom geen sprake van schade voor de rechthebbende. Al is het evident dat de rechthebbende er de voorkeur aan geeft dat een koper een nieuw exemplaar afneemt in plaats van een tweedehands exemplaar.

Driestappentoets

Wanneer de privékopie als beperking van het auteursrecht wordt ingezet om digitale uitputting mogelijk te maken, komt de vraag aan de orde of een dergelijke beperking van het reproductierecht wel voldoet aan de driestappentoets van artikel 5 lid 5 Auteursrechtlijn. De driestappentoets bepaalt dat een beperking op de exclusieve rechten van de rechthebbende slechts in bijzondere gevallen mag 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.

De eerste stap houdt in dat beperkingen slechts worden toegepast in bijzondere gevallen. Deze dienen duidelijk te worden omschreven en te zijn ingegeven door een specifieke doelstelling.¹⁰⁶ De specifieke doelstelling van een beperking op het reproductierecht is om op de interne markt een vrij verkeer van goederen te realiseren ten aanzien van auteursrechtelijk beschermde werken in de digitale omgeving. Door de privékopie ruimer te interpreteren zou het in ieder geval voor natuurlijke personen mogelijk worden om legaal aangekochte digitale exemplaren door te verkopen. De beperking zou daarbij uitdrukkelijk kunnen bepalen dat een digitaal exemplaar enkel kan worden verkocht indien er geen exemplaren door de verkoper worden achtergehouden.¹⁰⁷ Ten aanzien van de digitale privékopie kan worden beargumenteerd dat er van een 'bijzonder geval' geen sprake meer is omdat het op te grote schaal plaatsvindt. Deze argumenten zien overigens meestal op het digitaal kopiëren uit illegale bron.¹⁰⁸ Ondanks dat er wellicht op grote schaal een beroep zal worden gedaan op de privékopie, is er toch sprake van een bijzonder geval omdat het verkopen van een digitaal exemplaar niet mogelijk is

100 Artikel 16c lid 7 Aw.

101 *Stb.* 2012, 505.

102 Europese Commissie, *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*, COM(2012) 529 def., p. 7.

103 HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08 (*Padawan*), r.o. 42.

104 J.M.B. Seignette, 'Auteursrecht in de wolken', *IER* 2012/75, p. 1.

105 Bijvoorbeeld Dropbox, Hotmail, ReDigi en YouTube.

106 Kwalitatieve benadering van de eerste stap, zie M.R.F. Senftleben, 'Tegengif of overdosis? Over rechtszekerheid bij privé-kopiëren uit illegale bron', *AMI*

2011/5, p. 157.

107 Een persoon kan een exemplaar immers maar één keer verkopen en heeft daarom per exemplaar maar één keer een beroep op de beperking nodig. Zodoende is het aantal privékopieën beperkt. Vgl. M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004, p. 264.

108 D.J.G. Visser, 'Private Copying' in: *A Century of Dutch Copyright: Auteurswet 1912-2012*, Amsterdam: deLex 2012, p. 416.

zonder een reproductie. Daarnaast zal het aantal digitale exemplaren niet toenemen aangezien na iedere verkoop het origineel moet worden verwijderd.

De tweede stap houdt in dat de beperking geen conflict mag opleveren met de normale exploitatie van het werk. Dit is het geval wanneer de beperking ertoe leidt dat een gedeelte van de markt of van een potentiële markt voor de rechthebbende verloren gaat. Op dit moment is het zo dat de rechthebbende de gehele digitale markt kan controleren omdat er geen tweedehands markt in digitale exemplaren bestaat. Met een empirische benadering van de tweede stap zou men kunnen zeggen dat de beperking een conflict oplevert met de normale exploitatie van de rechthebbende.¹⁰⁹ De rechthebbende ziet immers zijn aandeel in de digitale tweedehands markt slinken door concurrentie van het tweedehands aanbod. Daarnaast wordt de rechthebbende beperkt in zijn mogelijkheid om prijsdiscriminatie toe te passen. Een normatieve benadering van de tweede stap zou echter tot een andere uitkomst kunnen leiden.¹¹⁰ Op basis van het uitputtingsbeginsel zou er ook in de digitale omgeving een tweedehands markt moeten zijn. Het Hof heeft immers bepaald dat het niet wenselijk is dat de rechthebbende elke verkoop via transmissie kan controleren en bij elke wederverkoop opnieuw een vergoeding kan vragen.¹¹¹ Het verlies van de mogelijkheid van prijsdiscriminatie wordt ondervangen door het feit dat de rechthebbende verschillende variaties van zijn werk op de markt kan brengen. Daarnaast kan de rechthebbende via dienstverlening (zoals streaming) prijsdiscriminatie blijven toepassen. Vanuit een normatieve benadering zou men dus kunnen stellen dat de markt wordt gereduceerd tot een wenselijke proportie. In dat geval zou er geen conflict met de normale exploitatie van de rechthebbende zijn.

De derde stap is in feite een proportionaliteitstoets.¹¹² Voor de belangenafweging tussen het belang van de rechthebbende en de specifieke doelstelling kan worden aangesloten bij de bestaande theorieën over de rechtsgrond van de uitputtingsleer. De beloningstheorie kent het uitgangspunt dat de rechthebbende bij het op de markt brengen van exemplaren voldoende kans krijgt op een beloning voor zijn werk. Ook bij digitale exemplaren heeft de rechthebbende bij de eerste verkoop voldoende gelegenheid om een billijke vergoeding te vragen. Eventuele schade vanwege concurrentie van tweedehands exemplaren kan de rechthebbende in zijn prijs incalculeren. Daarnaast is het onwenselijk dat de rechthebbende elke wederverkoop van zijn digitale exemplaren aan zijn toestemming zou kunnen verbinden. Het vrije verkeer van goederen vereist dat exemplaren in ieder geval tussen de lidstaten vrij moeten kunnen worden verhandeld. Een beroep op de uitzondering van digitale uitputting zou dus het vrije verkeer van goede-

ren kunnen belemmeren. Gelet op de toename van digitale exploitatie is de verkeerstheorie een sterk argument voor uitputting in de digitale omgeving.¹¹³

De driestappentoets lijkt aldus ruimte te bieden om de privékopie toe te passen op de reproductie die wordt gemaakt om een digitaal exemplaar te verkopen. Het gaat echter uitsluitend om de privékopie die aan de koper kan worden toegerekend. De bestaande businessmodellen voor het wederverkopen van digitale exemplaren zouden daartoe kunnen worden aangepast.

Conclusie

Het Hof van Justitie heeft met zijn uitspraak in de zaak *UsedSoft* een belangrijke stap gezet richting digitale uitputting. De mogelijkheid van uitputting ten aanzien van online gedistribueerde computerprogramma's is in ieder geval een feit. De *UsedSoft*-formule is echter niet één op één van toepassing op andere online gedistribueerde auteursrechtelijk beschermde werken. De eerste drie stappen van de *UsedSoft*-formule kunnen ook ten aanzien van andere werken worden genomen. De Auteursrechtlijn kent hetzelfde autonome begrip als de Softwarerichtlijn. Indien onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende vormen van online exploitatie, blijkt dat ook de Auteursrechtlijn ruimte biedt om de uitputtingsleer naar de digitale omgeving door te trekken. Aangezien het Hof de transformatie van de mededeling aan het publiek tot een distributiehandeling heeft gebaseerd op de WCT, is deze transformatie ook van toepassing op de transmissie van andere auteursrechtelijk beschermde werken. Het grootste knelpunt blijkt echter te zitten in een uitzondering voor de reproductie die wordt gemaakt om het digitale exemplaar van de verkoper naar de koper te sturen. De Auteursrechtlijn kent geen uitzondering zoals opgenomen in artikel 5 lid 1 Softwarerichtlijn. Daarom is gekeken of een andere beperking wellicht uitkomst zou kunnen bieden. De privékopie zou op de reproductie van toepassing kunnen zijn, indien het verkoopproces zo is ingericht dat de benodigde reproductie(s) enkel door de koper worden gemaakt. De verkoper heeft immers – net als de intermediair – een commercieel oogmerk, en dat is bij de privékopie niet toegestaan.

Gelet op de voortvarendheid waarmee het Hof de eerste stappen heeft gezet richting digitale uitputting, valt niet uit te sluiten dat het Hof ook voornemens is om de digitale uitputting uit te breiden naar alle auteursrechtelijk beschermde werken. Dit geeft mijns inziens voldoende reden om overweging 29 van de Auteursrechtlijn en de privékopie in een nieuw licht te bekijken.

109 M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004, p. 168.

110 Idem, p. 178 en K.J. Koelman, 'Fixing the Three-Step Test', *EIPR*, 2006/8, p. 411.

111 *UsedSoft/Oracle*, r.o. 63.

112 M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2004, p. 274.

113 P.B. Hugenoltz, 'Adapting copyright to the information superhighway', in: *The Future of Copyright in a digital environment*, Den Haag: Kluwer 1996, p. 96.