

# **De uitlening van e-books via een download van het internet**

Het Nederlandse uitleenrecht in het licht van het UsedSoft/Oracle-arrest van het HvJ EU

J. E. Mascini  
Vrije Universiteit Amsterdam  
Faculteit Rechtsgeleerdheid, afstudeerrichting Privaatrecht  
Scriptiebegeleider: prof. mr M.R.F. Senftleben  
Tweede lezer: prof. mr H.N. Scholtens  
Studentnummer: 1668501  
Datum van indiening 18 februari 2014

## Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	
1.1	Inleiding	p.3
1.2	Onderzoeksvraag	p.4
1.3	Onderzoeksmethode	p.4
<b>2</b>	<b>Juridisch kader</b>	
2.1	Inleiding	p.5
2.2	Aanloop naar een Nederlandse auteursrechtelijke uitleenregeling	p.5
2.2.1	De uitputtingsleer	p.5
2.2.1.1	Betekenis uitputtingsleer	p.5
2.2.1.2	Ratio en legitimatie uitputting	p.7
2.2.2	Leengeldvergoeding 1971-1983	p.8
2.2.3	Vergoedingsregeling in de Welzijnswet	p.8
2.2.4	Exclusief uitleenrecht; vergoedingsregeling	p.9
2.3	Het Nederlandse uitleenrecht	p.10
2.3.1	Inleiding	p.10
2.3.2	Exploitatierchten van de auteur	p.10
2.3.3	Artikelen 12, lid 1, sub 3, en 15c, Auteurswet	p.12
<b>3</b>	<b>Juridische kwalificatie e-lending</b>	
3.1	Inleiding	p.14
3.2	Traditionele benadering e-lending	p.14
3.3	Ontwikkelingen in de jurisprudentie en in de doctrine	p.16
3.3.1	Distributie en uitputting van het distributierecht bij immateriële objecten op grond van de Auteursrechtlijn	p.16
3.3.2	Immateriële objecten als 'goederen' in de zin van het Wetboek van Strafrecht	P.18
3.3.3	Immateriële objecten als 'zaken' in de zin van artikel 3:2 Burgerlijk Wetboek	p.19
3.3.4	Verkoop van immateriële objecten	p.20
3.4	Recente jurisprudentie in de Verenigde Staten	p.20
<b>4</b>	<b>Toepassing van het Usedsoft/Oracle-arrest op het Nederlandse leenrecht</b>	
4.1	Inleiding	p.22
4.2.	In het verkeer brengen van exemplaren van werken	p.22
4.3	Voor gebruik voor beperkte tijd ter beschikking stellen	p.24
4.4	Reproductiehandeling	p.26
4.4.1	Artikel 5, lid 1, Auteursrechtlijn	p.26
4.4.2	Artikel 5, lid 1, Softwarerichtlijn	p.27
4.4.3	Artikel 5, lid 1, Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht	p.27
4.4.4	Artikel 5, lid 2, sub b Auteursrechtlijn	p.28
<b>5</b>	<b>Conclusie</b>	p.31

### Literatuurlijst

# 1. Inleiding

## 1.1 Inleiding

In de afgelopen jaren heeft het e-book in Nederland flink aan populariteit gewonnen. In 2013 zijn er door het Centraal Boekhuis, de grootste logistieke dienstverlener op het gebied van Nederlandstalige boeken en e-books, in totaal 1,95 miljoen e-books verkocht. In 2012 waren dat er nog 1,2 miljoen, tegen 720.000 in 2011.<sup>1</sup> Er werden in 2013 28.319 titels als e-book ter beschikking gesteld, 9.089 meer dan het jaar ervoor.<sup>2</sup> De afzet van e-books maakt inmiddels 4,6 % uit van de totale A-boekenmarkt.<sup>3</sup> Het percentage van de omzet ligt iets lager, op 3,2 %, omdat e-books doorgaans voor een lagere prijs worden aangeboden dan papieren boeken.<sup>4</sup> Van de ca. 80.000 titels aan papieren boeken die het Centraal Boekhuis in 2013 aanbood, werd van 28.319 titels een e-book ter beschikking gesteld.<sup>5</sup> Ook komt het steeds vaker voor dat auteurs hun werk uitsluitend in digitale vorm publiceren ('born digital' werken).<sup>6</sup> Ondanks deze groei loopt de Nederlandse e-bookmarkt nog aanzienlijk achter op die van de Verenigde Staten (31% van de omzet van de A-boekenmarkt in 2012) en het Verenigd Koninkrijk (15% van de omzet van de A-boekenmarkt in 2012).<sup>7</sup> In april 2011 maakte internetwinkel *Amazon* bekend in de Verenigde Staten meer e-books te verkopen dan papieren boeken.<sup>8</sup> In augustus 2012 bereikte *Amazon* deze mijlpaal ook in het Verenigd Koninkrijk.<sup>9</sup>

Naast de verkoopmarkt zijn er partijen die e-books voor gebruik voor bepaalde tijd ter beschikking stellen. Dit kan analoog, op een e-reader, of digitaal, via een download van het internet (*e-hiring* en *e-lending*). Ook worden er e-boektitels aangeboden ter raadpleging online (*streaming*). De Nederlandse openbare bibliotheken zijn van mening<sup>10</sup> dat de terbeschikkingstelling van e-books deel uitmaakt van hun maatschappelijke functie ten aanzien van de kenniseconomie (informatievrijheid). Op 7 december 2011 heeft de toenmalige staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap in een brief<sup>11</sup> aan de Tweede Kamer de rol van openbare bibliotheken in het digitale domein omschreven als "het publieksvriendelijk, gestructureerd en van context voorzien aanbieden van digitale vormen van informatie en cultuur met een toets op betrouwbaarheid, toegankelijkheid, onafhankelijkheid en pluriformiteit".<sup>12</sup> Zouden de openbare bibliotheken niet tegemoet komen aan de groeiende e-boekvraag dan zou de maatschappelijke waarde van deze instellingen op den duur kunnen afnemen, aldus de staatssecretaris. Auteurs en uitgevers stellen zich tot op heden evenwel terughoudend op ten aanzien van elektronische uitlening.<sup>13</sup> Zij vrezen dat de terbeschikkingstelling van e-books door openbare bibliotheken een kannibaliserend effect zal hebben op de omzet bij commerciële partijen, waardoor de normale exploitatie van hun werk in het geding zou kunnen komen.

<sup>1</sup> J. Kraan, "Ruim 60 procent meer Nederlandse e-books verkocht in 2013", *NUtech* 14 januari 2014, gevonden op <[www.nutech.nl/internet/3675209/ruim-60-procent-meer-nederlandse-e-books-verkocht-in-2013.html](http://www.nutech.nl/internet/3675209/ruim-60-procent-meer-nederlandse-e-books-verkocht-in-2013.html)>.

<sup>2</sup> V. Elzinga, "CB distribueerde 1,95 mln e-boeken in 2013", *Boekenblad* 14 januari 2014, gevonden op <[www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774 lynkx](http://www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774 lynkx)>.

<sup>3</sup> 'A-boeken' is een verwijzing naar de categorie 'algemene boeken'. Hiernaast worden onderscheiden: s-boeken (schoolboeken), w-boeken (wetenschappelijke boeken) en o-boeken (overige boeken).

<sup>4</sup> Anders dan papieren boeken vallen e-books niet onder de Wet op de vaste boekenprijs waardoor retailers zelf de verkoopprijs kunnen vaststellen.

<sup>5</sup> V. Elzinga, "CB distribueerde 1,95 mln e-boeken in 2013", *Boekenblad* 14 januari 2014, gevonden op <[www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774 lynkx](http://www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774 lynkx)>.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28330, nr. 51, p. 4.

<sup>7</sup> "Enders Analysis, Digital Europe: Diversity and Opportunity", mei 2012, gevonden op <[http://www.letsconnected.eu/files/Lets\\_go\\_connected-Full\\_report.pdf](http://www.letsconnected.eu/files/Lets_go_connected-Full_report.pdf)>.

<sup>8</sup> C. Cain Miller, J. Bosman, "E-Books Outsell Print Books at Amazon", *NY Times* 19 mei 2011, gevonden op <[www.nytimes.com/2011/05/20/technology/20amazon.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/05/20/technology/20amazon.html?_r=0)>.

<sup>9</sup> S. Malik, "Kindle ebook sales have overtaken Amazon print sales, says book seller", *The Guardian* 6 August 2012, gevonden op <[www.theguardian.com/books/2012/aug/06/amazon-kindle-ebook-sales-overtake-print](http://www.theguardian.com/books/2012/aug/06/amazon-kindle-ebook-sales-overtake-print)>.

<sup>10</sup> "VOB start proefprocedure uitleen e-books", *Bibliotheekblad* 10 juni 2013, gevonden op <<http://www.bibliotheekblad.nl/nieuws/nieuwsarchief/bericht/1000004219>>.

<sup>11</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28330, nr. 51

<sup>12</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28330, nr. 51, p. 4

<sup>13</sup> SEO economisch onderzoek, "Digitale drempels: Knelpunten voor legaal digitaal aanbod in de creatieve industrie", 2012, p.75.

Het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft IVIR<sup>14</sup> en SEO<sup>15</sup> opdracht gegeven onderzoek te verrichten naar de economische effecten van e-lending en de mogelijkheid om e-lending onder de uitleenregeling in de Auteurswet te scharen. De Auteurswet bepaalt dat uitlening deel uitmaakt van het exclusieve openbaarmakingsrecht van de auteursrechthebbende (artikel 12, lid 1, sub 3) maar dat openbare instellingen zonder commercieel oogmerk auteursrechtelijk beschermd werk mogen uitlenen indien hiervoor een vergoeding wordt betaald (artikel 15c).

## 1.2 Onderzoeksvraag

Parallel aan het onderzoek van IVIR en SEO heb ik zelf onderzoek verricht naar de auteursrechtelijke basis van e-lending. De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt dan ook: *In hoeverre biedt het nationale uitleenrecht ruimte om e-lending – het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van e-bookexemplaren via een download van het internet – door openbare bibliotheken aan te merken als ‘uitlening’ in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, Aw en toe te staan op grond van de uitleenexceptie in artikel 15c Aw?*

Op 26 februari 2013 is het rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'<sup>16</sup> van IVIR en SEO door de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de Tweede Kamer aangeboden. Het rapport concludeert dat e-lending *niet* onder de huidige uitleenregeling kan worden geschaard. De analyse in deze scriptie wijkt op een aantal belangrijke punten af van die van IVIR en SEO, met name waar het de doorwerking van het *UsedSoft/Oracle-arrest*<sup>17</sup> betreft. Ik wil de lezer er dan ook op attent maken dat de inhoud van deze scriptie niet overeenkomt met de huidige opvatting van de regering.

## 1.3 Onderzoeksmethode

In het tweede hoofdstuk vindt een bespreking van het Nederlandse uitleenrecht plaats. Hier wordt kort de totstandkomingsgeschiedenis van het uitleenrecht in Nederland besproken, waarbij zal worden ingegaan op de uitputtingsleer, de leengeldregeling van 1971 en de vergoedingsregelingen die deel uitmaakten van het welzijnsbeleid in de jaren '80. Hierna volgt een uiteenzetting van de huidige uitleenregeling in de Auteurswet. Zowel het exclusieve recht van de auteur als de zogenaamde *uitleenrechtexceptie* ten behoeve van openbare instellingen komt aan bod.

In het derde hoofdstuk wordt besproken in hoeverre de Nederlandse Auteurswet, het recht van de Europese Unie en de auteursrechtelijke multilaterale verdragen ruimte bieden voor de online terbeschikkingstelling van e-books door openbare bibliotheken. Eerst zal worden ingegaan op de wetshistorische definitie van uitlening in het kader van de Nederlandse Auteurswet en de Europese Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht. Ook zal aandacht worden besteed aan de door de minister van justitie en staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gedane uitspraken met betrekking tot de digitale exploitatiemodellen *pay-per-view* en *video-on-demand*. Hierna volgt een bespreking van recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (*UsedSoft/Oracle-arrest*) en de Nederlandse Hoge Raad waarin de tastbaarheid van een werk als voorwaarde voor toepasselijkheid van het distributierecht en de uitputtingsregeling centraal heeft gestaan. Voorts zullen ter contrast nog twee recente zaken in de Verenigde Staten worden besproken.

In het vierde hoofdstuk zal worden ingegaan op welke aanknopingspunten de bovengenoemde jurisprudentie biedt om het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van e-books door openbare bibliotheken onder de huidige uitleenregeling te scharen. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van een interpre-

---

<sup>14</sup> Instituut voor Informatierecht (<[www.ivir.nl](http://www.ivir.nl)>).

<sup>15</sup> SEO economisch onderzoek (<[www.seo.nl](http://www.seo.nl)>).

<sup>16</sup> Kamerstukken II, 2012-2013, 28330, nr. 55

<sup>17</sup> HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11, *n.n.g.*

tatie naar analogie van de door het Hof van Justitie van de EU in het UsedSoft/Oracle-arrest geformuleerde definitie van 'verkoop'. Voorts zal worden besproken hoe e-lending door openbare bibliotheken zich verhoudt tot de internationale driestappentoets, in het bijzonder het vereiste dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk door de auteursrechthebbende.

In het vijfde hoofdstuk staat de conclusie van dit scriptieonderzoek. Hier wordt een opsomming gegeven van de hoofdzaken in de eerdere hoofdstukken en wordt antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag.<sup>18</sup>

## 2. Juridisch kader

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het Nederlandse uitleenrecht in kaart gebracht. Paragraaf 1 geeft kort de aanloop weer naar de eerste auteursrechtelijke uitleenregeling in Nederland. Aandacht zal worden besteed aan de uitputtingsleer, de leengeldregeling van 1971 en de vergoedingsregelingen die deel uitmaakten van het welzijnsbeleid in de jaren '80. In deze paragraaf zal een beeld worden geschetst van de *ratio iuris* en de rechtvaardigingsgrond van het uitleenrecht, aan de hand waarvan inzicht wordt verkregen in de reikwijdte van de betreffende wetsbepalingen. Paragraaf 2 zet het regime van het huidige Nederlandse uitleenrecht uiteen. Deze begint met een overzicht van de exclusieve exploitatierechten van de auteur (artikel 1 Aw). Vervolgens zal worden ingegaan op het uitsluitende recht van de auteursrechthebbende (artikelen 12, lid 1, sub 3, jo. lid 3, Aw) om de uitlening van zijn werk toe te staan of te verbieden en de zogenaamde *uitleenrechtexceptie* ten behoeve van openbare instellingen zoals openbare bibliotheken (artikel 15c Aw).

### 2.2 Aanloop naar een Nederlandse auteursrechtelijke uitleenregeling

Voorafgaand<sup>19</sup> aan de implementatie van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht<sup>20</sup> ontleenden Nederlandse (openbare) bibliotheken hun bevoegdheid tot uitlenen aan de uitputtingsleer.

#### 2.2.1 De uitputtingsleer

##### 2.2.1.1 Betekenis uitputtingsleer

De uitputtingsleer is ontwikkeld in de jurisprudentie<sup>21</sup> en houdt in dat de auteursrechthebbende zich niet kan verzetten tegen de distributie van exemplaren van zijn werk die reeds door hem of met zijn toestem-

---

<sup>18</sup> Tijdens de afronding van deze scriptie, op 21 januari 2014, is de openbare bibliotheek in samenwerking met een aantal uitgevers van start gegaan met een testaanbod van 5.000 e-boektitels. Bibliotheekleden kunnen ongelimiteerd e-books downloaden, waarbij meer personen tegelijk hetzelfde e-book kunnen raadplegen (het e-book kan dus niet 'uitgeleend' zijn). Na drie weken verdwijnt het e-book automatisch (technisch gezien blijft het e-book op de informatiedrager aanwezig maar kan het niet meer worden geraadpleegd). Tot april 2014 valt deze dienst onder het basisabonnement van de bibliotheken. Daarna zal voor de titels jonger dan drie jaar een 'e-bookpluspakket' bovenop het reguliere bibliotheeklidmaatschap moeten worden aangeschaft. Voor twintig euro kunnen dan achttien e-books per jaar worden geleend. Voor iedere e-boekuitlening wordt door de openbare bibliotheek een vergoeding ten behoeve van de auteursrechthebbenden betaald (varierend van 12 tot 36 eurocent, afhankelijk van wanneer het boek is uitgebracht). Aangesloten uitgeverijen zijn onder meer A.W. Bruna, De Bezige Bij, AtlasContact, De Fontein en enkele kleinere uitgeverijen (H. Teunis, "Bibliotheek leent e-books uit", *BNR* 21 januari 2014 ([www.bnr.nl/nieuws/876535-1401/bibliotheek-leent-e-books-uit](http://www.bnr.nl/nieuws/876535-1401/bibliotheek-leent-e-books-uit))).

<sup>19</sup> Wijzigingswet Auteurswet 1912, enz. (Richtlijn Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende verhuurrecht, uitleenrecht en bepaalde naburige rechten)(in werking getreden op 29 december 1995), *Stb.* 1995, 653.

<sup>20</sup> Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 346 van 27 november 1992, p. 61), vervangen door Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 376 van 27 december 2006, p. 28).

<sup>21</sup> zie HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95 (Spaarnestad/Favoriet); HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280 (Stemra/Free Record Shop), m.nt. LWH; AA 1989, p. 941, m.nt. Cohen Jehoram; De term 'uitputting' werd voor het eerst gebruikt in HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 258 (Polak/De Muinck).

ming door eigendomsoverdracht in het verkeer zijn gebracht, met uitzondering van verhuur en uitleen. De zeggenschap van de auteur over de verspreiding van een exemplaar van zijn werk houdt op te bestaan (is *uitgeput*) zodra dit exemplaar rechtmatig op de markt is gekomen. Een lange tijd werd in het Nederlandse auteursrecht een universele uitputtingsleer gehanteerd<sup>22</sup>, op basis waarvan uitputting plaatsvond wanneer het exemplaar *ergens ter wereld* in het verkeer werd gebracht. Tegenwoordig kennen we een communautaire uitputtingsleer: uitputting vindt alleen plaats wanneer het product in de Europese Economische Ruimte (EER)<sup>23</sup> in het verkeer is gebracht.<sup>24</sup> Producten die in Duitsland rechtmatig op de markt zijn gekomen, mogen daarna dus zonder toestemming in Nederland worden aangeboden; producten die in China in het verkeer zijn gebracht, niet. In 2004 is de uitputtingsleer in navolging van de Auteursrechtlijn<sup>25</sup> vastgelegd in artikel 12b Aw.<sup>26</sup> Alle intellectuele eigendomsrechten zijn gekoppeld aan een uitputtingsregeling. Wel bestaan er onderling verschillen met betrekking tot de voorwaarden en rechtsgevolgen van uitputting.<sup>27</sup>

Alleen eigendomsoverdracht, zoals de verkoop van een CD-ROM of de schenking van een boek, leidt tot uitputting. Geeft de auteur het exemplaar tijdelijk in gebruik (zoals op titel van huur of bruikleen), dan laat dit zijn zeggenschap over de verdere verspreiding van dit exemplaar dus onverlet. Op uitputting kan geen beroep worden gedaan indien het exemplaar, na op rechtmatige wijze in het verkeer te zijn gebracht, een andere vorm heeft gekregen. Het op de markt aanbieden van een gewijzigd product is een nieuwe openbaarmaking van het werk en dus voorbehouden aan de auteursrechthebbende.<sup>28</sup>

Het onderwerp van uitputting is het verspreidingsrecht (in de Auteursrechtlijn wordt gesproken van het *distributierecht*). Ook verhuur en uitleen worden beschouwd als distributiehandelingen.<sup>29</sup> Aanvankelijk vielen deze handelingen ook onder de uitputtingsregeling, waardoor het de verkrijger van een rechtmatig in het verkeer gebracht product vrij stond dit zonder toestemming van de auteursrechthebbende (tegen vergoeding) voor beperkte tijd aan het publiek ter beschikking te stellen. Kenmerkend hiervoor is het *Leesportefeuille-arrest* van 1952, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het de eigenaar van een collectie gekochte tijdschriften was toegestaan deze in een leesportefeuille op te nemen en aan derden te verhuren.<sup>30</sup> De uitputtingsregeling is niet beperkt tot geschriften: ook muziekdragers mogen worden verder verspreid, nadat zij op rechtmatige wijze in de EER in het verkeer zijn gebracht. Dit laatste werd erkend in de zaak *Stemra v. Free Record Shop*<sup>31</sup>. De Hoge Raad overwoog hier:

*“ Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd - dus een verveelvoudiging van dat werk - eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarstelling van die verveelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of*

<sup>22</sup> Zie o.a. Hof Amsterdam 12 maart 1982, *BIE* 1984, 61; Pres Rb Haarlem 28 september 1990, *BIE* 1991, 98.

<sup>23</sup> Op basis van de op 2 mei 1992 te Oporto tot stand gekomen overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, *Trb.* 1992, 132, laatstelijk *Trb.* 2012, 40, *PbEG* L 001 van 3 januari 1994, in EU-lidstaten en IJsland, Liechtenstein, Noorwegen (Zwitserland is na referendum niet partij geworden).

<sup>24</sup> Dit geldt voor alle werken, op basis van het op 1 september 2004 ingevoerde art. 12b Auteurswet. Hiervoor gold dit evenwel al voor computerprogramma's (zie Pres. Rb 's-Gravenhage 7 juli 1995, *IER* 1995, nr. 30, m.nt. SdW, *CR* 1995, (Novell Netware), databanken en naburige rechten.

<sup>25</sup> 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 (*Pb* L 167 van 22 juni 2001, p. 10).

<sup>26</sup> Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschap van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*Pb.* 2001, L 167) (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij) (*Stb.* 24 augustus 2004, 409).

<sup>27</sup> Zie o.a. art. 53, lid 5 Rijksoctrooiwet (m.b.t. octrooien), artikel 2.23, lid 3, Benelux verdrag inzake de intellectuele eigendom (m.b.t. merken), artikel 3.19, lid 4, BVIE (m.b.t. tekeningen en modellen), artikel 2, lid 3, Databankenwet (m.b.t. databanken) en artikel 60 Zaaizaad - en plantgoedwet 2005 (m.b.t. kweekgoed).

<sup>28</sup> Dit is bepaald in HR 19 januari 1979 *NJ* 1979, 412 m.nt. LWH; *AMR* 1979, p. 50 m.nt. Spoor; *AA* 1980, p. 311, m.nt. Cohen Jehoram (Poortvliet-arrest)). De Hoge Raad liet zich in dit arrest uit over de verkoop van uitgeknipte en ingelijste kalenderafbeeldingen van werken van kunstenaar Rien Poortvliet.

<sup>29</sup> HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95 (Spaarnestad/Favoriet).

<sup>30</sup> HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95 (Spaarnestad/Favoriet).

<sup>31</sup> HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280, m.nt. LWH; *AA* 1989, p. 941, m.nt. Cohen Jehoram.

*op andere wijze - of aanbieding voor zulk een doel - niet als een (verdere) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken.” (r.o. 3.4)*

In navolging van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht vallen verhuur en uitleen thans buiten de werkingssfeer van de uitputtingsregeling (artikel 12b Aw).<sup>32</sup>

### 2.2.1.2 Ratio en legitimatie uitputting

Met de uitputtingsregeling wordt getracht een evenwicht tot stand te brengen tussen enerzijds het belang van de auteursrechthebbende bij de exploitatie van zijn werk en anderzijds het belang van de eigenaar van het beschermde werkexemplaar om over zijn zaak te kunnen beschikken en het algemeen belang met betrekking tot het vrije verkeer van goederen.<sup>33</sup> Spoor onderscheidt in dit verband de *eigendomstheorie* en de *verkeerstheorie*.<sup>34</sup>

- De *eigendomstheorie* gaat uit van het beginsel dat de eigenaar van een goed (waarop een intellectueel eigendomsrecht rust) op grond van het goederenrecht bevoegd is om dit goed zonder toestemming van de rechthebbende te gebruiken (artikel 5:1, lid 2 BW) en te vervreemden (artikel 3:83 BW).<sup>35</sup> Zonder uitputtingsregeling zou het bijvoorbeeld niet zijn toegestaan om boeken en CD's op *Marktplaats* aan te bieden.
- De *verkeerstheorie* is gebaseerd op de gedachte dat werkexemplaren vrijelijk moeten kunnen circuleren. Het is niet de bedoeling dat auteursrechthebbenden hun rechten kunnen aanwenden om de verspreiding van exemplaren te controleren nadat deze met hun toestemming op de markt zijn gekomen.<sup>36</sup> Deze norm geldt niet alleen voor Nederland maar voor de gehele Europese Economische Ruimte. Artikel 34 VwEU bepaalt dat de in-, door- en uitvoer van rechtmatig in het verkeer gebrachte producten niet door de lidstaten mag worden belemmerd. Er bestaan gevallen waarin belemmering van het vrije verkeer van goederen evenwel gerechtvaardigd is, zoals uit hoofde van de bescherming van industriële en commerciële eigendom (artikel 36 VwEU).<sup>37</sup> Wel is blijkens de gevestigde rechtspraak vereist dat 'intellectuele eigendomsrechten uitputten', zodra de onder deze rechten uitgebrachte goederen rechtmatig in een lidstaat in het verkeer zijn gebracht.<sup>38</sup>
- Van der Kolk, Van der Torren en Kurvers voeren specifiek voor het auteursrecht nog een derde *ratio* aan, namelijk dat uitputting bijdraagt aan de *free flow of information*, waardoor een groter aantal mensen toegang heeft tot de in het werk vervatte informatie.<sup>39</sup>

Met betrekking tot de rechtvaardiging van uitputting, wordt doorgaans de *beloningstheorie* aangevoerd.<sup>40</sup> Deze theorie berust op de gedachte dat de auteur op het moment dat hij een exemplaar van zijn werk in het verkeer brengt, een prijs kan bedingen die gelijk staat aan de door hem geleverde prestatie.<sup>41</sup> Dit behoeft enige uitleg. Zoals hierboven besproken, kan van het beginsel van een vrij verkeer van goederen worden afgeweken wanneer dit rechtvaardiging vindt in de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Deze afwijking mag evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is ter bescherming van het

<sup>32</sup> Kamerstukken II, 1992-1993, 23 247, nr. 3, p. 1.

<sup>33</sup> HvJEU 3 juli 2012, zaak C-128/11 (UsedSoft/Oracle).

<sup>34</sup> Verwijzing in F. Grosheide, *Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht* in, F. Grosheide & K. Boele-Woelki, 'Molengrafica 1997', Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 272.

<sup>35</sup> U.S. Supreme Court, 84 U.S. 453, 1873 (Adams/Burke); F. Grosheide, *Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht* in, F. Grosheide & K. Boele-Woelki, 'Molengrafica 1997', Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 266-270.

<sup>36</sup> M. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam', *AMI* 2013/2, p. 56; F. Grosheide, *Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht* in, F. Grosheide & K. Boele-Woelki, 'Molengrafica 1997', Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 266-275; H. Cohen Jehoram, in: 'Informatierecht', 1987/2, p. 273.

<sup>37</sup> Waaronder ook het auteursrecht wordt geschaard, zie o.a. Hof 's-Gravenhage 22 januari 2013, LJN BY8716 (Simba/Hasbro).

<sup>38</sup> HvJEG 14 juli 1981, C-187/80 (Merck/Stephar) en gevoegde zaken C-267/95 en C-268/95 (Merck/Primecrown); HvJEU 8 juni 1971, C-78/70 (Deutsche Grammophon/Metro); 'Vrij verkeer van goederen', Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2010, p. 29-30.

<sup>39</sup> A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, p. 41.

<sup>40</sup> Heath, ERPL (1996) pp. 324-325 in F. Grosheide, *Uitputting van intellectuele eigendomsrechten in het bijzonder van het auteursrecht*, in Grosheide & K. Boele-Woelki, 'Molengrafica 1997', Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 274.

<sup>41</sup> Vgl. Conclusie A-G Franx bij HR 20 november 1987, NJ 1988, 280.

'specifieke voorwerp' van de intellectuele eigendom.<sup>42</sup> Het 'specifieke voorwerp' betreft met name de commerciële exploitatie van het in het verkeer brengen of ter beschikking stellen van het werk door tegen betaling van een vergoeding licenties te verlenen.<sup>43</sup> Het 'specifieke voorwerp' heeft niet het doel de rechthebbende te verzekeren van een zo hoog mogelijke vergoeding, maar strekt slechts tot de aanspraak op een 'passende beloning' voor het gebruik van het werk (overweging 10 van de considerans van de Auteursrechtlijn).<sup>44</sup> Onder 'passend' wordt verstaan: 'in redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie'.<sup>45</sup> In het bijzonder moet rekening worden gehouden met het aantal personen dat van het werk gebruik maakt (of zal gaan maken).<sup>46</sup> Spoor merkt in dit verband op dat 'uitputting' niet als een *principe* dient te worden gekwalificeerd maar als een *verschijnsel*, namelijk: het aflopen van het recht na een gebeurtenis 'waaruit kan worden afgeleid dat de rechthebbende voldoende aan zijn trekken is gekomen'.<sup>47</sup>

## 2.2.2 Leengeldvergoeding 1971-1983

Na de Tweede Wereldoorlog is het aantal uitleningen van werken door bibliotheken sterk toegenomen. Tussen 1950 en 1975 steeg het boekenaanbod met 400%, het aantal uitleningen groeide in deze periode zelfs met 500%.<sup>48</sup> De populariteit van bibliotheekdiensten leidde ertoe dat steeds minder lezers voor hun boeken naar de winkel kwamen. Door velen werd het als onbevredigend ervaren dat auteursrecht-hebbenden als gevolg van de uitputtingsregeling geen profijt hadden van de exploitatie van hun werk.<sup>49</sup> In zijn conclusie bij het eerder genoemde *Leesportefeuille-arrest* van 1952, gaf advocaat-generaal Franx aan, sterke argumenten te zien voor het verstevigen van de positie van de auteursrechthebbenden ter zake van de secundaire exploitatie van hun werk, maar merkte hierbij tevens op dat dit een zaak was voor de wetgever. Met protestacties werd gepleit voor vergoedingsrechten voor auteurs en uitgevers. Als reactie op deze protesten werd in 1965 door de overheid het Fonds voor de Letteren opgericht.<sup>50</sup> Via dit Fonds werden in 1971 voor het eerst 'leengeldvergoedingen' uitgekeerd. De beschikbare som was een jaarlijks forfaitair bedrag, ten laste van de begroting van het toenmalige Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk. Het vergoedingsmechanisme steunde op een administratieve regeling.<sup>51</sup> Alleen Nederlandse schrijvers en vertalers van 'bellettrie', kinderboeken en gedichtenbundels konden aanspraak maken op vergoeding.<sup>52</sup> De vergoeding werd berekend aan de hand van het aantal exemplaren dat over een jaar door de bibliotheken was aangeschaft.<sup>53</sup> In 1983 werd de leenvergoedingsregeling van de begroting geschrapt in het zicht van een wettelijke regeling.<sup>54</sup>

## 2.2.3 Vergoedingsregeling in de Welzijnswet

---

<sup>42</sup> HvJ EU 23 oktober 2003, C-115/02, overweging 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>43</sup> HvJ EG 20 oktober 1993, C-92/92 en C-326/92 (Phil Collins e.a.), overweging 20.

<sup>44</sup> HvJEU 4 oktober 2011, C-403/08 et C-429/08, overweging 106; Conclusie A-G Bot bij HvJEU 3 juli 2012, zaak C-128/11 (UsedSoft/Oracle).

<sup>45</sup> HvJEG 22 september 1998, C-61/97, overweging 15.

<sup>46</sup> HvJEU 11 december 2008, C-52/07, overwegingen 36-38.

<sup>47</sup> J. Spoor & D. Verkade, *Auteursrecht*, 1985, p. 122-123 in Conclusie A-G Franx bij HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280. Franx stelt tevens dat het in het verkeer brengen van een exemplaar kan worden beschouwd als 'rechtsuitoefening', waarna het auteursrecht eindigt.

<sup>48</sup> H. Cohen Jehoram, *Public Lending Right: Reports of an ALAI Symposium and Additional Materials*, Deventer: Kluwer, 1983, p. 57.

<sup>49</sup> Zie HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280, m.nt. LWH; *AMI* 1988/1, p. 15, m.nt. HCJ.

<sup>50</sup> Opgericht bij akte van 28 juli 1965; A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, 1990, p. 9-10.

<sup>51</sup> A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, 1990 p. 11.

<sup>52</sup> J. Linssen, 'Naar een leenrecht voor auteurs en uitgevers', *AA* 33, 1984, p. 718.

<sup>53</sup> Op basis van gegevens van de Nederlandse Bibliotheekdienst (NDB), aldus A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, 1990, p. 13.

<sup>54</sup> A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, p. 11; 'Het Leenrecht ontleed, Een onderzoek naar de culturele aspecten van een auteursrechtelijke regeling', Raad van Advies voor Bibliotheekwezen en Informatievoorziening (RABIN), 's Gravenhage: 1990, p. 20-21.

De eerste wettelijke leenvergoedingsregeling was niet auteursrechtelijk van aard. Conform het advies van de Interdepartementale Leenrechtcommissie<sup>55</sup> werd het leenvergoedingsrecht op sociaal-economische gronden<sup>56</sup> ondergebracht in de Welzijnswet van 1987.<sup>57</sup> Op basis van het Tijdelijk Besluit Leenvergoedingen<sup>58</sup> had deze leenvergoedingsregeling al effect sinds 1 januari 1986. De werken die voor vergoeding in aanmerking kwamen, waren 'gedrukte, niet-periodieke werken die, tenzij het een poëziewerk, toneelstuk, kinder- of jeugdboek of muziekwerk betreft, ten minste 32 pagina's omvatten, en die, indien zij tekst bevatten, in het Nederlands of Fries zijn gesteld'.<sup>59</sup> De vergoeding werd vastgesteld op basis van het aantal uitleningen per publicatie per jaar; een getal dat steekproefsgewijs werd vastgesteld.<sup>60</sup> Ook uitgevers hadden op basis van deze regeling recht op vergoeding. De onderlinge verdeling tussen auteurs en uitgevers was 70%-30%.<sup>61</sup> De kas werd bekostigd door het Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de bibliotheken gezamenlijk.<sup>62</sup>

## 2.2.4 Exclusief uitleenrecht; vergoedingsregeling

De grote diversiteit van uitleenregimes in de lidstaten van de Europese Gemeenschap (thans Europese Unie) in de jaren '80 had een negatieve werking op het vrije verkeer van goederen. Als een lidstaat al voorzorg in een nationale vergoedingsregeling, vielen buitenlandse auteurs en uitgevers daar buiten.<sup>63</sup> Ook openbaarden zich nieuwe problemen door de opkomst van digitale informatiedragers. In 1988 presenteerde de Europese Commissie het Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie<sup>64</sup>, een analyse van auteursrechtelijke gebieden ten aanzien waarvan volgens de Commissie actie moest worden ondernomen. De hoogste prioriteit werd gegeven aan de harmonisatie van een exclusief verhuurrecht en piraterijbestrijding.<sup>65</sup> Het leenrecht werd niet behandeld in het Groenboek maar werd, op verzoek van de lidstaten tijdens de 'follow-up communication'<sup>66</sup> en hoorzittingen, wel in het uiteindelijke richtlijnvoorstel<sup>67</sup> opgenomen.

Op 19 november 1992 is de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht<sup>68</sup> in werking getreden. Inmiddels is deze vervangen door de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht van 2006.<sup>69</sup> Deze Richtlijn geeft als uitgangspunt dat de lidstaten auteurs voorzien van een exclusief recht: artikel 1, lid 1, bepaalt dat de auteur het uitsluitende recht toekomt om de uitlening van het origineel en de kopieën van zijn werk toe te staan of te verbieden. Van deze regel kan worden afgeweken: op basis van artikel 6 kunnen de lidstaten het exclusieve recht omzetten in een vergoedingsaanspraak. Uitleen en verhuur zijn krachtens artikel 1, lid 2, uitgezonderd van de uitputtingsregeling. De Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht is geïmplemen-

---

<sup>55</sup> Eindrapport van de Interdepartementale Leenrechtcommissie, in opdracht van het Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur Rijswijk, 1984.

<sup>56</sup> Dat het leenrecht terecht kwam in de Welzijnswet en niet de Auteurswet of een aparte wet, was omdat de Welzijnswet reeds een aantal andere bibliotheek gerelateerde aspecten regelde.

<sup>57</sup> Wet van 14 februari 1987 houdende de regelen ten aanzien van de beleidsvorming en de uitvoering en bekostiging van voorzieningen op het terrein van het maatschappelijke en sociaal-culturele welzijn (*Stb.* 1987, 73). De leenvergoedingsregeling was neergelegd in artikelen 22 t/m 28 en 44.

<sup>58</sup> Besluit van 15 december 1985 (*Stcrt.* 1985, 246).

<sup>59</sup> (oud) artikel 22 Welzijnswet.

<sup>60</sup> (oud) artikel 25, leden 1 en 2, Welzijnswet.

<sup>61</sup> Het Leenrecht ontleed, Een onderzoek naar de culturele aspecten van een auteursrechtelijke regeling, Raad van Advies voor Bibliotheekwezen en Informatievoorziening (RABIN), 's-Gravenhage: 1990, p. 20-21.

<sup>62</sup> (oud) artikel 24, lid 1, Welzijnswet.

<sup>63</sup> A. Van der Kolk- van der Torren en R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', RABIN, p. 21.

<sup>64</sup> Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie – Problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven, (COM (1988) 172 van 7 juni 1988).

<sup>65</sup> J. Reinbothe en S. Von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London: Sweet and Maxwell, 1993, pp. 3, 4 en 34.

<sup>66</sup> Follow-up to the Green Paper, Working Programme of the Commission in the field of copyright and neighbouring rights, COM (90) 584 final, 17 januari 1991, p. 15.

<sup>67</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten, (COM (90) 586 definitief), (*Pb* 1991, C 53, p. 35-38).

<sup>68</sup> Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 346 van 27 november 1992, p. 61).

<sup>69</sup> Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 376 van 27 december 2006, p. 28).

teerd in de Auteurswet, waarmee de vergoedingsregeling uit de Welzijnswet is komen te vervallen.<sup>70</sup> Aanvankelijk werd het publicatie-begrip uit de Welzijnswet in de Auteurswet overgenomen. Tegenwoordig ziet uitlening in de Auteurswet op alle soorten auteursrechtelijk beschermde werken.<sup>71</sup> Een nadere bespreking van het nationale, Europese en internationale recht volgt hierna.

## 2.3 Het Nederlandse uitleenrecht

### 2.3.1 Inleiding

Het Nederlandse uitleenrecht is vastgelegd in artikelen 12, lid 1, sub 3, en 15c van de Auteurswet (Aw). Omdat deze artikelen corresponderen<sup>72</sup> met bepalingen uit de Auteursrechtlijn (ARR)<sup>73</sup> en de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht<sup>74</sup>, dienen zij *richtlijnconform* te worden geïnterpreteerd.<sup>75</sup> Ook is het nationale uitleenrecht onderworpen aan een aantal multilaterale verdragen (Berner Conventie (BC),<sup>76</sup> Universele Auteursrecht Conventie (UAC),<sup>77</sup> WIPO Auteursrechtverdrag (WCT),<sup>78</sup> Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS),<sup>79</sup> en het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)),<sup>80</sup> waarbij ons land partij is. In het navolgende zal het Nederlandse uitleenrecht dan ook worden gezien tegen de achtergrond van deze internationale auteursrechtregimes.

### 2.3.2 Exploitatierchten van de auteur

Artikel 1 van de Auteurswet kent de auteursrechthebbende twee exclusieve exploitatierechten toe:

- het recht om het werk openbaar te maken (art. 12 Aw) en
- het recht om het werk te verveelvoudigen (art. 13-14 Aw);

een en ander behoudens uitzonderingen bij wet.

‘Openbaar maken’ is een verzamelbegrip voor diverse soorten handelingen waardoor het publiek van het werk kennis kan nemen.<sup>81</sup> Welke handelingen dit zijn, volgt volgens de Memorie van Toelichting 1911, uit de ‘natuurlijke betekenis’ van het openbaarmakingsbegrip, met dien verstande dat dit begrip ‘ruim wordt uitgelegd’.<sup>82</sup> Het openbaarmakingsrecht geldt ten aanzien van ieder exemplaar van het werk. Het heeft dus niet alleen betrekking op de eerste openbaarmaking van het werk (Hirsch Ballin noemt dit het uittreden

<sup>70</sup> Wet van 21 december 1995 tot wijziging van de Auteurswet 1912 en de Wet op de naburige rechten in verband met de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992, *PbEG* 1992, L 346/61 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Stb.* 1995, 653).

<sup>71</sup> Hoewel de tijdelijke terbeschikkingstelling van op materiële dragers gefixeerde computerprogramma's wel als uitlenen in de zin van artikel 12 wordt aangemerkt, is de zeggenschap over uitlening van computerprogramma's o.b.v. artikel 1 jo. artikelen 12, lid 1, sub 3, en 15c, lid 1, Auteurswet voorbehouden aan de auteur.

<sup>72</sup> Zie Wijziging van de Auteurswet 1912 en de Wet op de naburige rechten in verband met de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992, *PbEG* 1992, L 346/61 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom; *Stb.* 1995, 653 en *Stb.* 2008, 85.

<sup>73</sup> 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 (*Pb* L 167 van 22 juni 2001, p. 10).

<sup>74</sup> Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 376 van 27 december 2006, p. 28), codificatie van de wijzigingen van Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb* L 346 van 27 november 1992, p. 61).

<sup>75</sup> Artikel 228, 3<sup>e</sup> alinea, VwEU.

<sup>76</sup> Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971; *Trb.* 1972, 157, laatstelijk *Trb.* 2006, 158.

<sup>77</sup> Universele Auteursrecht-conventie, Genève, 6 september 1952; *Trb.* 1955, 46, laatstelijk *Trb.* 1985, 149.

<sup>78</sup> Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT) (1996), Genève, 20 december 1996; *Trb.* 1997, laatstelijk *Trb.* 2010, 59.

<sup>79</sup> Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, Marrakech, 15 april 1994; *Trb.* 1994, 235, laatstelijk *Trb.* 2007, 102.

<sup>80</sup> Onderdeel van het op 13 december 2007 tot stand gekomen Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap; *Trb.* 2008, 11, laatstelijk *Trb.* 2012, 146; zie ook geconsolideerde versie in *Pb* C 83 van 30 maart 2010, p. 47.

<sup>81</sup> Ch. Gielen & D. Verkade, 'Tekst en commentaar Intellectuele eigendom', Deventer: Kluwer, 2009, p. 16.

<sup>82</sup> Commissie Auteursrecht, 'Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media', 1998 p. 12-13; P. Hugenholtz, 'Haalt de auteurswet 2012?', *Jaarverslag 2000 van de Nederlandse Uitgeversbond*, p. 56-61.

van de 'phase intime'<sup>83</sup>) maar omvat ook het recht om te beslissen over volgende openbaarmakingen, zoals de tiende uitvoering van een concert.<sup>84</sup> Het is niet noodzakelijk dat het publiek het werk ook daadwerkelijk waarneemt of zelfs op de hoogte is van de openbaarmaking. Bepalend is dat het werk openlijk wordt aangeboden zodat het publiek hiertoe toegang kan krijgen.<sup>85</sup> Hoewel artikel 12 Aw geen definitie van 'openbaar maken' geeft, staat in lid 1 een opsomming van handelingen die mede als openbaarmaking worden aangemerkt. In navolging van de Auteursrechtlijn omvat het openbaarmakingsrecht mede de rechten van 'mededeling aan het publiek' en 'distributie' (verspreiding).<sup>86</sup>

Het recht van mededeling aan het publiek is opgenomen in artikel 3 ARR dat correspondeert met artikel 8 WCT<sup>87</sup>. Onder 'mededeling aan het publiek' wordt blijkens overweging 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn verstaan: iedere mededeling die kan worden ontvangen door een publiek dat zich niet bevindt op de plaats van de oorsprong van de mededeling. Mededelingen die in het bijzijn van het publiek worden verricht, zoals het voordragen van een gedicht of het optreden van een band, vallen dus niet binnen het bereik van artikel 3. Dit neemt niet weg dat deze vorm van mededeling ook onder het openbaarmakingsrecht van artikel 12 Aw wordt geschaard.<sup>88</sup> Het recht van mededeling aan het publiek kan worden opgedeeld in twee categorieën.

- Om te beginnen heeft artikel 3 ARR betrekking op non-interactieve vormen van mededeling, zoals de uitzending (per kabel of digitaal) van radio- en televisieprogramma's. Bij dit type mededeling bepaalt de mededeler welke werken wanneer worden uitgezonden. Het werk wordt gelijktijdig door het publiek ontvangen en is bestemd om eenmalig geconsumeerd te worden.<sup>89</sup>
- Daarnaast is artikel 3 ARR van toepassing op handelingen waarbij het werk interactief 'ter beschikking wordt gesteld'. Van terbeschikkingstelling is sprake wanneer het werk door leden van het publiek kan worden geraadpleegd op een door hen individueel gekozen plaats en tijd. De essentie van interactieve openbaarmaking is dat de consument bepaalt wat hij waar en wanneer wil raadplegen en niet de persoon of instantie die de content openbaar maakt.<sup>90</sup> Met het terbeschikkingstellingsrecht kunnen auteursrechthebbenden optreden tegen ongeautoriseerd gebruik van hun werk via het internet en andere digitale netwerken.<sup>91</sup> Het recht van mededeling aan het publiek heeft uitsluitend betrekking op de terbeschikkingstelling van werken zonder fysieke drager, oftewel 'immateriële openbaarmaking'.<sup>92</sup> Dit recht put niet uit, aldus artikel 3, lid 3, ARR.

---

<sup>83</sup> Hirsch Ballin, *NJB* 1955, nr. 32, p. 713-720.

<sup>84</sup> HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 258 (Polak/De Muinck); Basic Proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference, CRNR/DC/4, 30 augustus 1996, pp. 46 en 48 (ter voorbereiding op WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring rights questions, Geneva, 2-20 december, 1996).

<sup>85</sup> Hof 's-Gravenhage 1 december 1994, *AMI* 1995, p. 51 (privé-cabines); Basic Proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference, CRNR/DC/4, 30 augustus 1996, pp. 46 en 48 (ter voorbereiding op WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring rights questions, Geneva, 2-20 december, 1996); J. Cohen Jehoram, 'Kroniek van het recht van de intellectuele eigendom', *NJB* 1998, p. 532 (p. 531-536).

<sup>86</sup> Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 14-15.

<sup>87</sup> Uitbreiding van het traditionele 'mededeling aan het publiek'-begrip uit de Berner Conventie met 'terbeschikkingstelling' was een voorstel van de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, zie Basic Proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference, CRNR/DC/4, 30 augustus 1996, pp. 46 en 48 (ter voorbereiding op WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring rights questions, Geneva, 2-20 december, 1996), p. 42.

<sup>88</sup> Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 14; 'Auteursrechten en naburige rechten in de informatiemaatschappij, Implementatie van Richtlijn 2001/29/EG in de Nederlandse wetgeving', Eindrapport van de Studiecommissie Informatiemaatschappij van de Vereniging voor Auteursrecht, 21 september 2001, pp. 10-11.

<sup>89</sup> Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 13-14; J. Reinbothe & S. Von Lewinski, *The E.C. Directive on rental and lending rights and on piracy*, London: Sweet & Maxwell, 1993, p. 41. Ook pay-per-view-modellen zijn non-interactief (Kamerstukken II, 1994-1995, 23 247, nr. 21, p. 12).

<sup>90</sup> Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 14; zie ook J. Reinbothe & S. Von Lewinski, *The E.C. Directive on rental and lending rights and on piracy*, London: Sweet & Maxwell, 1993, p. 41.

<sup>91</sup> Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, 10 december 1997 (COM (97) 628 final), p. 34-35.

<sup>92</sup> Basic Proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference, CRNR/DC/4, 30 augustus 1996, p. 44 (ter voorbereiding op WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring rights questions, Geneva, 2-20 december, 1996).

Het distributierecht is opgenomen in artikel 4 ARR, respectievelijk artikel 6 WCT. Krachtens deze bepalingen heeft de auteur het uitsluitende recht om de verspreiding onder het publiek van 'het origineel en kopieën van zijn werk', door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Onder 'het origineel en kopieën' (het WCT spreekt van 'het origineel en exemplaren') worden volgens de Overeengekomen Verklaringen bij het WCT<sup>93</sup> uitsluitend verstaan 'vastgelegde exemplaren die als *tastbare voorwerpen* in het verkeer kunnen worden gebracht'.<sup>94</sup> Woorden van soortgelijke strekking vinden we in overweging 28 van de considerans van de Auteursrechtlijn, waarin staat dat "de bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn het uitsluitende recht [omvat], zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen *wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd*".<sup>95</sup> Overweging 29 van de considerans van de Auteursrechtlijn voegt hier aan toe dat van uitputting geen sprake is "in het geval van diensten en in het bijzonder on-line diensten. Dit geldt eveneens voor een materiele kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd." Het begrip 'distributie' heeft dus betrekking op *materiële* openbaarmakingen, zoals het ter beschikking stellen van een boek of een CD-ROM. Op het distributierecht kan geen beroep meer worden gedaan zodra de zaak waarop het auteursrecht rust, met instemming van de rechthebbende in de Europese Economische Ruimte<sup>96</sup> door eigendomsoverdracht in het verkeer is gebracht.<sup>97</sup> Dit is het gevolg van de uitputtingsregeling. De verkrijger van een auteursrechtelijk beschermde zaak kan deze dus desgewenst zonder toestemming van de auteursrechthebbende verder verspreiden (artikel 12b Aw). De uitputtingsregel heeft alleen betrekking op het distributierecht: andere auteursrechten, zoals de rechten van verveelvoudiging en mededeling aan het publiek, blijven in stand. Daarnaast is geen sprake van uitputting in het geval van exploitatiemethoden die bestaan uit het 'verrichten van een dienst'.<sup>98</sup> De rechten van verhuur en uitleen blijven dan ook in beginsel voorbehouden aan de auteursrechthebbende (artikel 12b Aw).<sup>99</sup>

### 2.3.3 Artikelen 12, lid 1, sub 3, en 15c, Auteurswet

De Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht vereist in artikel 1 dat lidstaten voorzien in een uitsluitend recht uit hoofde waarvan auteursrechthebbenden de uitlening van originelen en kopieën van hun werk kunnen toestaan of verbieden. In Nederland is deze materie geïmplementeerd in artikel 12 lid 1, sub 3, Aw, waarmee het uitleenrecht is ondergebracht in het openbaarmakingsrecht. Uitleening maakt dus deel uit van de exclusieve rechten van de auteur. 'Uitleenen' in de zin van de Auteurswet ziet op 'het tijdelijk en zonder economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen van werken door voor het publiek toegankelijke instellingen' (artikel 12, lid 3). Anders dan in het reguliere spraakgebruik, is uitleening in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, dus niet van toepassing op de uitwisseling van werk tussen particulieren. Met betrekking tot het uitleenobject heeft de Nederlandse wetgever niet de exacte bewoordingen van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht - "originelen en kopieën van een werk" - gebruikt. In artikel 12, lid 1, sub 3, Aw, wordt verwezen naar 'het geheel of een gedeelte van het exemplaar van een werk of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht'. De woorden 'het exemplaar van' zijn toegevoegd bij de implementatie van de Auteursrechtlijn in 2004.<sup>100</sup> Artikel 12 licht het werkbegrip in de context van het uitleenrecht niet

<sup>93</sup> Overeengekomen Verklaringen betreffende artikelen 6 en 7 van het WIPO Auteursrechtverdrag.

<sup>94</sup> Overeengekomen verklaringen bij het WIPO Auteursrechtverdrag, betreffende artikelen 6 en 7.

<sup>95</sup> Cursivering toegevoegd JM.

<sup>96</sup> EU-lidstaten, Liechtenstein, Noorwegen en IJsland (Zwitserland werd na referendum geen partij); zie overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, Oporto, 2 mei 1992; *Trb.* 1992, 32, laatstelijk *Trb.* 2012, 46.

<sup>97</sup> Zie artikel 4, lid 2, Auteursrechtlijn jo. artikel 12b Auteurswet.

<sup>98</sup> Overweging 29 considerans ARR; Groenboek, Het Auteursrecht en de Naburige Rechten in de Informatiemaatschappij, 19 juli 1995, COM (95) 382 def. p. 47-48 'Anders dan het distributierecht ten aanzien van een stoffelijke drager kunnen de verschillende rechten die verbonden zijn aan langs elektronische weg overgebrachte diensten moeilijk het voorwerp van uitputting zijn. Want iedere overgebrachte dienst (bv. uitzending, verhuur en uitleening) is immers een handeling waarvoor een afzonderlijke toestemming is vereist, zonder afbreuk te doen aan toekomstige exploitatievormen'.

<sup>99</sup> Artikel 4, lid 2, Auteursrechtlijn jo. artikel 1, lid 2, Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht. Zie ook artikel 15c Aw.

<sup>100</sup> Artikel 1 (Aa) Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betref-

nader toe. De Auteurswet stelt dus niet expliciet dat werken een bepaalde (fysieke) verschijningsvorm moeten hebben om te kunnen worden uitgeleend. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 28 juni 1946<sup>101</sup> dat het auteursrecht uitsluitend bescherming biedt ten aanzien van *'de vormgeving die de uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen'*. Bij de behandeling van de Auteurswet 1912 merkte de regering in de Memorie van Antwoord<sup>102</sup> op dat *'het auteursrecht niet kan betreffen zuiver intellectuele, onstoffelijke produkten; de artistieke gedachte alleen wordt niet beschermd; object van het auteursrecht is de door een zintuig waarneembare gedachte, het tot stand gekomen werk van letterkunde, wetenschap of kunst'*. De geestelijke schepping (het *'corpus mysticum'*) moet dus zijn geuit, bijvoorbeeld op een doek of in schrift (het *'corpus mechanicum'*). Voor deze gebruiksexemplaren geldt dat zij zintuigelijk waarneembaar moeten zijn; tastbaarheid is geen vereiste.<sup>103</sup>

De voorwaarde dat het werk *'door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht'*, heeft slechts betrekking op openbaarmakingen op de voet van artikel 12 lid 1, sub 3, Aw. Is het werk zonder toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebracht, dan is alsnog sprake van openbaarmaking, zij het in een andere vorm dan uitlening.<sup>104</sup> De uitlening van bouwwerken en werken van toegepaste kunst valt buiten het uitleenrecht (artikel 12 lid, 1, sub 3, Aw; artikel 3, lid 2, Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht), evenals de terbeschikkingstelling van werken voor raadpleging binnen de muren van de uitlenende instelling en de terbeschikkingstelling van werken aan andere uitlenende instellingen (overweging 10 considerans Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht).

Hoewel artikel 1, lid 1, Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht uitgaat van een exclusief uitleenrecht, mogen de lidstaten het verbodsrecht op grond van artikel 6 vervangen voor een vergoedingsaanspraak. Hier is door de Nederlandse wetgever gevolg aan gegeven in artikel 15c Aw.<sup>105</sup> In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat uitlenen als bedoeld in artikel 12, lid 1, sub 3, geoorloofd is wanneer de uitlener hiervoor een billijke vergoeding betaalt. Openbare bibliotheken kunnen dus een rechtmatig in het verkeer gebracht werk uitlenen, zonder dat zij de rechthebbende hiervoor om toestemming hoeven te vragen. Het artikel heeft de constructie van een licentie: als niet wordt voldaan aan de betalingsverplichting dan herrijst het verbodsrecht van de auteursrechthebbende en is alsnog sprake van inbreuk.<sup>106</sup> Artikel 15c, lid 1, geldt niet ten aanzien van computerprogramma's en het voorbereidend materiaal daarvan. Voor uitlening van deze werken is dus wel toestemming van de rechthebbenden nodig. Software die uitsluitend dient om de gegevens op een informatiedrager toegankelijk te maken, is hiervan uitgezonderd.<sup>107</sup>

Enkele instanties zijn vrijgesteld van het betalen van een vergoeding. Dit zijn onderwijs- en onderzoeksinstellingen, de hieraan verbonden bibliotheken (zoals universiteitsbibliotheken) en de Koninklijke Bibliotheek (artikel 15c, lid 2). Ook is geen vergoeding verschuldigd door blindenbibliotheken, voor zover het gaat om uitleningen ten behoeve van geregistreerde blinden en slechtzienden (artikel 15c, lid 3).<sup>108</sup> Daarnaast hoeft geen vergoeding te worden betaald over de uitlening van werken waarvan de rechthebbende afstand heeft gedaan van het recht op een billijke vergoeding. Het is aan de uitlenende instelling om te bewijzen dat afstand is gedaan (artikel 15c, lid 4). Overigens is van een groot deel van de collectie van openbare bibliotheken de auteursrechtelijke beschermingstermijn reeds verstreken. De vergoedingsverplichting ten aanzien van de uitlening van deze werken is daarmee komen te vervallen. Met betrekking

---

fende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*Pb L 167*) (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij), (*Stb.* 2004, 336).

<sup>101</sup> HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712.

<sup>102</sup> Kamerstukken II, 1991-1992, 22 531, nr. 3, p. 3-4 met verwijzingen aldaar.

<sup>103</sup> Kamerstukken II, 1991-1992, 22 531, nr. 3, p. 3-4; J.C. van der Steur, "Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten", Deventer: Kluwer 2003, p. 254-257.

<sup>104</sup> J. Spoor, D. Verkade en D. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 191.

<sup>105</sup> *Stb.* 1995, 653.

<sup>106</sup> N. Van Ling, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers, 2007, p. 144.

<sup>107</sup> Rb Amsterdam 18 december 2002, AMI 2003/3, nr. 10, p. 99, m.nt. Krikke (Uitgevers/Bibliotheken).

<sup>108</sup> Kamerstukken II, 1994-1995, 23 247, nr. 21.

tot werken waarvan de rechthebbende niet kan worden achterhaald (verweesde werken), gelden specifieke regelingen.<sup>109</sup>

De inning en verdeling van uitleengelden wordt verzorgd door Stichting Leenrecht. Stichting Leenrecht representeert rechthebbenden via de door hen gedreven beroepsorganisaties en vertegenwoordigt deze in en buiten rechte onder auspiciën van het College van Toezicht Auteursrechten (artikel 15f, leden 2 en 3).<sup>110</sup> De verdeling onder auteurs (70%) en uitgevers (30%) geschiedt jaarlijks, op basis van een door het College goedgekeurd repartitiereglement. De hoogte van de vergoedingen wordt jaarlijks per productgroep vastgesteld door Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (StOL) (artikel 15d).<sup>111</sup> Onderstaande tarieven gelden per uitgeleend exemplaar, met inbegrip van eventuele verlengingen.<sup>112</sup>

### 3. Juridische kwalificatie e-lending

#### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de Nederlandse Auteurswet, het recht van de Europese Unie en de auteursrechtelijke multilaterale verdragen ruimte bieden voor 'online uitlening' van e-books door openbare bibliotheken.

Ten tijde van de totstandkoming van artikelen 12, lid 1, sub 3, jo. lid 3, en 15c Aw was nog geen sprake van e-books, laat staan de tijdelijke online terbeschikkingstelling hiervan. Ter illustratie: in 1995 hadden 6,47 op de 100 inwoners van Nederland toegang tot het internet.<sup>113</sup> Voor zover het bestaande auteursrecht voorzag in regelgeving met betrekking tot online datadoorgifte, was deze gericht op de film- en muziek-industrie. Daarbij staan referenties aan de fysieke verschijningsvorm van auteursrechtelijk beschermde werken uitsluitend in preambules, overwegingen en toelichtingen; niet in de eigenlijke tekst van verdragen, richtlijnen of wetten uit die periode.

#### 3.2 Traditionele benadering e-lending

*E-lending* is het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van e-bookexemplaren, via een download van het internet.<sup>114</sup> De Auteurswet geeft geen duidelijk antwoord op de vraag of dergelijk gebruik door openbare bibliotheken kan worden aangemerkt als 'uitlening' in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, jo. lid 3, Aw.

Ook de jurisprudentie verschaft geen helderheid over de juridische status van e-lending. In de zaak *Stichting Leenrecht/Vereniging Openbare Bibliotheken* heeft het Hof 's-Gravenhage uitlening gedefinieerd als 'het voor beperkte tijd ten gebruik afstaan [...] gedurende welke een gebruiker het werk tot zijn (feitelijke) beschikking krijgt'.<sup>115</sup> De heersende opvatting lijkt te zijn dat het leenrecht afhankelijk is van een materiële openbaarmaking en dus een fysieke drager vereist.<sup>116</sup> Aldus stelt bijvoorbeeld Visser: 'dat

<sup>109</sup> Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken (*Pb. L* 299 van 27 oktober 2012).

<sup>110</sup> Besluit van 30 oktober 1996 (*Stcrt* 1996, nr. 222); [www.cedar.nl/stichtingen/stichting-leenrecht#](http://www.cedar.nl/stichtingen/stichting-leenrecht#).

<sup>111</sup> Besluit van 10 maart 1997 (*Stcrt* 1997, nr. 58).

<sup>112</sup> HR 23 november 2012, *LJN* BX7484 (Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken).

<sup>113</sup> <http://www.indexmundi.com/netherlands/internet-users.html#footnote-2>.

<sup>114</sup> Handelingen II, 2009-2010, Aanhangsel nr. 2888.

<sup>115</sup> Hof 's-Gravenhage 28 juni 2011, *LJN* BR2527 (Stichting Leenrecht/Vereniging Openbare Bibliotheken), r.o. 8 en 15.

<sup>116</sup> J. Spoor, D. Verkade en D. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer, 2011, pp 188 en 191; Pfeiffer-Gerbrandy, 'Kort commentaar op de Auteurswet 1912' (1973), p. 126; Rapport van de studietoelichting Leenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht van 27 september 1985, p. 19-22; Eindrapport Interdepartementale Leenrechtcommissie van 11 april 1984; Cohen Jehoram in AA 1980, p. 313-314 (noot onder het Poortvliet-arrest: Hoge Raad 19 januari 1979, NJ 1979, 412); F. Grosheide, Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht in, F. Grosheide & K. Boele-Woelki, 'Molengrafica 1997', Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 262-264.

uitlenen wordt gekenmerkt door het feit dat *stoffelijke exemplaren* voor een beperkte tijd verplaatst worden buiten de feitelijke macht van degene die ze ter beschikking stelt.<sup>117</sup> E-lending (evenals het e-book zelf) wordt doorgaans aangemerkt als een (elektronische) dienst.<sup>118</sup> Gronden voor deze opvatting kunnen onder andere gevonden worden in het Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright<sup>119</sup>, waarin de Europese Commissie aangeeft immateriële openbaarmakingshandelingen als zodanig niet te beschouwen als uitlening in de zin van de Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht:

*“The making available for use within the meaning of paragraph 2 [en 3<sup>120</sup>] always refers to material objects only; this result is sufficiently supported by article 2, paragraph 1. Therefore the making available for use of, for example, a film by way of electronic data transmission (downloading) is not covered by this Directive.”<sup>121</sup>*

Het merendeel van de lidstaten zou de digitale doorgifte van auteursrechtelijk beschermd werk aanmerken als een ‘public performance’, en dus een vorm van ‘immaterial exploitation’, zo redeneerde de Commissie.<sup>122</sup> Uitlening wordt van oudsher in veel lidstaten, waaronder Nederland, evenwel als distributiehandeling aangemerkt.<sup>123</sup> Een tweede indicatie vormt overweging 10 van de considerans van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht, waarin staat opgenomen dat het ‘wenselijk is, bepaalde vormen van ter beschikking stellen, zoals het ter beschikking stellen van fonogrammen of films voor publieke vertoning of uitzending’, niet te beschouwen als uitlening in de zin van de Richtlijn’.<sup>124</sup>

In het Verslag over het openbare uitleenrecht in de Europese Unie<sup>125</sup> van 2002 gaf de Europese Commissie aan, lastig te kunnen inschatten in welke mate traditionele uitlening in de toekomst zou worden vervangen door ‘nieuwe vormen van online-verspreiding, die nu nog niet onder de richtlijn vallen’. Wel merkt zij hierbij op, de ontwikkelingen van nieuwe technologieën en exploitatiemethoden van openbare bibliotheken te blijven volgen om te zien of nieuwe regelgeving op dit gebied nodig mocht zijn.

In Nederland is de mogelijkheid van ‘immateriële uitlening’ ter discussie gesteld in het onderzoek naar de juridische kwalificatie van de exploitatiemodellen ‘pay-per-view’ en ‘video-on-demand’.<sup>126</sup> Pay-per-view is een service waarbij de ontvanger betaalt voor de programma’s waarop hij inschakelt. Het programma-aanbod staat vast en is samengesteld door de programma-aanbieder. De programma’s worden gelijktijdig door alle ingeschakelde consumenten ontvangen. Bij video-on-demand is sprake van een door de aanbieder samengestelde videodatabase, waaruit de consument op een door hem gewenste tijdstip een video kan selecteren. De minister van justitie en staatssecretaris OCW rapporteerden als volgt:

*“Zowel pay-per-view als video-on-demand betreffen derhalve exploitatievormen die als (immateriële) openbaarmakingshandelingen in de zin van artikel 1 van de Auteurswet 1912 moeten worden aangemerkt. Er*

---

<sup>117</sup> In: Ch. Gielen & D. Verkade, ‘Tekst en commentaar Intellectuele eigendom’, Deventer: Kluwer, 2009, p. 17.

<sup>118</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 32 300, nr. 2, p. 2; Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 met Bijlage bij Kamerstukken II, 28 330, nr. 55 (Rapport ‘Online uitlenen van e-books door bibliotheken’).

<sup>119</sup> Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright, COM (90) 586 final (Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten), (COM (90) 586 definitief), (Pb 1991, C 53).

<sup>120</sup> Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright, COM (90) 586 final – SYN 319, p. 35.

<sup>121</sup> Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright p. 34-35 (cursivering toegevoegd JM).

<sup>122</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten’, (COM (90) 586 definitief), (Pb 1991, C 53, p. 35).

<sup>123</sup> Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 36; Public Lending Right, REPROBEL, Brussels 2012; Rapport OUR 2002 Artikel 4, lid 2, jo. overweging 28 Auteursrecht richtlijn en art. 6, jo. overeengekomen bepalingen betreffende artikelen 6 en 7 WIPO Auteursrechtverdrag.

<sup>124</sup> Zie ook Kamerstukken II, 1992-1993, 23 247, nr. 3, p. 5.

<sup>125</sup> Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie, 19 februari 2002 (COM (2002) 502 definitief).

<sup>126</sup> Kamerstukken II, 1994-1995, 23 247, nr. 21, para. 8.

*worden immers geen originelen of kopieën van het werk ter beschikking gesteld, doch enkel een signaal via de kabel en/of ether. Deze handelingen vallen niet onder de definitie van verhuren of uitlenen als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de richtlijn, aangezien er geen sprake is van het voor gebruik ter beschikking stellen van originelen of exemplaren van een werk. De exploitatiehandelingen pay-per-view en video-on-demand behoren derhalve, evenals bijvoorbeeld het uitzenden naar een algemeen publiek (omroep), tot het exclusieve recht van de auteursrechthebbende en kunnen mitsdien niet zonder zijn toestemming worden verricht.”*

Van verhuur en uitlening kan volgens de minister en staatssecretaris dus alleen sprake zijn als er originelen of exemplaren van een werk voor gebruik ter beschikking worden gesteld. Bij pay-per-view en video-on-demand zou dit niet het geval zijn, omdat deze vormen van datatransmissie bestaan uit vluchtige elektronische signalen. Het werk wordt niet opgeslagen waardoor de consument dit na de uitzending niet meer kan raadplegen (bij video-on-demand kan de consument wel een nieuwe uitzendopdracht geven). Ook bij e-lending is sprake van immateriele openbaarmaking. Het werk wordt immers zonder tastbare drager (digitaal) aan de gebruiker ter beschikking gesteld. Er bestaat evenwel een significant verschil: anders dan bij per-per-view en video-on-demand wordt het e-book (in feite permanent) op de informatiedrager van de gebruiker opgeslagen. De e-lener verkrijgt dus een (digitale) kopie van het werk. De door de minister en staatssecretaris gedane uitspraken met betrekking tot pay-per-view en video-on-demand sluiten mijns inziens dan ook niet uit dat e-lending als vorm van uitlening in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, van de Auteurswet kan worden beschouwd.

### 3.3 Ontwikkelingen in de jurisprudentie en in de doctrine

Recente jurisprudentie lijkt aanwijzingen te bevatten om het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van e-books door openbare instellingen aan te merken als uitlening in de zin van artikel 12, lid 1, Aw en zodoende op grond van artikel 15c Aw zonder toestemming van de rechthebbende toe te staan mits hiervoor een vergoeding wordt betaald.

#### 3.3.1 Distributie en uitputting van het distributierecht bij immateriële objecten op grond van de Auteursrechtlijn

In de zaak *UsedSoft/Oracle*<sup>127</sup> heeft het Hof van Justitie van de EU onderzocht in hoeverre het distributierecht en de aan dit recht gekoppelde uitputtingsregeling, zoals opgenomen in artikel 4 van de Auteursrechtlijn<sup>128</sup> en artikel 4 van de Softwarerichtlijn<sup>129</sup>, betrekking hebben op de exploitatie van immateriële werkexemplaren.

Softwarebedrijf Oracle had het auteursrecht met betrekking tot de door haar geëxploiteerde ‘client server software’. Haar klanten verkregen een gebruikslicentie die hen toestond een kopie van de software van de Oracle-website op een interne server te downloaden. Voorts waren zij gerechtigd een bepaald aantal gebruikers toegang tot de software te verlenen door een kopie hiervan op de harde schijf van hun computer te downloaden. UsedSoft handelde in onbenutte gebruikslicenties, waaronder die met betrekking tot de software van Oracle. Gebruikslicenties konden geheel of partieel (ten aanzien van een bepaald aantal gebruikers) aan UsedSoft worden verkocht. Afnemers van een ‘tweedehands’ gebruikslicentie konden met de licentiecode een nieuwe kopie van de software van de website van Oracle downloaden. Oracle was van mening dat UsedSoft inbreuk maakte op zijn auteursrechten. Volgens Oracle hadden haar klanten geen eigendom over de gedownloadede softwarekopie verkregen maar een ‘gebruiksrecht’. Daarbij vermeldde de licentieovereenkomst dat dit gebruiksrecht niet mocht worden overgedragen. UsedSoft weerlegde deze stelling met een beroep op de in artikel 4, lid 2, Softwarerichtlijn vervatte uitputtingsregeling.

<sup>127</sup> HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11 (*Usedsoft/Oracle*).

<sup>128</sup> 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 (*Pb L 167 van 22 juni 2001*, p. 10).

<sup>129</sup> Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (*Pb L 111 van 5 mei 2009*, p. 16).

Het Hof overwoog dat wèl sprake was van eigendomsoverdracht van de betreffende softwarekopieën nu de gebruikers - op grond van de overeenkomst met de auteursrechthebbende - een in tijd onbeperkt gebruiksrecht hadden verkregen en de auteursrechthebbende de mogelijkheid had gehad een vergoeding te bedingen die in reële verhouding<sup>130</sup> stond tot de economische waarde van de kopie van zijn werk. Het Hof bepaalde dat het feit dat de verbintenis tussen partijen was aangeduid als 'gebruiksovereenkomst' niet kon verhinderen dat tussen partijen een koop tot stand was gekomen.

'Verkoop' is volgens het Hof een "autonoom unierechtelijk begrip" dat - op basis van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van eenvormige toepassing van het unierecht - uniform door de lidstaten dient te worden uitgelegd als "een overeenkomst waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt".<sup>131</sup>

De zienswijze van o.a. Oracle en de Europese Commissie dat de online terbeschikkingstelling van immateriële kopieën een 'mededeling aan het publiek' is in de zin van artikel 3 ARR, die volgens lid 3 van dit artikel niet kan resulteren in - noch vatbaar is voor - uitputting, werd door het Hof weerlegd. '[D]e *handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek*', bedoeld in artikel 3 van [de Auteursrechtrichtlijn, wordt] door een eigendomsoverdracht een distributiehandeling bedoeld in artikel 4 van die richtlijn, die, indien is voldaan aan de in lid 2 van laatstgenoemde artikel gestelde voorwaarden, [...] tot uitputting van het distributierecht kan leiden', aldus het Hof.<sup>132</sup> Een en ander bracht het Hof tot de conclusie dat de online terbeschikkingstelling van de digitale softwarekopie in combinatie met de *strekking* van de verbintenis van partijen ertoe had geleid dat het distributierecht met betrekking tot die softwarekopieën was uitgeput.

Dat de aard van de software meebrengt dat de opvolgende verkrijger niet de kopie van de vervreemder kan overnemen maar een nieuwe kopie van de website dient te downloaden die hij met de 'tweedehands' licentiecode kan gebruiken, achtte het Hof niet bezwaarlijk. *Een dergelijke kopie is noodzakelijk om de software voor het beoogde doel te kunnen gebruiken en dus* [op basis van artikel 5, lid 1, Software Richtlijn] *toegestaan*'. Wel dient in een dergelijk geval - om inbreuk op het exclusieve reproductierecht (artikel 4, lid 1, onderdelen a en b, Software Richtlijn) van de rechthebbende tegen te gaan - de kopie van de vervreemder onbruikbaar te worden gemaakt. Hiermee wordt beoogd dat er niet meer kopieën van het werk bestaan dan door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht, waardoor de auteursrechthebbende - nu hij voor iedere kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen - voldoende is bediend. Het Hof heeft onderkend dat het moeilijk kan zijn om na te gaan of een kopie na overdracht daadwerkelijk is vernietigd. Dit probleem zou volgens het Hof<sup>133</sup> evenwel kunnen worden opgelost door toepassing van technische beschermingsmaatregelen 'zoals productsleutels', waarmee het Hof de waarborging tegen inbreuk op het auteursrecht geheel bij de auteursrechthebbende legt.

Van belang is de aanname van het Hof dat een online-overdracht 'economisch en functioneel gelijkwaardig' is aan de overhandiging van een materiele drager.<sup>134</sup> In dit licht heeft het Hof overwogen dat, door de uitputtingsregeling bij de distributie van immateriële zaken uit te sluiten, de auteursrechthebbende bij iedere wederverkoop een nieuwe vergoeding zou kunnen vorderen, terwijl hij bij de eerste verkoop al aanspraak heeft kunnen maken op een passende vergoeding. Een dergelijke uitwerking van het auteursrecht zou volgens het Hof verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp en dus in strijd zijn met het vrije verkeer van goederen.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Het Hof spreekt over 'betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk' (zie o.a. ro. 45).

<sup>131</sup> Vgl. v.zr Rb Almelo 11 juli 2012, KG ZA 12/117 (Datacolor & PPG Coatings/Populus Paint Products), waar uitputting werd aangenomen bij een overdracht van software om niet.

<sup>132</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 52; zie ook D. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 42.

<sup>133</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 79.

<sup>134</sup> UsedSoft/Oracle ro. 60.

<sup>135</sup> Artikel 3, lid 3, VwEU en artikel 34 jo. artikel 36 VwEU.

De keuze van het Hof om het effect van de transactie - met het oog op verzekering van een vrije verkeer van goederen c.q. beperking van de belemmering daarvan - te laten prevaleren boven de *expressis verbis* overeengekomen wil der partijen, is niet echt verbazingwekkend. Immers, als een van de vier pijlers van de Europese interne markt is het vrije verkeer van goederen een van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie.<sup>136</sup> Tegen deze achtergrond is de *teleologische* uitleg van de uitputtingsregeling, met de voorwaarde dat op een gegeven moment niet meer kopieën van een werk toegankelijk kunnen zijn dan door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht, een begrijpelijke stap.

Over het UsedSoft/Oracle-arrest is veel te zeggen en dat is ook al gedaan. De woorden 'baanbrekend' en 'revolutionair' zijn door veel commentatoren in de mond genomen.<sup>137</sup> De invulling van de rechten van mededeling aan het publiek en distributie van door het Hof van Justitie wijkt immers aanzienlijk af van hetgeen men in Nederland (zij het binnen de context van het openbaarmakingsrecht) en een groot aantal andere lidstaten geregeld heeft.<sup>138</sup> Daarnaast is in de literatuur opgemerkt dat het arrest 'een ravage in het Nederlandse vermogensrecht' heeft aangericht.<sup>139</sup> Dit behoeft evenwel enige nuancering. Vóór het *UsedSoft/Oracle-arrest* is door de Nederlandse Hoge Raad namelijk al een aantal arresten gewezen over de juridische kwalificatie van immateriële zaken, waaruit blijkt dat *tastbaarheid* als constitutief vereiste van 'een zaak' in het Nederlandse recht op veel plaatsen al verlaten was. Deze arresten zullen hieronder worden besproken.

### 3.3.2 Immateriële objecten als 'goederen' in de zin van het Wetboek van Strafrecht

In het strafrecht bestaat al jarenlang discussie over de uitleg van het begrip 'goed' in het kader van het Wetboek van Strafrecht.<sup>140</sup> Dat elektriciteit een 'goed' is en dus gestolen (artikel 310 Sr) kan worden, is uitgemaakt in 1921 in het *Elektriciteitsarrest*.<sup>141</sup> De Hoge Raad formuleerde hierin vijf essentiële eigenschappen: een zelfstandig bestaan; de overdraagbaarheid door menselijk toedoen; een zekere vermogenswaarde; de mogelijkheid van opslag; en de mogelijkheid van toe-eigening.<sup>142</sup> De gedachte dat een goed een fysieke verschijningsvorm moet hebben, is sinds dit arrest verlaten.<sup>143</sup> Ook giraal geld heeft de kenmerken van een 'goed' dat aan iemand 'toebehoort' en zich leent voor 'toe-eigening' (artikel 321 Sr) (*Giraal geld-arrest*<sup>144</sup>).<sup>145</sup> De Hoge Raad wees in dit arrest tevens op het belang van de 'functie van het object in het maatschappelijk verkeer' en 'de redelijke uitleg van de wet'.<sup>146</sup> Recentelijk heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de mogelijkheid van diefstal van virtuele goederen (*Diefstal virtuele goederen-arrest*<sup>147</sup>). De Hoge Raad overwoog dat het feit dat objecten (in casu ging het om een masker en een amulet in het online

<sup>136</sup> Zie ook de EU-mededingingsbepalingen in artikel 101 e.v. VwEU; hier zijn EU-instelling toe gehouden op grond van artikelen 3, lid 3, en 13, lid 1, VwEU.

<sup>137</sup> A. Engelfriet, 'De UsedSoft-uitspraak: een kleine revolutie', *Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad ITenRecht*, IT979; M. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam', *AMI* 2013/2, p. 56-60; C. Drion, 'Tweedehands software', in "Vooraf", *NJB* 2012/30, p. 2113; B. Hugenholz, noot onder HvJEU 3 juli 2012, C-128/11 (UsedSoft/Oracle), in *NJ* 2013-11, nr. 118, p. 1337-1349.

<sup>138</sup> D. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 42.

<sup>139</sup> D. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012, p. 2674-2743; R. Wibier en J. Diamant, Reactie op "Twee voor de prijs van één", *NJB* 2012, p. 2966-2967; D. van Engelen, Naschrift bij reactie van Wibier en Diamant, *NJB* 2012, p. 2968; F. Grosheide, 'Een revolutie in het EU-auteursrecht?', *AMI* 2013/2, p. 62-63.

<sup>140</sup> 'Goed' en 'voorwerp' hebben blijkens de Memorie van Antwoord bij het Wetboek van Strafrecht dezelfde betekenis (Kamerstukken II, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 8).

<sup>141</sup> HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 (*Elektriciteitsarrest*) m.nt. Taverne.

<sup>142</sup> Conclusie A-G Hofstee in Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*), para. X.2.

<sup>143</sup> Zie conclusie A-G Hofstee in Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*), para. IV; noot M. Borgers bij Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*), p. 4; vgl. M. Groenhuisen & F. Wiemans, *Van elektriciteit naar computercriminaliteit*, 1989 Arnhem: Gouda Quint, p. 72 waar wordt gesproken van 'immatérialisation de la matière'.

<sup>144</sup> HR 11 mei 1982, *LJN* AC1987, *NJ* 1982, 583 (*Giraal geld*), m.nt. 't Hart.

<sup>145</sup> Noot M. Borgers bij Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010 616, para 4.

<sup>146</sup> Zie ook Conclusie A-G Machielse in Hof 's- Gravenhage 2 oktober 2009, *LJN* BQ6575; conclusie A-G Hofstee in Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*). In HR 3 december 1996, *NJ* 1997/574 (*Computergegeven*) m.nt. 't Hart oordeelde de Hoge Raad, in overeenstemming met de Memorie van Antwoord bij het Wetboek van Strafrecht (Kamerstukken II, 1990-1991, 21 551, nr. 6) dat gegevens als zodanig niet als 'goederen' kunnen worden aangemerkt vanwege het 'multiple karakter' van deze materie. Na *UsedSoft/Oracle* lijkt deze positie echter niet langer houdbaar.

<sup>147</sup> HR 31 januari 2012, *LJN* BQ9251 (*Diefstal virtuele goederen*).

spel RuneScape) de vorm hebben van 'bits en bytes', er niet aan in de weg staat dat deze als goederen in de zin van artikel 310 Sr kunnen worden aangemerkt. Wel was van belang dat het hof had vastgesteld<sup>148</sup> dat:

- voor aangever, verdachte en zijn medeverdachte hun in het spel opgebouwde bezittingen reële waarde hebben, die hen kan worden afgenomen [een maatschappelijke economische waarde wordt niet vereist<sup>149</sup>],
- het gaat om in de loop van het spel ontstane waarden, die door inspanning en tijdsinvestering zijn verworven of zijn te verwerven, en
- de aangever binnen het spel over die objecten "de feitelijke en exclusieve heerschappij" had en hij door het handelen van de verdachte en zijn mededader de beschikkingsmacht over deze objecten is verloren. (ro. 3.6.1).

Zoals A-G Hofstee in zijn conclusie bij het *Diefstal virtuele goederen-arrest* heeft opgemerkt - en ook is aangekaart in de Memorie van Antwoord bij het Wetboek van Strafrecht<sup>150</sup> - lijkt voor de vraag of sprake is van een 'goed' in de zin van het Wetboek van Strafrecht in de praktijk bepalend te zijn of het object *geïndividualiseerd* kan worden, in die zin dat op ieder moment maar één persoon de (feitelijke) beschikkingsmacht hierover kan hebben.<sup>151</sup> Deze benadering sluit eveneens aan bij het beoogde doel van artikelen 310 en 321 Sr, 'de beschikkingsmacht van de rechthebbende op het goed te verzekeren'.<sup>152</sup> Op dit punt valt de vergelijking met de verplichting de eigen kopie te wissen bij doorlevering van software uit het UsedSoft-arrest te maken.

### 3.3.3 Immateriële objecten als 'zaken' in de zin van artikel 3:2 Burgerlijk Wetboek

Binnen het Burgerlijk Wetboek zijn zaken 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten' (artikel 3:2 BW). In de parlementaire geschiedenis wordt het begrip 'stoffelijkheid' niet nader toegelicht. Traditioneel wordt dit begrip uitgelegd als 'tastbaarheid' en kunnen dus alleen fysieke goederen als 'zaak' in de zin van artikel 3:2 BW worden beschouwd. In de literatuur wordt evenwel kritiek geuit op deze interpretatie. Gerbrandy<sup>153</sup> merkt op dat de uitleg van een begrip afhankelijk is van de context waarin het wordt gebruikt. 'Stoffelijkheid' zou volgens hem in de juridische omgeving een andere lading kunnen dekken dan in de natuurwetenschappelijke omgeving. Een zelfde opvatting wordt verdedigd in Asser, Mijnsen & De Haan<sup>154</sup>, waar wordt aangevoerd dat 'wat het recht als zaak beschouwt, uitsluitend [wordt] bepaald door de eisen van het praktische rechtsleven'. Suijling<sup>155</sup> is van mening dat ieder object 'dat een afgescheiden eenheid vormt, waarvan de beheersing nut oplevert', als (stoffelijke) zaak kan worden aangemerkt. Van der Steur<sup>156</sup> onderschrijft deze uitleg. Zij betoogt dat 'stoffelijkheid' in wezen ziet op iedere verschijningsvorm die 'voor derden kenbaar maakt op welk specifiek object zij geen inbreuk mogen maken'.<sup>157</sup> Of een object een 'zaak' in de zin van artikel 3:2 BW is, dient volgens haar te worden bepaald aan de hand van de functie hiervan in het rechtsverkeer. In dit verband onderscheidt zij vier essentiële kenmerken:

- derden moeten van het gebruik van het object kunnen worden uitgesloten;
- het object moet kunnen worden waargenomen;
- het object moet zelfstandig zijn (geen bestanddeel vormen);
- het object moet een vermogensrechtelijke waarde vertegenwoordigen.

<sup>148</sup> Hof Leeuwarden, 10 november 2009, LJN BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*), ro. 3.5.

<sup>149</sup> Hof Leeuwarden, 10 november 2009, LJN BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*).

<sup>150</sup> Kamerstukken II, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 8.

<sup>151</sup> Zie ook conclusie A-G Hofstee in Hof Leeuwarden, 10 november 2009, LJN BK2773 (*Diefstal virtuele goederen*), punt 26.

<sup>152</sup> Kamerstukken II, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 8; zie ook HR 3 december 1996, LJN ZD0584, NJ 1997, 574 (*Computergegevens*).

<sup>153</sup> S. Gerbrandy, *Zaken zijn zaken! : of niet?* (oratie Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

<sup>154</sup> F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 54.

<sup>155</sup> J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, § 30.

<sup>156</sup> J.C. van der Steur, "Grenzen van rechtsoBJECTEN, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten", Deventer: Kluwer 2003, p. 129-132.

<sup>157</sup> J.C. van der Steur, "Grenzen van rechtsoBJECTEN, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten", Deventer: Kluwer 2003, p. 132.

Gezamenlijk duidt zij deze kenmerken aan als *'individualiteit'*. Bezit het object individualiteit dan is het een zaak in de zin van artikel 3:2 BW en kan hierop een eigendomsrecht als bedoeld in artikel 5:1 BW worden gevestigd, aldus Van der Steur.

### 3.3.4 Verkoop van immateriële objecten

Ook binnen het Nederlandse verbintenissenrecht zijn er gevallen waarin immateriële zaken gelijk worden gesteld met stoffelijke zaken, bijvoorbeeld op het gebied van 'koop'. Illustratief hiervoor is het *Beeldbrigade-arrest*<sup>158</sup> van 27 april 2012, waarin de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de titel van een overeenkomst op basis waarvan computerprogrammatuur was verstrekt. Artikel 7:1 BW definieert 'koop' als 'een overeenkomst waarbij de één zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen'. Ook vermogensrechten kunnen onderwerp van een koopovereenkomst zijn als de aard van het betrokken recht dit toelaat (artikel 7:47 BW).

De Hoge Raad overwoog dat – nu uit de combinatie van artikelen 7:1 en 7:47 BW zou blijken dat de wetgever de kooptitel breed heeft willen toepassen – de overeenkomst waarbij tegen betaling van een bepaald bedrag een niet in tijdsduur beperkt gebruiksrecht wordt verkregen welke ertoe strekt de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht kan uitoefenen, als 'koop' in de zin van artikel 7:1 BW kan worden beschouwd.

Voorts merkte de Hoge Raad op dat het voor de kooptitel niet uitmaakt of het betreffende object via een fysieke drager (zoals een CD-ROM) of door middel van een download wordt verkregen. Brede toepassing van de kooptitel zou volgens de Hoge Raad eveneens wenselijk zijn, nu *'de kooptitel een uitgewerkte regeling geeft inzake conformiteit, klachtplicht en verjaring, en omdat met die toepasselijkheid de rechtspositie van de koper wordt versterkt (met name in het geval van consumentenkoop en koop op afstand)'. 'In al deze opzichten bestaat geen aanleiding de aanschaf van standaardsoftware te onderscheiden van de koop van zaken en vermogensrechten'* (ro. 3.4 en 3.5).

De door de Hoge Raad in dit arrest aangehangen visie dat software als zodanig voor de kooptitel gelijk moet worden gesteld met een zaak, maar geen zaak is, wordt - naar het schijnt - overlapt door het 'autonoom unierechtelijke begrip van koop' (*UsedSoft/Oracle*).

## 3.4 Recente jurisprudentie in de Verenigde Staten

Omdat het leeuwendeel van de software en digitale content die op de Europese markt beschikbaar is uit de Verenigde Staten afkomstig is, is het nuttig om in dit kader ook naar Amerikaanse rechtspraak te kijken.

Anders dan in Europa, geeft in de Verenigde Staten bij de juridische kwalificatie van overeenkomsten veeleer de wil van partijen de doorslag. In de zaak *Vernor/Autodesk*<sup>159</sup> bepaalde het US Court of Appeals for the Ninth Circuit dat de doorverkoop van rechtmatig verkregen softwarediskettes via eBay in strijd was met het auteursrecht van de softwarefabrikant (Autodesk) nu de overeenkomst uit hoofde waarvan de software door de rechthebbende was verstrekt, was aangeduid als een niet overdraagbare licentie ('non-transferable license'). Dat de software voor onbepaalde tijd (doch tot de aanschaf van een *update*) door de verkrijger mocht worden gebruikt, was volgens het Court of Appeals irrelevant. De gebruiksovereenkomst kon volgens het Court of Appeals niet als overeenkomst van eigendomsoverdracht ('transfer of ownership') worden aangemerkt nu de auteursrechthebbende: (1) kenbaar had gemaakt dat de gebruiker slechts een gebruiksrecht zou verkrijgen, (2) de overdracht van de software uitdrukkelijk

<sup>158</sup> HR 27 april 2012, LjN BV 1301, IT 767.

<sup>159</sup> *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 2010 WL 3516435 (9th Cir. 2010).

had verboden; en (3) significante gebruiksbeperkingen had opgelegd.<sup>160</sup> Nu de eigendom van de software niet was overgedragen, was het exclusieve distributierecht van de auteursrechthebbende in tact gebleven en kon de *first sale doctrine*<sup>161</sup> (vergelijkbaar met de Europese uitputtingsregeling) de gebruiker geen uitkomst bieden.<sup>162</sup>

Ook in de zaak Capitol Records/ReDigi<sup>163</sup> liep het beroep op de *first sale doctrine* op niets uit. In deze zaak ging het om de vraag of de *first sale doctrine* kon worden toegepast op de online verkoop van muziekbestanden. ReDigi was een internetplatform waarop geregistreeerde gebruikers digitale muziek konden kopen en verkopen. Door middel van DRM werd voorkomen dat een bestand op meerdere gebruikersaccounts tegelijk aanwezig kon zijn. Capitol Records, auteursrechthebbende van een aantal via ReDigi verhandelde muziekbestanden, meende dat ReDigi inbreuk maakte op haar auteursrechten en stapte naar de rechter. Het U.S. District Court for the Southern District of New York oordeelde dat - ondanks dat voor en na de verkoop via ReDigi maar één exemplaar van het muziekbestand aanwezig was - bij de digitale doorverkoop een reproductiehandeling ('reproduction') was verricht welke, nu de auteursrechthebbende hiervoor geen toestemming had gegeven, inbreuk maakte op het reproductierecht (§ 106(1) U.S. Copyright Act). Daarnaast stelde het District Court dat met de doorverkoop van digitale bestanden via ReDigi inbreukmakende distributiehandelingen waren verricht nu er ongeautoriseerde kopieën aan het publiek ter beschikking waren gesteld. Een beroep op de *first sale doctrine* kon niet slagen nu deze regeling volgens het gerecht ten eerste geen betrekking zou hebben op het reproductierecht en daarnaast beperkt zou zijn tot de distributie van materiele dragers.

*'[T]he first sale defense is limited to material items, like records that the copyright owner put into the stream of commerce. Here, ReDigi is not distributing such material items; rather it is distributing reproductions of the copyrighted code embedded in new material objects, namely, the ReDigi server in Arizona and its users' hard drives. The first sale defense does not cover this any more than it covered the sale of cassette recordings of vinyl records in a bygone era.'* (p. 12, para. 1).

Het District Court refereerde ook naar het in 2001 uitgebrachte rapport van het U.S. Copyright Office met betrekking tot §104 van de Digital Millennium Copyright Act,<sup>164</sup> waarin de uitbreiding van de werkingssfeer van de *first sale doctrine* met de verkoop van digitale werken - met het oog op de zwakke positie van auteursrechthebbenden in de territoriaal onbegrensde markt en het gevaar van 'undetected cheating' - wordt afgeraden.<sup>165</sup>

Aan gene zijde van de Atlantische oceaan hecht de jurisprudentie dus veeleer waarde aan de overeengekomen titel van de (eerste) overdracht, terwijl aan Europese zijde veel meer wordt gekeken naar de marktaard hiervan.

---

<sup>160</sup> Vrije vertaling van: '(1) specifies that the user is granted a license; (2) significantly restricts the user's ability to transfer the software; and (3) imposes notable use restrictions'.

<sup>161</sup> Vervat in U.S.C para. 101-103 jo. para. 109.

<sup>162</sup> Overigens oordeelde het United States District Court for the Western District of Washington eerder dat wel sprake was van eigendomsoverdracht ('transfer of ownership') en dus toepasselijkheid van de *first sale doctrine* (*Vernor v. Autodesk, Inc.*, 555 F. Supp. 2d 1164 (W.D. Wash. 2008)); Zie voor een zelfde oordeel *United States v. Wise*, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977). Anders: *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer* (9th Cir. 1993); *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co.* (9th Cir. 1995); *Wall Data v. Los Angeles County Sheriff's Dept.* (9th Cir. 2006).

<sup>163</sup> U.S. District Court for the Southern District of New York 30 maart 2013, 2013 WL 1286134 (Capitol Records/ReDigi).

<sup>164</sup> U.S. Copyright Office, A report of the Register of Copyrights pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act, August 2001.

<sup>165</sup> U.S. Copyright Office, A report of the Register of Copyrights pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act, August 2001, p. XI.

## 4. Toepassing van het UsedSoft/Oracle-arrest op het Nederlandse uitleenrecht

### 4.1 Inleiding

In hoeverre bieden de ontwikkelingen in de jurisprudentie nu aanknopingspunten om het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van downloads als ‘uitlening’ in de zin van artikelen 12, lid 1, sub 3, jo. lid 3, Auteurswet aan te merken en onder de werkingssfeer van artikel 15c Auteurswet te brengen?

Artikel 15c Auteurswet bepaalt dat geen inbreuk wordt gemaakt op het exclusieve openbaarmakingsrecht van de auteursrechthebbende (artikel 1 jo. 12 Aw) indien

- a. het geheel of een gedeelte van een exemplaar van een werk of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht;
- b. voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking wordt gesteld door een voor het publiek toegankelijke instelling; en
- c. voor de uitlening een vergoeding wordt betaald.

### 4.2 In het verkeer brengen van exemplaren van werken

*Kan een e-book als ‘exemplaar van een werk of een verveelvoudiging daarvan’ in het verkeer worden gebracht (levering van auteursrechthebbende aan bibliotheek)?*

Op grond van het door het Hof van Justitie EU in het UsedSoft/Oracle-arrest overwogene dient deze vraag mijns inziens bevestigend te worden beantwoord. Zoals in hoofdstuk 3 is uitgelegd, komt ‘in het verkeer brengen van een exemplaar van een werk of van een verveelvoudiging daarvan’ in de Auteurswet overeen met ‘distributie van originelen en kopieën’ in de Auteursrechtlijn en het WIPO Auteursrechtverdrag.<sup>166</sup> Uit de in artikel 6, lid 1 WCT vervatte definitie van het distributierecht (“het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen”) volgt volgens het Hof dat *alle* immateriële openbaarmakingshandelingen (“mededelingen aan het publiek” in de zin van artikel 4 ARR) die resulteren in de eigendomsoverdracht van immateriële werkexemplaren, transformeren tot distributiehandelingen (in de zin van artikel 4, lid 1, ARR).<sup>167</sup> Daarbij heeft het Hof vastgesteld dat de distributie van immateriële werkexemplaren - onder dezelfde voorwaarden als de distributie van materiële werkexemplaren - tot uitputting van het distributierecht (als bedoeld in artikel 4, lid 2, ARR (12b Aw)) leidt. Deze interpretatie van artikelen 6 WCT en 4 ARR (strekt verder dan alleen computerprogramma's) lijkt ruimer dan die, verwoord in overwegingen 28<sup>168</sup> en 29<sup>169</sup> van de considerans van de Auteursrechtlijn, waar uiteen staat gezet dat distributie en uitputting uitsluitend van toepassing zijn op de exploitatie van materiele zaken.

<sup>166</sup> Kamerstukken II, 2002–2003, 28482, nr. 5, p. 22.

<sup>167</sup> Idem noot 113: UsedSoft/Oracle, ro. 52.

<sup>168</sup> De bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn omvat het uitsluitende recht zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd. De eerste verkoop in de Gemeenschap van het origineel van een werk of van kopieën daarvan door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht zeggenschap over de wederverkoop van die zaak binnen de Gemeenschap uit te oefenen. Er treedt geen uitputting van dit recht op ten aanzien van het origineel of kopieën die door de rechthebbende of met diens toestemming buiten de Gemeenschap worden verkocht. Het verhuurrecht en het uitleenrecht voor de auteurs zijn vastgelegd in Richtlijn 92/100/EEG. Het in deze richtlijn vastgelegde distributierecht laat de bepalingen betreffende het verhuurrecht en het uitleenrecht in hoofdstuk 1 van Richtlijn 92/100/EEG onverlet.

<sup>169</sup> Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-line diensten. 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. Bijgevolg geldt hetzelfde voor het verhuren en het uitlenen van het origineel of kopieën van werken of andere zaken die de aard van diensten hebben. Anders dan het geval is bij een CD-ROM of een CD-i, waarbij de intellectuele eigendom in een materiële drager, dus in een zaak, is belichaamd, is elke on-line dienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.

De benadering van het distributierecht en de uitputtingsregeling van het Hof lijkt overigens sterk op die van de Hoge Raad in het Stemra/Free Record Shop-arrest<sup>170</sup> van 1982 (vóór het digitale tijdperk):

*“Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd — dus een verveelvoudiging van dat werk — eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarstelling van die verveelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of op andere wijze — of aanbidding voor zulk een doel — niet als een (verdere) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken.” (r.o. 3.4).*

Bij het beantwoorden van de vraag of eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden, moeten het beschikbaar stellen van de download en het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot het gebruik van die download in juridische zin als één ondeelbaar geheel worden gezien, nu deze onderdelen geen zelfstandige waarde vertegenwoordigen.<sup>171</sup>

Het Hof van Justitie van de EU heeft met betrekking tot digitale software-exemplaren vastgesteld<sup>172</sup> dat van eigendomsoverdracht sprake is indien de ontvanger van het exemplaar een (1) in tijd onbeperkt gebruiksrecht heeft verkregen (2) tegen betaling van een prijs waarmee de auteursrechthebbende een vergoeding heeft kunnen krijgen die in reële verhouding staat tot de economische waarde van de kopie van zijn werk.

Hoewel het UsedSoft/Oracle-arrest betrekking heeft op de exploitatie van computerprogramma's, zou de exploitatie van andere digitale werken op eenzelfde wijze geïnterpreteerd kunnen worden. Zo is er in het gebruik geen verschil tussen e-books die door een download via het internet door de consument op een e-reader worden geïnstalleerd en e-books die met e-reader en al aan de consument worden geleverd. Zoals het Hof overwoog ten aanzien van digitale software en software op CD-ROMS: *'de overdracht online is functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiele drager'*.<sup>173</sup> Ook in economisch opzicht lijkt de distributie van e-books met en zonder fysieke drager gelijk.<sup>174</sup> Als een afscherming van de downstream-markten zou moeten worden voorkomen, geldt dit evenzeer voor e-books als voor computerprogramma's.<sup>175</sup> Daarnaast geldt het verhoogde risico van auteursrechtinbreuk (doordat e-books snel en verliesloos gekopieerd kunnen worden en daarna met een muisclick wereldwijd kunnen worden verspreid), ten aanzien van alle digitale werken en kan mijns inziens daarmee dus niet worden gerechtvaardigd dat e-books in auteursrechtelijk verband anders worden behandeld dan computerprogramma's.

Bovendien zou het uitsluiten van de mogelijkheid van eigendomsoverdracht – en daarmee van uitputting (artikel 4, lid 2, ARR)<sup>176</sup> – ertoe leiden dat de auteursrechthebbende bij iedere volgende overdracht van het e-bookexemplaar een nieuwe vergoeding zou kunnen vorderen, terwijl hij bij de eerste overdracht al aanspraak had kunnen maken op een passende vergoeding voor het onbepaalde gebruik. De auteursrechthebbende zou dus een bredere bescherming krijgen dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van het auteursrecht, hetgeen het vrije verkeer van goederen zou belemmeren.<sup>177</sup>

---

<sup>170</sup> HR 20 november 1987, NJ 1988/280 m.nt. LWH (*Stemra/Free Record Shop*).

<sup>171</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 44 en 47 met verwijzing naar HvJ EU 6 mei 2010, C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), ro. 48-49 en aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ EG 5 december 1989, C-3/88, Jurispr. blz. 4035 (*Commissie/Italië*), ro. 19; HvJ EG 19 april 1994, C-331/92, Jurispr. blz. I-1329 (*Gestión Hotelera Internacional*) ro. 23-26; HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, Jurispr. blz. I-385 (*Auroux e.a.*), ro. 36 en 37; HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, Jurispr. blz. I-619 (*Commissie/Italië*) ro. 47; HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07, Jurispr. blz. I-00000 (*Commissie/Duitsland*), ro. 28, 29, 57 en 61.

<sup>172</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 45.

<sup>173</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 61.

<sup>174</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 61.

<sup>175</sup> Landgericht Bielefeld 5 maart 2013, 4 O 191/11, ro. 81.

<sup>176</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 42.

<sup>177</sup> In weerwil van artikelen 34 en 36 VwEU, zie HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League*), ro. 187 en 188 en aldaar aangehaalde rechtspraak; UsedSoft/Oracle, ro. 60-63.

Eveneens moet rekening worden gehouden met het groeiende maatschappelijke belang van digitale distributie<sup>178</sup> en ruimte worden gelaten voor technische innovatie. Overweging 5 van de considerans van de Auteursrechtlijn benadrukt dat het *'auteursrecht en de huidige naburige rechten moeten worden aangepast en aangevuld om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren'*. Ten tijde van de inwerkingtreding van de Auteursrechtlijn stonden *online data transmissie* en *downloading* nog in de kinderschoenen en kon men niet overzien hoe deze markten zich zouden ontwikkelen.

Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat het via een download verstrekken van e-books door of met instemming van de auteursrechthebbende, waarbij de ontvanger (bijvoorbeeld een openbare instelling) een in tijd onbeperkt gebruiksrecht verkrijgt tegen betaling van een prijs waarmee de auteursrechthebbende een vergoeding heeft kunnen krijgen die in reële verhouding staat tot de economische waarde van het werkexemplaar, kan worden aangemerkt als eigendomsoverdracht. Een en ander brengt mij tot de conclusie dat een e-book als 'een exemplaar van een werk' in het (uitleen-)verkeer kan worden gebracht in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, jo. lid 3, Aw.

### 4.3 Voor gebruik voor beperkte tijd ter beschikking stellen

Waar het Hof zich niet over heeft uitgelaten, is of 'het voor gebruik voor beperkte tijd ter beschikking stellen' van immateriële werkexemplaren kan worden aangemerkt als 'verhuur' of 'uitleening' in de zin van artikel 2, lid 1, onder a en b, van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht (geïmplementeerd in artikel 12, lid 1, sub 3, jo. leden 2 en 3, Aw).<sup>179</sup> Met de indeling van de A-G<sup>180</sup> in de hand, zouden evenwel de volgende definities kunnen worden gegeven.

Als *'verkoop'* ziet op de overeenkomst 'waarbij een persoon *tegen [eenmalige] betaling* van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt' en van eigendomsoverdracht sprake is als de ontvanger van een dergelijke zaak een *in tijd onbeperkt gebruiksrecht* verkrijgt en de auteursrechthebbende de mogelijkheid heeft om voor dit gebruik een passende vergoeding te ontvangen;

kan *'verhuur'*<sup>181</sup> in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, RVU dan worden uitgelegd als het *voor gebruik voor beperkte tijd* ter beschikking stellen van een lichamenlijk of onlichamelijk\_werkexemplaar tegen een *[periodiek] direct of indirect economisch of commercieel voordeel*;<sup>182</sup>

en *'uitleening'*<sup>183</sup> in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, RVU worden uitgelegd als het *voor gebruik voor beperkte tijd* ter beschikking stellen van een lichamenlijk of onlichamelijk werkexemplaar *zonder [periodiek] direct of indirect economisch of commercieel voordeel* door voor het publiek toegankelijke instellingen.

Deze interpretatie naar analogie lijkt mij om een aantal redenen aangewezen.

Bij het uitleenen van stoffelijke werkexemplaren verplaatst het object van de fysieke macht van de uitlener naar de fysieke macht van de lener en weer terug. Bij e-books werkt dit (met uitzondering van het geval waar het e-book op een materiele drager wordt uitgeleend) anders. Bij e-lending ontvangt de lener niet het exemplaar van de uitlener, maar een kopie daarvan. Door toepassing van technische beschermingsmaatregelen, zoals productsleutels, digitale watermerken en DRM, kunnen deze kopieën

<sup>178</sup> N. Kroes, 'Making Europe the home of eBooks', speech/13/262 van 25 maart 2013.

<sup>179</sup> Wet van 21 december 1995 tot wijziging van de Auteurswet 1912 en de Wet op de naburige rechten in verband met de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992, *PbEG* 1992, L 346/61 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Stb.* 1995, 653).

<sup>180</sup> Conclusie A-G Bot in HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11 (UsedSoft/Oracle), punten 56-58.

<sup>181</sup> Artikel 2, lid 1, onder a, RVU.

<sup>182</sup> In dit verband zij aangetekend dat de eis van teruggave van de verhuurde kopie (para. 58 Conclusie) vervalt bij het onbruikbaar maken van die kopie conform rechtsoverweging 70 van het Hof in dezelfde zaak.

<sup>183</sup> Artikel 2, lid 1, onder b, RVU.

worden beveiligd tegen ongeoorloofd kopiëren, individueel geïdentificeerd worden en voor gebruik voor bepaalde tijd aan de lener ter beschikking worden gesteld. Hierdoor kan een hoge mate van functionele en economische gelijkheid worden verwezenlijkt tussen het uitlenen van e-books op een e-reader enerzijds en het via een download voor gebruik voor bepaalde tijd ter beschikking stellen hiervan anderzijds. Dit geldt temeer, als de uitlenende instelling een uitleenregime hanteert, waarbij het aantal exemplaren van een titel dat op een bepaald moment door bibliotheekleden kan worden geraadpleegd niet groter kan zijn dan het aantal door de uitlenende instelling aangeschafte exemplaren van die titel (conform de uitleen van fysieke werken).<sup>184</sup>

Daarnaast is het van belang dat rekening wordt gehouden met technische innovatie. Zoals uiteengezet in overweging 4 van de considerans van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht, moeten het auteursrecht en de bescherming door naburige rechten worden aangepast aan nieuwe economische ontwikkelingen, 'zoals nieuwe exploitatievormen'. Het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten<sup>185</sup>, waarin de Europese Commissie aantekende dat de tijdelijke terbeschikkingstelling van immateriële werkexemplaren door middel van een download niet binnen de werkingssfeer zou vallen, dateert van 1990. Dit is voordat downloading en andere vormen van online datatransmissie een grote vlucht namen, en zou derhalve heroverweging verdienen.

Dat het uitgesloten was dat immateriële openbaarmakingshandelingen als distributiehandelingen konden worden gekwalificeerd, was omdat immateriële openbaarmakingshandelingen in die tijd 'mededelingen aan het publiek' in de enge zin van het woord betroffen, zoals de uitzending van radio en televisieprogramma's. Begrijpelijk sprak men met betrekking tot deze categorie dan ook van 'diensten'. Met de mogelijkheid om literaire werken zonder fysieke drager aan een ander 'ter beschikking te stellen', werd door de wetgever nog geen rekening gehouden.

In haar verslag aan het Europees Parlement uit 2002<sup>186</sup> merkte de Commissie op weinig zicht te hebben op de mate waarin 'de traditionele openbare uitlening door bibliotheken zal worden vervangen door nieuwe vormen van on-lineverspreiding, die nu nog niet onder de richtlijn vallen' maar liet daarbij weten 'nieuwe technologische ontwikkelingen in de uitleeninstellingen [te] blijven volgen, met name om te beoordelen of nieuwe acties op dit gebied nodig mochten zijn'.<sup>187</sup>

Er kunnen vraagtekens worden gezet bij de houdbaarheid van de redenering van de Europese Commissie die aan de traditionele uitleg van het uitleenrecht ten grondslag ligt. Eerder is besproken dat de reden van de Europese Commissie om de terbeschikkingstelling van downloads niet binnen het kader van het uitleenrecht te willen regelen was, dat deze exploitatievorm in een groot aantal lidstaten als 'mededeling aan het publiek' zou worden aangemerkt.<sup>188</sup> In het UsedSoft/Oracle-arrest heeft het Hof van Justitie EU evenwel aangegeven dat *mededelingen aan het publiek* die resulteren in eigendomsoverdracht van een immaterieel werkexemplaar, transformeren in *distributiehandelingen*.<sup>189</sup> Deze uitleg van het distributierecht lijkt haaks te staan op de interpretatie van de Europese Commissie van 1990.<sup>190</sup>

---

<sup>184</sup> A. Klöpping, 'Alle e-books uitgeleend', *NRC Next* van 28 september 2011, te vinden op <<http://www.nrcnext.nl/columnisten/2011/09/28/alle-e-books-uitgeleend/>>

<sup>185</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten', (COM (90) 586 definitief), (Pb. C 53 van 28 februari 1991)).

<sup>186</sup> Verslag van de commissie aan de raad, het EP en het EESC over het openbare-uitleenrecht in de EU, COM (2002) 502 definitief.

<sup>187</sup> Verslag van de commissie aan de raad, het EP en het EESC over het openbare-uitleenrecht in de EU, COM (2002) 502 definitief, p. 12.

<sup>188</sup> Zoals is besproken in Hoofdstuk 3, wordt uitlening van oudsher in het merendeel van de lidstaten als distributiehandeling gekwalificeerd (Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie, 19 februari 2002 (COM (2002) 502 definitief)).

<sup>189</sup> UsedSoft/Oracle, punt 52.

<sup>190</sup> In deze scriptie wordt niet ingegaan op de vraag of het Hof van Justitie EU hier buiten zijn bevoegdheden is getreden.

Hoewel de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht niet vereist dat de lidstaten uitlening als distributiehandeling aanmerken, wordt uitlening in de meeste lidstaten wel als zodanig gekwalificeerd en door die Richtlijn niet aangetast.<sup>191</sup> Naar analogie van het distributierecht wordt uitlening in Nederland (binnen het openbaarmakingsrecht) als een wijze van ‘in het verkeer brengen’ beschouwd (artikel 12b Aw). Daarbij viel uitlening, zoals besproken in Hoofdstuk 3, vóór de implementatie van de Richtlijn Verhuurrecht en Uitleenrecht binnen de werking van de uitputtingsregeling. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat het passend zou zijn om de distributie van immateriële werkexemplaren, waarbij het werkexemplaar voor gebruik voor een bepaalde tijd door een voor het publiek toegankelijke instelling individualiseerbaar en traceerbaar ter beschikking wordt gesteld, aan te merken als *uitlening* in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, Aw.

## 4.4 Reproductiehandeling

De auteursrechthebbende heeft het uitsluitende recht iedere directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van zijn werk, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden (artikel 2 ARR (artikelen 13 en 14 Aw)). Hieronder zal worden besproken welke aanknopingspunten het recht biedt om de reproductiehandeling van de lener – waardoor hij een tijdelijk toegankelijk kopie verkrijgt – zonder toestemming van de auteursrechthebbende toe te staan.

### 4.4.1 Artikel 5, lid 1, Auteursrechtrichtlijn

Artikel 5, lid 1, ARR (artikel 13a Aw) bepaalt dat niet als reproductie in de zin van artikel 2 ARR wordt beschouwd:

- de tijdelijke kopie;
- van voorbijgaande of incidentele aard; die
- een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé;
- met het uitsluitende doel de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken;
- zonder zelfstandige economische waarde.

Uit de vaste jurisprudentie volgt dat deze voorwaarden eng moeten worden uitgelegd omdat artikel 5, lid 1, ARR afwijkt van de algemene regel dat de auteursrechthebbende uitsluitend bevoegd is om over de reproductie van zijn werk te beslissen.<sup>192</sup> Het doel van dit artikel is het vrijstellen van reproductiehandelingen die inherent zijn aan het technische proces aan de hand waarvan een exploitatiehandeling wordt verricht.<sup>193</sup> De Commissie Auteursrecht spreekt over handelingen die ‘onontbeerlijk zijn om het lezen, luisteren en kijken [van het werk] mogelijk te maken’.<sup>194</sup> *‘In such cases, it is appropriate to limit the scope of the reproduction right and only protect those acts of reproduction which are of a separate economic relevance’*, aldus de Europese Commissie in het Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society.<sup>195</sup> Artikel 5, lid 1, ARR, heeft typisch betrekking op de online omgeving, maar is ook van toepassing op reproducties die plaatsvinden in het kader van offline gebruik.<sup>196</sup> Overweging 33 van de considerans geeft als voorbeelden *browsing* (elektronisch bladeren in de op het scherm weergegeven kopie) en *caching*

<sup>191</sup> Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie, 19 februari 2002 (COM (2002) 502 definitief).

<sup>192</sup> HvJEG, 16 juli 2009, *AMI* 2009, nr. 20, p. 198, (*Infopaq/DDF*), m.nt. Koelman; *IER* 2009, nr. 78, p. 318, m. nt. Grosheide, ro. 56; Hof van Justitie EU 4 oktober 2011, *AMI* januari 2012, nr.1, p. 13, *IER* 2012, nr. 3, p. 227, m.nt. MdCB & HMHS, ro. 162.

<sup>193</sup> Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in de Information Society, 10 december 1997 (COM (97) 628 final), p. 29.

<sup>194</sup> Commissie Auteursrecht, ‘Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media’, 1998, p. 28.

<sup>195</sup> Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in de Information Society, 10 december 1997 (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) (COM (97) 628 final), p. 29.

<sup>196</sup> Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in de Information Society, 10 december 1997 (COM (97) 628 final), p. 29.

(vooraf inlezen op een snelle drager).<sup>197</sup> Met betrekking tot het begrip ‘van voorbijgaande aard’ heeft het Hof van Justitie EU in het *Infopaq-arrest*<sup>198</sup> bepaald dat de levensduur van de kopie niet langer mag zijn dan ‘hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technische procedé, waarbij dit procedé geautomatiseerd moet zijn zodat deze handeling automatisch, zonder menselijke interventie, wordt gewist zodra de functie ervan om dit procedé mogelijk te maken is vervuld.’<sup>199</sup> Overigens zijn de ‘guiding principles’ van artikel 5 van de Auteursrechtlijn blijkens het bovengenoemde Proposal ontleend aan de Softwarerichtlijn en de Databankenrichtlijn.<sup>200</sup> De gangbare opvatting is dat de gedownloade kopie die in het kader van e-lending door de lener wordt verkregen geen kopie in de zin van artikel 5, lid 1, van de Auteursrechtlijn vormt. De reden hiervoor is dat de e-book-kopie van de lener permanent op de harde schijf van de betreffende informatiedrager wordt opgeslagen en als zodanig dus niet tijdelijk en van voorbijgaande of incidentele aard is. Dit impliceert dat de kopie van de lener als een reproductie in de zin van artikel 2 ARR moet worden aangemerkt.

#### 4.4.2 Artikel 5, lid 1, Softwarerichtlijn

De Softwarerichtlijn regelt in artikel 5, lid 1, (artikel 45j Aw), dat de ‘rechtmatige verkrijger’ van een *computerprogramma* (behoudens andersluidende overeenkomst) zonder toestemming van de rechthebbende een kopie mag maken, indien dit voor gebruik voor het beoogde doel (zoals normaal gebruik)<sup>201</sup> noodzakelijk is.<sup>202</sup> Een aantal lidstaten heeft bij de implementatie van dit artikel het begrip ‘rechtmatige verkrijger’ vervangen door ‘rechtmatige gebruiker’ (niet Nederland)<sup>203</sup>. De Europese Commissie heeft in haar verslag over de tenuitvoerlegging en effecten van de Softwarerichtlijn<sup>204</sup> opgemerkt dat ‘rechtmatige verkrijger’ *‘in feite [betrekking heeft op iedere] koper, licentiehouder, huurder of persoon die toestemming heeft om namens een van de vorengenoemden het programma te gebruiken’*.<sup>205</sup> In het *UsedSoft/Oracle-arrest* verklaarde het Hof van Justitie EU artikel 5, lid 1, mede van toepassing op kopieën van opvolgende verkrijgers van digitale software.<sup>206</sup> Hier stelde het Hof tegenover dat de eerdere gebruiker zijn kopie van het werk onbruikbaar maakt. Uitgaande van het bovenstaande, acht ik het aannemelijk dat in het geval van tijdelijke terbeschikkingstelling van immateriële computerprogramma’s (de Softwarerichtlijn heeft alleen betrekking op ‘verhuur’, niet uitlening<sup>207</sup>) de gebruiker op grond van artikel 5, lid 1, zonder toestemming van de auteursrechthebbende een reproductiehandeling mag verrichten en deze reproductie mag gebruiken op voorwaarde dat het eerdere exemplaar gedurende deze periode onbruikbaar is. Artikel 5, lid 1, Softwarerichtlijn heeft als *lex specialis*<sup>208</sup> evenwel uitsluitend betrekking op computerprogramma’s. De Auteursrechtlijn bevat niet een dergelijke regeling voor alle soorten werken.

#### 4.4.3 Artikel 5, lid 1, Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht

Evenals artikel 6 WCT – ten aanzien waarvan door het Hof is aangenomen dat het zowel betrekking heeft op materiele als immateriële werkexemplaren<sup>209</sup> – heeft artikel 2 Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht

<sup>197</sup> Kamerstukken II, 2002–2003, 28 482, nr. 5, p. 24; Overweging 33 ARR.

<sup>198</sup> HvJ EG 16 juli 2009, *AMI* 2009, nr. 20, p. 198, (*Infopaq v DDF*), m.nt. Koelman; *IER* 2009, nr. 78, p. 318, m. nt. Grosheide.

<sup>199</sup> *Infopaq/DDF*, ro. 64.

<sup>200</sup> Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, 10 december 1997 (COM (97) 628 final), p. 28.

<sup>201</sup> *UsedSoft/Oracle*, ro. 81.

<sup>202</sup> Het maken van een reservekopie door een rechtmatige gebruiker van het programma kan niet bij overeenkomst worden verhinderd indien die kopie voor bovenbedoeld gebruik noodzakelijk is (artikel 5, lid 2 Softwarerichtlijn).

<sup>203</sup> Artikel 45j Auteurswet.

<sup>204</sup> Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s van 10 april 2000, COM(2000) 199 definitief.

<sup>205</sup> Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s van 10 april 2000, COM(2000) 199 definitief, p. 12; Toelichting COM(92) 24 definitief van 13 mei 1992, punt 8.4; artikelen 6 en 8 Databankrichtlijn.

<sup>206</sup> *UsedSoft/Oracle*, ro. 81.

<sup>207</sup> Overweging 12 bij de Softwarerichtlijn.

<sup>208</sup> Overweging 50 bij de Auteursrechtlijn.

<sup>209</sup> *UsedSoft/Oracle*, ro. 52.

betrekking op het 'ter beschikking stellen van' werkexemplaren. Ter beschikking gestelde computerprogramma's mogen door de rechtmatige verkrijger voor gebruik voor het beoogde doel worden gereproduceerd (artikel 5, lid 1, Software Richtlijn). Dit geldt zowel voor de verkrijger die het computerprogramma in eigendom overgedragen heeft gekregen, als de verkrijger aan wie het computerprogramma tijdelijk ter beschikking wordt gesteld (conform verslag Europese Commissie).<sup>210</sup>

Zou voor de reproductiehandeling van de lener van een e-book toestemming van de auteursrechthebbende zijn vereist, dan zou binnen het auteursrecht een juridisch onderscheid worden gecreëerd tussen de verspreidingsmogelijkheden van digitale computerprogramma's en andere digitale werken. Bij ieder digitaal werk gaat verspreiding uit de aard van de 'zaak' immers gepaard met het maken van een kopie, of het nu gaat om software, muziek of e-books. In het *UsedSoft/Oracle-arrest* is vastgesteld dat (alle) materiele en immateriële werkexemplaren voor het distributierecht (artikel 4, lid 1, ARR) en de uitputtingsregeling (artikel 4, lid 2, ARR) gelijk zijn (*De 'handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek', bedoeld in artikel 3 van [de Auteursrecht Richtlijn, wordt] door een eigendomsoverdracht een distributiehandeling bedoeld in artikel 4 van die richtlijn, die, indien is voldaan aan de in lid 2 van laatstgenoemde artikel gestelde voorwaarden, [...] tot uitputting van het distributierecht kan leiden*<sup>211</sup>). Voorts heeft het Hof in dit arrest overwogen dat inzetbaarheid van het verbodsrecht ertoe zou leiden dat: *"de houder van het auteursrecht het daadwerkelijke gebruik van iedere kopie waarvoor zijn distributierecht overeenkomstig artikel 4, lid 2, van [de Software Richtlijn] is vervallen, met het beroep op zijn exclusieve reproductierecht op grond van artikel 4, lid 1, sub a, van die richtlijn kan beletten, en [...] het verval van het distributierecht op grond van voormeld artikel 4, lid 2, daarmee zijn nuttig effect [ontneemt]"*<sup>212</sup>

Als de auteursrechthebbende bij de verspreiding van immateriële kopieën van zijn werk een beroep zou kunnen doen op zijn uitsluitende reproductierecht zou de werking van de uitputtingsregeling in dit verband sterk worden beperkt.

Het ter beschikking gestelde e-book-exemplaar is uitsluitend bedoeld om rechtmatig gebruik (namelijk: uitleen)<sup>213</sup> mogelijk te maken en is na de duur van het gebruiksrecht - door toepassing van technische beschermingsmaatregelen - voor de lener niet meer benaderbaar. Zou worden gekozen voor een uitleenmodel waarbij het aantal exemplaren van een titel dat op een bepaald moment door de leners wordt gebruikt niet groter kan zijn dan het aantal door de uitlenende instelling aangeschafte exemplaren van die titel (conform het fysieke uitleensysteem), dan is de kopie van de lener daarbij in wezen slechts een tijdelijke extensie van het uitgeleende exemplaar. In dat geval zou nog kunnen worden verdedigd dat - wanneer de download en het gebruiksrecht met betrekking tot die download als één onlosmakelijk geheel worden gezien - het e-book-exemplaar van een lener geen nieuwe *zelfstandige* economische waarde vertegenwoordigt, nu met de tijdelijke overgang van het gebruiksrecht ook de economische waarde van het exemplaar van de uitlener tijdelijk overgaat.

#### 4.4.4 Artikel 5, lid 2, sub b, Auteursrecht Richtlijn

Ten aanzien van reproducties die worden gemaakt voor privédoeleinden, bepaalt artikel 5, lid 2, sub b, Auteursrecht Richtlijn dat de lidstaten van het exclusieve recht van de auteur mogen afwijken. De Nederlandse wetgever heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt in artikel 16b e.v. Aw. Artikel 16b heeft betrekking op analoog kopiëren, zoals natekenen, overschrijven en fotokopiëren en wordt zodoende verder buiten beschouwing gelaten. Artikel 16c heeft betrekking op (digitale) reproducties van werken op *informatiedragers* ('voorwerpen die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven'), zoals CD-R's, smartphones, tablets en PC's. Lid 1 staat het maken van een reproductie op een informatiedrager toe, wanneer dit geschiedt door een natuurlijke persoon, zonder direct of indirect com-

<sup>210</sup> Verslag van de commissie aan de raad, het EP en het ESC over het openbare-uitleenrecht in de EU, COM (2002) 502 definitief.

<sup>211</sup> *UsedSoft/Oracle*, ro. 52.

<sup>212</sup> *UsedSoft/Oracle*, punt 83.

<sup>213</sup> Zie voor de onderbouwing van 'rechtmatig gebruik' de vorige paragraaf.

mercieel oogmerk en uitsluitend voor eigen oefening, studie of gebruik; óók als dat uit illegale bron gebeurt.<sup>214</sup> Wel is vereist dat voor dit gebruik een billijke vergoeding wordt betaald ten behoeve van auteursrechthebbenden (lid 2), als compensatie voor de misgelopen inkomsten. Hiermee wordt tegengegaan dat de wettige belangen van auteursrechthebbenden op onredelijke wijze worden geschaad (artikel 5, lid 5, Auteursrechtlijn). De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de informatiedrager (lid 2).<sup>215</sup> Aangezien deze heffing in de praktijk wordt doorberekend in de verkoopprijs, is het uiteindelijk de gebruiker die betaalt.

Privékopiëren vindt steeds vaker plaats op niet-traditionele dragers.<sup>216</sup> Om aan de voorwaarde van een billijke compensatie te voldoen, moeten regelmatig de hoogte van de heffingen worden bijgesteld en nieuwe heffingsplichtige voorwerpen worden aangewezen (lid 6).<sup>217</sup> Onlangs heeft de regering besloten<sup>218</sup> dat de huidige privékopieheffingsregeling, die 1 januari 2014 zou aflopen, tot 1 januari 2016 wordt verlengd. In afwijking van het advies<sup>219</sup> van de Stichting Onderhandelingen Thuiskopie (SONT) zal het heffingssysteem op 1 januari 2014 niet worden uitgebreid naar e-readers. De SONT stelde een dergelijke uitbreiding voor vanwege “de (verwachte) sterke stijging van de verkoop van e-readers” en “het aanzienlijk heffingsplichtige gebruik van e-readers”. Volgens de regering zijn er evenwel “nog onvoldoende gegevens beschikbaar over de ervaringen met het nieuwe thuiskopiestelsel. Daarnaast zijn er geen nieuwe meetgegevens beschikbaar over het gebruik van apparaten en dragers zoals die de afgelopen jaren door Bureau Veldkamp werden gemeten”.<sup>220</sup>

Op grond van de zogenaamde *driestappentoets* (artikelen 10 WCT; 13 TRIPS; 5, lid 5, ARR) zijn beperkingen op de exclusieve auteursrechten uitsluitend geoorloofd indien zij betrekking hebben op:

1. bijzondere gevallen, waarbij
2. geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk, en
3. de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad.

Hoewel de driestappentoets niet expliciet in de Auteurswet is opgenomen, is zij wel van toepassing op de hierin opgenomen auteursrechtbeperkingen. Kan de reproductie van een gebruiker van een door de openbare bibliotheek ter beschikking gesteld e-book worden gerechtvaardigd door de uitleenexceptie (artikel 15c Aw) of de privékopie-exceptie (artikel 16c Aw)? Een dergelijke inzet van de uitleen- en privékopie-exceptie doet mogelijk afbreuk aan de normale exploitatie van het werk door de auteursrechthebbende (2<sup>e</sup> stap driestappentoets, artikel 5, lid 5, Auteursrechtlijn). Immers: wanneer het mogelijk is snel, gemakkelijk en verliesloos een eigen e-bookexemplaar te downloaden via het netwerk van de openbare bibliotheek, is het discutabel of lezers nog bereid zullen zijn een exemplaar van het e-book te kopen.

---

<sup>214</sup> Antwoord van de Minister van Justitie op de vragen met nummer 2256 van het kamerlid Gerkens, Kamerstukken II, 2006-2007 en de brief van de ministers van Justitie, Economische Zaken en Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Tweede Kamer van 20 december 2007, Kamerstukken II, 2007-2008, 29838, nr. 6 p. 12; bevestigd in: Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *LJN* B03982, *IER* 2011, 27; Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, CR 2011, 69, *NJ* 2011, 565, *IER* 2011, 28. .

<sup>215</sup> Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2012, 505, 2012). Vanaf 1 januari 2014: Besluit van 15 oktober 2013, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2013, 400).

<sup>216</sup> Nota van Toelichting bij Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2012, 505, p.4).

<sup>217</sup> Zo bestaan er sinds 1 januari 2013 ook heffingen op smartphones, tablets, PC's en laptops. Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2012, 505); Bijlage bij het Besluit van 23 oktober 2012, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2012, 505, p.3).

<sup>218</sup> Besluit van 15 oktober 2013, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2013, 400).

<sup>219</sup> Addendum d.d. 11 juli 2013 op het eerder afgegeven advies, het Besluit op hoofdlijnen d.d. 12 oktober 2012.

<sup>220</sup> Nota van Toelichting bij Besluit van 15 oktober 2013, houdende wijziging van het Besluit van 23 oktober 2012 tot aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet (*Stb.* 2013, 400).

De staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft in zijn brief aan de Tweede Kamer van 10 april 2012 aangegeven, digitale beschikbaarstelling door openbare bibliotheken wenselijk te achten 'zolang daarbij geen sprake is van onevenredige marktverstoring'.<sup>221</sup> Recentelijk heeft het IVIR onderzoek verricht naar de mogelijke effecten van e-lending voor de commerciële e-bookmarkten.<sup>222</sup> Hieruit is gebleken dat e-lending zou kunnen leiden tot kannibalisatie van de verkoopmarkt aangezien het kopen van een e-book relatief weinig voordelen biedt ten opzichte van het lenen hiervan. In een aangekocht e-book kunnen, anders dan in een papieren boek, vaak geen aantekeningen worden gemaakt en 'uitgeleende' e-books vertonen geen gebruikssporen. Er zijn evenwel middelen die de negatieve marktwerking kunnen beperken. Het onderzoeksrapport wijst in dit verband op het verminderen van de aantrekkelijkheid van lenen door middel van 'productdifferentiatie': geef 'geleende' e-books minder gebruiksmogelijkheden.<sup>223</sup> Ook moet rekening worden gehouden met de positieve effecten die e-lending voor commerciële marktpartijen teweeg kan brengen.<sup>224</sup> Via openbare instellingen kunnen e-books worden aangeboden die niet bij de verkooppunten beschikbaar zijn (denk ook aan e-books uit andere delen van de Nederlandse Taalunie). Voorts kan met e-lending een groter publiek worden bediend en kan de lener gestimuleerd worden alsnog een voor onbepaalde tijd toegankelijk exemplaar van het e-book aan te schaffen ('sampling effect'). Er is thans nog weinig bekend over de omvang van de negatieve en positieve marktwerking die uitgaat van e-lending.<sup>225</sup> Uit het onderzoeksrapport blijkt dat de ernst van de marktverstoring uiteindelijk zal afhangen van de vormgeving van de voor uitleen ter beschikking gestelde e-books en de mate waarin openbare instellingen inkoopvoordeel genieten ten opzichte van commerciële e-bookaanbieders.<sup>226</sup> Wil e-lending onder het leenrecht kunnen worden gebracht, dan zal hier terdege rekening mee moeten worden gehouden.<sup>227</sup>

Tevens dienen e-books in voldoende mate bestand te zijn tegen ongeoorloofd kopiëren. Digitale kopieën wijken in technisch opzicht niet of nauwelijks af van originelen, waardoor markt- en auteursrechtbedreiging een grotere rol spelen dan in het geval van fysieke werkexemplaren. Uitgevers en leveranciers kunnen ter bescherming van hun eigen belangen digitale technieken inzetten. Naast kopiëerbescherming, DRM en 'product-keys' (code om het werkexemplaar te openen), lijkt op dit moment met name het aanbrennen van individuele digitale *watermerken* op e-books (en hun kopieën) de mogelijkheid te ontsluiten om digitale roofofschermingen te kunnen koppelen aan de oorspronkelijke verkrijger (piraatkopiëerder).<sup>228</sup> Hiervoor is het van belang dat toegang tot de voor uitleen aangeboden e-books wordt beperkt tot geregistreerde personen, die - om een e-book te kunnen downloaden - op een individuele account moeten inloggen.<sup>229</sup> Begin januari 2014 was 80 procent van de ter beschikking gestelde e-books reeds voorzien van een watermerk.<sup>230</sup>

---

<sup>221</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28330, nr. 51, p. 11.

<sup>222</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55; Bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 43.

<sup>223</sup> Bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 46-47; 'Digitale Drempels; Knelpunten voor legaal digitaal aanbod in de creatieve industrie', juni 2012, p. 77-78, te vinden op <[http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/digitale\\_drempels.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/digitale_drempels.pdf)>.

<sup>224</sup> Bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 57.

<sup>225</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 51, p. 4; Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55; Bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 49.

<sup>226</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 met Bijlage bij Kamerstukken II 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 54.

<sup>227</sup> Ten aanzien van computerprogramma's bestaat overigens geen privékopieexceptie (artikel 45n Aw).

<sup>228</sup> O. van Miltenburg, 'Brein: e-book-aanbieders gaan klantinformatie doorspelen bij piraterij', 23 augustus 2013, gevonden op <<http://tweakers.net/nieuws/90880/brein-e-book-aanbieders-gaan-klantinformatie-doorspelen-bij-piraterij.html>>; W. de Jager, 'Inzet BREIN juridisch afgedekt in nieuw ebookdistributiecontract', 9 augustus 2013, gevonden op <[http://www.ereaders.nl/09081301\\_inzet\\_brein\\_juridisch\\_afgedekt\\_in\\_nieuw\\_ebookdistributiecontract](http://www.ereaders.nl/09081301_inzet_brein_juridisch_afgedekt_in_nieuw_ebookdistributiecontract)>.

<sup>229</sup> Hiermee wordt tevens voldaan aan de artikelen 17, lid 2, jo. 51 van het EU Handvest voor de Grondrechten.

<sup>230</sup> Sectorinstituut openbare bibliotheken, 'E-books en e-readers', gevonden op <[www.siob.nl/bibliotheekmonitor/trends-media-informatie/boeken/e-books-en-e-readers/item95](http://www.siob.nl/bibliotheekmonitor/trends-media-informatie/boeken/e-books-en-e-readers/item95)>.

Overigens dient in het kader van de driestappentoets te worden meegewogen dat deze toets beoogt een evenwicht tot stand te brengen tussen alle betrokken belangen.<sup>231</sup> Ook het maatschappelijk belang ter zake van “het publieksvriendelijk, gestructureerd en van context voorzien aanbieden van digitale vormen van informatie en cultuur met een toets op betrouwbaarheid, toegankelijkheid, onafhankelijkheid en pluriformiteit [door openbare instellingen]”<sup>232</sup>, zal terdege in acht moeten worden genomen.

## 5. Conclusie

In dit schrijven is onderzocht in hoeverre het nationale uitleenrecht ruimte biedt om *e-lending* - het voor tijdelijk gebruik ter beschikking stellen van e-bookexemplaren via een download van het internet<sup>233</sup> - door openbare bibliotheken aan te merken als ‘uitlening’ in de zin van artikel 12, lid 1, sub 3, Aw en toe te staan op grond van de uitleenexceptie in artikel 15c Aw.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bij het verspreidingsrecht<sup>234</sup> van de auteur in het algemeen en het uitleenrecht in het bijzonder, is uitgegaan van een *materiële openbaarmakingshandeling* en dus van *tastbare* werkexemplaren.<sup>235</sup> Ook de Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht (artikel 2, lid 1, sub b) lijkt de mogelijkheid van uitlening van immateriële werkexemplaren uit te sluiten (“the making available for use within the meaning of paragraph 2 [en 3 <sup>236</sup>] always refers to *material objects only* [...]. Therefore the making available for use of, for example, a film by way of electronic data transmission (downloading) is not covered by this Directive.”)<sup>237</sup> Een zelfde uitleg van de omvang van het verspreidingsrecht is o.a. door de Europese Commissie verdedigd<sup>238</sup> met betrekking tot artikel 6 WCT (‘Auteurs van werken van letterkunde en kunst hebben het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het *origineel* en de *exemplaren* van hun werken.’). In de Overeengekomen verklaring met betrekking tot artikel 6 WCT staat dat onder “het origineel en kopieën” en “exemplaren” uitsluitend wordt verstaan: *vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht*.

Bij *e-lending* is sprake van twee auteursrechtelijk relevante handelingen: immateriële openbaarmaking (het online ter beschikking stellen van een download door de aanbieder) en verveelvoudiging (het downloaden van een e-bookexemplaar door de gebruiker op een gegevensdrager). Immateriële openbaarmakingshandelingen worden doorgaans aangemerkt als ‘mededeling aan het publiek’ en ‘dienst’. De gangbare opvatting lijkt dan ook te zijn dat *e-lending* *niet* als uitlening in de zin van artikel 12, lid 1, sub b, Aw kan worden aangemerkt.

Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie geven evenwel aanknopingspunten voor een andere interpretatie. In de zaak *UsedSoft/Oracle*, heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat artikel 6 WCT ertoe strekt dat een mededeling aan het publiek als bedoeld in artikel 3 ARR, door een eigendomsoverdracht

---

<sup>231</sup> ‘Max Planck Declaration. A balanced interpretation of the “Three-Step Test” in copyright law’, 2008, in Bijlage bij Kamerstuk 28 330, nr. 55’(Rapport ‘Online uitlenen van e-books door bibliotheken’, p. 39.

<sup>232</sup> Kamerstukken II, 2011–2012, 28 330, nr. 51, p. 4; Bijlage bij Kamerstukken II, 28 330, nr. 55’(Rapport ‘Online uitlenen van e-books door bibliotheken’), p. 43.

<sup>233</sup> Handelingen II, 2009-2010, Aanhangsel nr. 2888.

<sup>234</sup> In Nederland maakt het verspreidingsrecht (distributierecht) deel uit van het openbaarmakingsrecht (artikel 12 Aw).

<sup>235</sup> J. Spoor, D. Verkade en D. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer, 2011, pp 188 en 191; Pfeffer-Gerbrandy, ‘Kort commentaar op de Auteurswet 1912’ (1973), p. 126; Rapport van de studietoelichting Leenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht van 27 september 1985, p. 19–22; Eindrapport Interdepartementale Leenrechtcommissie van 11 april 1984; Cohen Jehoram in AA 1980, p. 313–314 (noot onder het Poortvliet-arrest: Hoge Raad 19 januari. 1979, NJ 1979, 412); F. Grosheide, Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht in, F. Grosheide & K. Boele-Woelki, ‘Molengrafica 1997’, Den Haag: Koninklijke Vermande 1997, p. 262-264.

<sup>236</sup> Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright, COM (90) 586 final – SYN 319, p. 35.

<sup>237</sup> Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and certain rights related to copyright p. 34-35 (cursivering toegevoegd JM).

<sup>238</sup> Conclusie A-G Bot in *UsedSoft/Oracle*, punt 42; *UsedSoft/Oracle*, ro. 53.

*transformeert* in een distributiehandeling als bedoeld in artikel 4 ARR, die, indien is voldaan aan de in artikel 4, lid 2, ARR gestelde voorwaarden, tot uitputting van het distributierecht kan leiden.<sup>239</sup> Van eigendomsoverdracht is volgens het Hof sprake als een in tijd onbeperkt gebruiksrecht wordt verkregen tegen betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk, waarbij het niet relevant is of het werkexemplaar een materiele of een immateriële aard heeft.<sup>240</sup> Oftewel: e-books kunnen net als fysieke boeken door eigendomsoverdracht 'in het verkeer worden gebracht'. Deze argumentatielijn sluit aan bij hetgeen de Nederlandse Hoge Raad eerder in de zaak De Beeldbrigade/Hulskamp<sup>241</sup> heeft overwogen met betrekking tot de aanschaf van standaardsoftware. Hoewel het Hof zich niet heeft uitgelaten over de mogelijkheid van *tijdelijke* terbeschikkingstelling van immateriële werkexemplaren, zouden mijns inziens naar analogie van de door het Hof geformuleerde definitie van 'verkoop' de volgende definities kunnen worden gegeven.

Als 'verkoop' ziet op de overeenkomst 'waarbij een persoon *tegen [eenmalige] betaling* van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt' en van eigendomsoverdracht sprake is als de ontvanger van een dergelijke zaak een *in tijd onbeperkt gebruiksrecht* verkrijgt en de auteursrechthebbende de mogelijkheid heeft om voor dit gebruik een passende vergoeding te ontvangen;

kan 'verhuur'<sup>242</sup> in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht worden uitgelegd als het *voor gebruik voor beperkte tijd* ter beschikking stellen van een lichamenlijk of onlichamelijk\_werkexemplaar tegen een *[periodiek] direct of indirect economisch of commercieel voordeel*;<sup>243</sup>

en 'uitleening'<sup>244</sup> in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, Richtlijn verhuurrecht en uitleenrecht als het *voor gebruik voor beperkte tijd* ter beschikking stellen van een lichamenlijk of onlichamelijk werkexemplaar *zonder [periodiek] direct of indirect economisch of commercieel voordeel* door voor het publiek toegankelijke instellingen.

Door gebruik van technische beschermingsmechanismen, zoals DRM, *product-keys* en individuele digitale watermerken, kan worden bewerkstelligd dat e-bookkopieën na verloop van een bepaalde tijd (de uitleentermijn) niet meer door de gebruiker kunnen worden geraadpleegd en kunnen e-books worden beveiligd tegen ongeoorloofd kopiëren.<sup>245</sup> Bovendien kunnen roofofskopieën worden gekoppeld aan de oorspronkelijke verkrijger (piraatkopiëerder), als toegang tot de voor uitleen aangeboden e-books wordt beperkt tot geregistreerde personen, die - om een e-book te kunnen downloaden - op een individuele account moeten inloggen.<sup>246</sup> Hierdoor kan een hoge mate van functionele en economische gelijkheid worden bereikt tussen de (fysieke) uitleening van een werk en de terbeschikkingstelling hiervan voor gebruik voor een bepaalde tijd via een download. Daar komt bij dat uitleening, naar analogie van het distributierecht, in Nederland (binnen het openbaarmakingsrecht) als 'in het verkeer brengen' wordt aange-merkt. Nu door het Hof van Justitie van de EU is vastgesteld dat het distributiebepgrif zowel betrekking kan hebben op materiele als immateriële werkexemplaren, ben ik van mening dat ten aanzien van uitleening hetzelfde kan worden bepleit.

---

<sup>239</sup> UsedSoft/Oracle, ro. 52; zie ook D. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 42.

<sup>240</sup> Het Hof spreekt over 'betaling van een prijs waarmee de houder van het auteursrecht een vergoeding moet kunnen verkrijgen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk' (zie o.a. ro. 45).

<sup>241</sup> HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 293.

<sup>242</sup> Artikel 2, lid 1, sub a, RVU.

<sup>243</sup> In dit verband zij aangetekend dat de eis van teruggave van de verhuurde kopie (para. 58 Conclusie) vervalt bij het onbruikbaar maken van die kopie conform rechtsoverweging 70 van het Hof in dezelfde zaak.

<sup>244</sup> Artikel 2, lid 1, sub b, RVU.

<sup>245</sup> O. van Miltenburg, 'Brein: e-book-aanbieders gaan klantinformatie doorspelen bij piraterij', 23 augustus 2013, gevonden op <http://tweakers.net/nieuws/90880/brein-e-book-aanbieders-gaan-klantinformatie-doorspelen-bij-piraterij.html>; W. de Jager, 'Inzet BREIN juridisch afgedekt in nieuw ebookdistributiecontract', 9 augustus 2013, gevonden op [http://www.ereaders.nl/09081301\\_inzet\\_brein\\_juridisch\\_afgedekt\\_in\\_nieuw\\_ebookdistributiecontract](http://www.ereaders.nl/09081301_inzet_brein_juridisch_afgedekt_in_nieuw_ebookdistributiecontract).

<sup>246</sup> Hiermee wordt tevens voldaan aan de artikelen 17, lid 2, jo. 51 van het EU Handvest voor de Grondrechten.

Voorts dient rekening te worden gehouden met de technische innovatie en het maatschappelijk belang van informatievrijheid. Onderzoek heeft uitgewezen dat voor informatie in toenemende mate digitale bronnen worden geraadpleegd. Naast de Verenigde Staten, Engeland en Duitsland, waar de verkoop, verhuur en uitlening van e-books al enige tijd grootschalig plaatsvindt, zien we dat ook in Nederland het e-book snel in populariteit toeneemt. In zijn brief van 7 december 2011 stelde de staatssecretaris OCW dat het de rol van de openbare bibliotheek is om digitale vormen van informatie en cultuur met een toets op betrouwbaarheid, toegankelijkheid, onafhankelijkheid en pluriformiteit aan te bieden.<sup>247</sup> Tot op heden lijkt deze rol, zonder de werking van de uitleenexceptie (artikel 15c Aw) op digitale werken, nog maar matig te kunnen worden vervuld.

Afhankelijk van de gebruiksmogelijkheden die de e-lener verkrijgt, kan e-lending leiden tot onevenredige verstoring van de e-book verkoopmarkt, waarbij afbreuk kan worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk door de auteursrechthebbende. Met productdifferentiatie zou kannibalisatie van de verkoopmarkt evenwel kunnen worden tegengegaan. Uit het onderzoeksrapport van het IVIR blijkt dat de ernst van de marktverstoring uiteindelijk zal afhangen van de vormgeving van de voor uitleen ter beschikking gestelde e-books en de mate waarin openbare instellingen inkoopvoordeel genieten ten opzichte van commerciële e-bookaanbieders.<sup>248</sup> Op basis van het bovenstaande ben ik dan ook van mening dat e-lending op grond van de uitleenrechtexceptie in artikel 15c Aw zou kunnen worden gerechtvaardigd, als sprake is van een model waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk door de auteursrechthebbende.

---

<sup>247</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 51, p.4.

<sup>248</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 55 met Bijlage bij Kamerstuk 28 330, nr. 55 (Rapport 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken'), p. 54.

## Literatuurlijst

### Boeken en bijdragen in boeken

#### **Bently & Sherman 2009**

L. Bently & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: New York 2009.

#### **Cohen Jehoram 1983**

H. Cohen Jehoram, *Public Lending Right: Reports of an ALAI Symposium and Additional Materials*, Deventer: Kluwer 1983.

#### **Geerts 2009**

P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de Intellectuele eigendom*. Kluwer: Deventer 2009.

#### **Gerbrandy 1954**

S. Gerbrandy, *Zaken zijn zaken! : of niet?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

#### **Gielen en Verkade 2009**

C. Gielen & D.W.F. Verkade, *Tekst en Commentaar Intellectueel Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Grosheide 1997**

F. W. Grosheide, 'Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder van het auteursrecht', in: F. W. Grosheide & K. Boele-Woelki, *Molengrafica 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, pp. 259-296.

#### **Van Lingen 2007**

N. Van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers 2007.

#### **Mijnssen & De Haan 1992**

F. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

#### **Reinbothe & Von Lewinski 1993**

J. Reinbothe & S. Von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London: Sweet and Maxwell 1993.

#### **Spoor, Verkade & Visser 2011**

J.H. Spoor, D.W.F. Visser & D.J.G. Verkade, *Auteursrecht: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

#### **Suijling 1940**

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

#### **Verkade 2012**

F. Verkade, 'First-sale' or Exhaustion Doctrine in the Netherlands', in: P.B. Hugenholtz, A.A. Quaedvlieg & D.J.G. Visser (eds.), *A century of Dutch Copyright Law. Auteurswet 1912-2012*, Amsterdam: deLex 2012, pp. 291- 305.

#### **Wiebe 2010**

A. Wiebe, 'The Economic Perspective: Exhaustion in the Digital Age', in: L. Bently, U. Suthersanen, P. Torremans (eds.), *Global Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, pp. 326-327.

### Oraties en dissertaties

#### **Senftleben 2004**

M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (diss. Universiteit van Amsterdam), Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2004.

**Van der Steur 2003**

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

**Verkade 1990**

D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1990.

**Visser 1997**

D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Universiteit Leiden), 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997.

## Artikelen

**Alberdingk Thijm 2011**

Ch. Alberdingk Thijm, 'Brenge e-book onder leenrecht', *Het Financieel Dagblad* 13 januari 2011, p. 9.

**Ashcroft 2011**

L. Ashcroft, 'Ebooks in libraries: an overview of the current situation', *Library Management* 2011/32 (6), pp. 398-407.

**Bouwer 2012**

E. Bouwer, 'E-book in de bibliotheek maakt uitgevers bang', *DB* 2012/4, gevonden op <[www.erikbouwer.nl/wp-content/uploads/2013/01/DB-2012-4-Rondetafel Discussie-E-book-in-de-bibliotheek1.pdf](http://www.erikbouwer.nl/wp-content/uploads/2013/01/DB-2012-4-Rondetafel Discussie-E-book-in-de-bibliotheek1.pdf)>.

**Boyle 2011**

J. Boyle, 'Intellectual property system for the internet age', *Financial Times* 18 mei 2011, gevonden op <[www.thepublicdomain.org/2011/05/18/the-hargreaves-review-is-published/](http://www.thepublicdomain.org/2011/05/18/the-hargreaves-review-is-published/)>.

**Cain Miller & Bosman 2011**

C. Cain Miller & J. Bosman, 'E-Books Outsell Print Books at Amazon', *NY Times* 19 mei 2011, gevonden op <[www.nytimes.com/2011/05/20/technology/20amazon.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/05/20/technology/20amazon.html?_r=0)>.

**Barnett 2012**

Ch. Barnett, 'Second-hand software ok in the EU', *Scott & Scott LLP Software and Copyright Law blog* 22 oktober 2012, gevonden op <[www.scottandscottllp.com/main/second\\_hand\\_software\\_ok\\_in\\_EU.aspx](http://www.scottandscottllp.com/main/second_hand_software_ok_in_EU.aspx)>.

**Cohen Jehoram 1987**

H. Cohen Jehoram, 'De Nederlandse leenvergoedingsregeling tussen recht en Cultuurbeleid', *NJB* 1987/39, pp. 1245-1249.

**Cohen Jehoram 1996**

H. Cohen Jehoram, 'International exhaustion versus importation right: a murky area of intellectual property law', *GRUR International* 1996/4, pp. 280-284.

**Cohen Jehoram 2005**

H. Cohen Jehoram, 'Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor fair use, tijdelijke reproductie en driestaptoets', *AMI* 2005/5, pp. 153-161.

**Cohen Jehoram 1998**

J. Cohen Jehoram, 'Kroniek van het recht van de intellectuele eigendom', *NJB* 1998, p. 531-536.

**Drion 2012**

C. Drion, 'Tweedehands software', *NJB* 2012/30, p. 1757.

**Elzinga 2014**

V. Elzinga, 'CB distribueerde 1,95 mln e-boeken in 2013', *Boekenblad* 14 januari 2014, gevonden op <[www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774.lynkx](http://www.boekblad.nl/cb-distribueerde-1-95-mln-e-boeken-in-2013.224774.lynkx)>.

#### **Van Engelen 2012**

D. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/38, pp. 2678-2685.

#### **Van Engelen 2012**

D. van Engelen, Naschrift bij reactie van Wibier en Diamant, *NJB* 2012/42, pp. 2968-2969.

#### **Engelfriet 2012**

A. Engelfriet, 'De UsedSoft-uitspraak: een kleine revolutie', *Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad, ITenRecht*, IT979.

#### **Gibson 2011**

C. Gibson, 'An Investigation of ebook Lending in UK Public Libraries', *Computer Science* 2011/6966, pp. 505-510.

#### **Geiger 2006**

C. Geiger, 'The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?', *IIC* 37/6, pp. 683-699.

#### **Grosheide 2013**

F. Grosheide, 'Een revolutie in het EU-auteursrecht?', *AMI* 2013/2, pp. 62-63.

#### **Hirsch Ballin 1955**

E.D. Hirsch Ballin, *NJB* 1955/32, p. 713-720.

#### **Hugenholtz 2000**

P. Hugenholtz, 'Haalt de auteurswet 2012?', *Jaarverslag 2000 van de Nederlandse Uitgeversbond*, pp. 56-61.

#### **De Jager 2013**

W. de Jager, 'Inzet BREIN juridisch afgedekt in nieuw ebookdistributiecontract', *E-readers* 9 augustus 2013, gevonden op <[http://www.ereaders.nl/09081301\\_inzet\\_brein\\_juridisch\\_afgedekt\\_in\\_nieuw\\_ebookdistributiecontract](http://www.ereaders.nl/09081301_inzet_brein_juridisch_afgedekt_in_nieuw_ebookdistributiecontract)>.

#### **Klöpping 2011**

A. Klöpping, 'Alle e-books uitgeleend', *NRC Next* 28 september 2011, gevonden op <<http://www.nrcnext.nl/columnisten/2011/09/28/alle-e-books-uitgeleend/>>.

#### **Koelman 2003**

K.J. Koelman, 'De nationale driestappentoets', *AMI* 2003/1, pp. 6-9.

#### **Kraan 2014**

J. Kraan, 'Ruim 60 procent meer Nederlandse e-books verkocht in 2013', *NUtech* 14 januari 2014, gevonden op <[www.nutech.nl/internet/3675209/ruim-60-procent-meer-nederlandse-e-books-verkocht-in-2013.html](http://www.nutech.nl/internet/3675209/ruim-60-procent-meer-nederlandse-e-books-verkocht-in-2013.html)>.

#### **Linssen 1984**

J. Linssen, 'Naar een leenrecht voor auteurs en uitgevers', *AA* 1984/33, p. 715-722.

#### **Malik 2012**

S. Malik, 'Kindle ebook sales have overtaken Amazon print sales, says book seller', *The Guardian* 6 augustus 2012, gevonden op <[www.theguardian.com/books/2012/aug/06/amazon-kindle-ebook-sales-overtake-print](http://www.theguardian.com/books/2012/aug/06/amazon-kindle-ebook-sales-overtake-print)>.

#### **Van Miltenburg 2013**

O. van Miltenburg, 'Brein: e-book-aanbieders gaan klantinformatie doorspelen bij piraterij', *Tweakers* 23 augustus 2013, gevonden op <[www.tweakers.net/nieuws/90880/brein-e-book-aanbieders-gaan-klantinformatie-doorspelen-bij-piraterij.html](http://www.tweakers.net/nieuws/90880/brein-e-book-aanbieders-gaan-klantinformatie-doorspelen-bij-piraterij.html)>.

**Mijnsbergen 2011**

E. Mijnsbergen, Bibliotheken en e-books: afwachten of zelf uitgeven?', *Digitale Bibliotheek, Vakblad voor informatiespecialisten in de bibliotheek* 2011/3, pp. 4-8.

**Senftleben 2008**

M.R.F. Senftleben, 'Privé-kopieren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie', *IER* 24/5, pp. 265-268.

**Senftleben 2013**

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

**Verhoeven & De Knock 2013**

A. Verhoeven & B. De Knock, 'VS rechter steekt stokje voor doorverkoop tweedehands muziekbestanden', *IEF* 2013/12524.

**Visser 2013**

D. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, pp. 41-51.

**Wibier & Diamant 2012**

R. Wibier & J. Diamant, Reactie op 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/42, pp. 2966-2967.

## Verslagen, adviezen en onderzoeksrapporten

**Commissie Auteursrecht 1998**

Commissie Auteursrecht, 'Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media', rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, 1 augustus 1998.

**IFLA 2012**

IFLA, 'E-lending Background Paper', 22 februari 2012.

**Van der Kolk – van der Torren & Kurvers 1990**

A.M.L. van der Kolk – van der Torren & R. Kurvers, 'Ontwikkelingen in het leenrecht', 's-Gravenhage: RABIN 1990.

**Van der Noll, Breemen, Breemen, Hugenholtz, Brom & Poort 2012**

R. van der Noll, K. Breemen, V. Breemen, B. Hugenholtz, M. Brom & J. Poort, 'Online uitlenen van e-books door bibliotheken. Verkenning juridische mogelijkheden en economische effecten', rapport in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, november 2012.

**Whitney 2011**

P. Whitney, 'Ebooks and Public Lending Right in Canada', rapport in opdracht van de Canadese regering, juni 2011.

**RABIN 1990**

RABIN, 'Het leenrecht ontleed. Een onderzoek naar de culturele aspecten van een auteursrechtelijke regeling', 's-Gravenhage: RABIN 1990.

**Reprobel 2011**

Reprobel, 'Public Lending Right. Ninth International PRL Conference (Brussels 22-24 September 2011)', Brussel: Reprobel 2012.

**Studiecommissie Informatiemaatschappij 2001**

Studiecommissie Informatiemaatschappij van de Vereniging voor Auteursrecht, 'Auteursrechten en naburige rechten in de informatiemaatschappij: Implementatie van Richtlijn 2001/29/EG in de Nederlandse wetgeving', 21 september 2001.

**Studiecommissie Informatiemaatschappij 2002**

Studiecommissie Informatiemaatschappij van de Vereniging voor Auteursrecht, 'Reactie op het Wetsvoorstel 28482 tot uitvoering van de Richtlijn Auteursrechten en naburige rechten in de informatiemaatschappij (2001/29/EG)', 10 oktober 2002.

#### **TNO 2010**

TNO, 'E-books "lenen" via de bibliotheek', rapport in opdracht van Bibliotheek.nl, 29 april 2010.

#### **U.S. Copyright Office 2001**

U.S Copyright Office, 'A report of the Register of Copyrights pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act', augustus 2001.

#### **Werda, Van der Noll, Akker, Poort, Van Gompel & Leenheer 2012**

Weda, J., R. van der Noll, I. Akker, J. Poort, S. van Gompel & J. Leenheer, 'Digitale drempels: Knelpunten voor legaal digitaal aanbod in de creatieve industrie', rapport in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, juni 2012.

### **Jurisprudentie**

HvJ EG 8 juni 1971, C-78/70, *Jur.* 1971, 487.  
HvJ EG 14 juli 1981, C-187/80, *Jur.* 1981, 2063.  
HvJ EG 20 oktober 1993, C-92/92 en C-326/92, *Jur.* 1993, I-5145.  
HvJ EU 22 september 1998, C-61/97, *Jur.* 1998, I-5171.  
HvJ EU 23 oktober 2003, C-115/02, *Jur.* 2003, I-12705.  
HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, *Jur.* 2008, I-9275.  
HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, *n.n.g.*  
HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11, *n.n.g.*

HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.  
HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712.  
HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95.  
HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 258.  
HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 412.  
HR 11 mei 1982, *LJN* AC1987, *NJ* 1982, 583.  
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280  
HR 31 januari 2012, *LJN* BQ9251.  
HR 27 april 2012, *LJN* BV1301, IT767.  
Hof Amsterdam 12 maart 1982, *BIE* 1984, 61.  
Hof 's-Gravenhage 1 december 1994, *AMI* 1995/3, p. 51.  
Hof 's-Gravenhage 2 oktober 2009, *LJN* BQ6575.  
Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *LJN* B03982, *IER* 2011, 27.  
Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *CR* 2011, 69, *NJ* 2011, 565.  
Hof 's-Gravenhage 22 januari 2013, *LJN* BY8716.  
Hof Leeuwarden, 10 november 2009, *LJN* BK2773.  
Rb. Amsterdam 18 december 2002, *AMI* 2003, 99.  
Pres. Rb. Haarlem 28 september 1990, *BIE* 1991, 98.  
Vzr. Rb. Almelo 11 juli 2012, *KG* ZA 12/117.

#### **Jurisprudentie Verenigde Staten**

U.S. Supreme Court, 3 oktober 2011, nr. 10-1421.  
U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 10 september 2010, nr. 09- 35969.  
U.S. District Court for the Southern District of New York, 30 maart 2013, WL 1286134.

## Parlementaire stukken

Kamerstukken II, 1990-1991, 21 551, nr. 6.  
Kamerstukken II, 1991-1992, 22 531, nr. 3.  
Kamerstukken II, 1992-1993, 23 247, nr. 3.  
Kamerstukken II, 1994-1995, 23 247, nr. 21.  
Kamerstukken II, 2001-2002, 28 482, nr. 3.  
Kamerstukken II, 2002-2003, 28 482, nr. 5.  
Kamerstukken II, 2007-2008, 29 838, nr. 6.  
Kamerstukken II, 2011-2012, 28 330, nr. 51.  
Kamerstukken II, 2011-2012, 32 300, nr. 2.  
Kamerstukken II, 2012-2013, 28 330, nr. 55 met Bijlage bij Kamerstuk 28 330, nr. 55.

Aanhangsel handelingen II, 2009-2010, nr. 2888.

