

## HJEU (gr. k.) 19 december 2019

Zet.: K. Lenaerts (pres.), R. Silva de Lapuerta (vicepres.), A. Arabadjiev, A. Prechal, M. Vilaras, P.G. Xuereb, L.S. Rossi en I. Jarukaitis (kamerpres.), E. Juhász, M. Ilešič (rapp.) en J. Malenovský. C. Lycourgos en N. Piçarra (rechters)

Adv.-gen.: M. Szpunar

NEDERLANDS UITGEVERSVERBOND, GROEP ALGEMENE UITGEVERS t. TOM KABINET INTERNET BV, TOM KABINET HOLDING BV, TOM KABINET UITGEVERIJ BV

Zaak nr. C-263/18

Richtlijn 2001/29/EG – Artikel 3, lid 1 – Recht op mededeling aan het publiek – Beschikbaarstelling – Artikel 4 – Distributierecht – Uitputting – *E-books* – Virtuele marktplaats voor «tweedehands» *e-books*

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

Directive 2001/29/CE – Article 3, paragraphe 1 – Droit de communication au public – Mise à disposition – Article 4 – Droit de distribution – Épuisement – Livres électroniques – Marché virtuel de livres électroniques «d’occasion»

La fourniture au public par téléchargement, pour un usage permanent, d’un livre électronique relève de la notion de «communication au public» et, plus particulièrement, de celle de «mise à disposition du public [des] œuvres [des auteurs] de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement», au sens de l’article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE.

## Noot

### In de regel geen digitale uitputting voor auteursrechtelijk beschermde werken

In het geannoteerde arrest vraagt de verwijzende (Nederlandse) rechter het Hof zich te buigen over de vraag of het ter beschikking stellen voor gebruik voor een onbeperkte tijd van *e-books* via *downloads*<sup>(1)</sup> een distributiehandeling uitmaakt in de zin van artikel 4, lid 1 van de Richtlijn 2001/29<sup>(2)</sup> en of deze handeling met andere woorden kan leiden tot het uitputten van het distributierecht in de zin van artikel 4, lid 2 van deze richtlijn.

Hoewel het voor de verwijzende rechter een uitgemaakte zaak leek dat er geen sprake is van een mededeling aan het publiek kwam het Hof hier al snel op terug. Om de nationale rechter «een antwoord te geven dat nuttig is voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding»<sup>(3)</sup> herformuleerde het Hof de vraag als volgt: valt de levering van een voor onbeperkte tijd te gebruiken *e-book* via een *downloadlink* onder het begrip «mededeling [...] aan het publiek» in de zin van artikel 3, lid 1 van de Richtlijn 2001/29 of onder het begrip «distributie aan het publiek» in artikel 4, lid 1 van deze richtlijn? Wie van spanning houdt, is er aan voor de moeite. Het oordeel van het Hof schemert al door bij de aanvang van haar arrest: voor «digitale uitputting» is er geen plaats in de Richtlijn 2001/29 want de verkoop van *e-books* moet worden gekwalificeerd als een mededeling aan het publiek, en meer in het bijzonder als een beschikbaarstelling voor het publiek (dat niet aan uitputting is onderworpen).

Het Hof van Justitie baseert zich hiervoor op de context, inclusief de ontstaansgeschiedenis, en de doelstellingen van de regeling van het distributierecht in de Richtlijn 2001/29<sup>(4)</sup>. Uiteraard laat het Hof niet na te verwijzen naar de consideransen 28 en 29 van deze richtlijn<sup>(5)</sup>. Merkwaardiger is dat het Hof hiervoor zelfs teruggrijpt naar de toelich-

(1) Tom Kabinet bood via zijn *website* een *online* tweedehands marktplaats voor *e-books* aan. Later werd Toms Leesclub gelanceerd die enkel toegankelijk was voor leden die een *account* aanmaakten.

(2) Richtlijn nr. 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* 22 juni 2001, afl. 167, 10 (hierna «Richtlijn 2001/29»).

(3) HvJ 19 december 2019, nr. C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111, *Tom Kabinet*, punt 31 (hierna «HvJ, Tom Kabinet»).

(4) HvJ, *Tom Kabinet*, punt 38.

(5) *Ibid.*, punt 51.



ting van de Europese Commissie op het voorstel dat aan de basis van richtlijn 2001/29 ligt (Voorstel (Comm.) 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, 21 januari 1998, COM(1997)0628-def<sup>(6)</sup>). Bovendien verwijst het Hof naar de internationale achtergrond van deze bepaling, met name artikel 6, lid 1 van het WCT (*WIPO Copyright Treaty*) én de Gemeenschappelijke Verklaring daarbij<sup>(7)</sup>. *Last but not least* haalt het Hof de doelstelling van de Europese wetgever naar boven, haar leidraad in talrijke arresten, met name het hoog beschermingsniveau voor auteurs<sup>(8)</sup>.

Deze beslissing staat hiermee lijnrecht tegenover haar eerdere *UsedSoft*-rechtspraak<sup>(9)</sup> waarin werd besloten dat de verkoop van digitale computerprogramma's wél onder het toepassingsgebied van het distributierecht viel en dat een eerste rechtmatige verkoop het recht van de auteur van het computerprogramma uitputte, iets dat ook de verwijzende rechter niet onopgemerkt liet voorbijgaan<sup>(10)</sup>. Het Hof verklaarde zich nader<sup>(11)</sup> door de verschillen tussen computerprogramma's en *e-books* op een rijtje te zetten:

- i. Computerprogramma's zijn onderworpen aan de Richtlijn 2009/24<sup>(12)</sup>, een *lex specialis* t.o.v. de Richtlijn 2001/29. Uit de tekst van de Richtlijn 2009/24 blijkt dat het de bedoeling was om materiële en immateriële kopieën van een computerprogramma gelijk te stellen. *E-books* daarentegen, zijn onderworpen aan de Richtlijn 2001/29 die wél tot doel had de elektronische (i.e. immateriële) en materiële distributie van werken en ander beschermd materiaal te onderscheiden, door deze eerste onder het toepassingsgebied van het recht van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van de Richtlijn 2001/29 te laten ressorteren, en enkel

deze laatste als een distributiehandeling in de zin van artikel 4, lid 1 van deze richtlijn te kwalificeren<sup>(13)</sup>.

Ook al zijn *e-books* «complexe» werken, het daaraan onderliggend of geïncorporeerd computerprogramma blijft ondergeschikt aan de inhoud van het boek, wat het wezenlijk element van een *e-book* is<sup>(14)</sup>.

- ii. Het verschil in behandeling is volgens het Hof gerechtvaardigd omdat de verkoop van computerprogramma's op een immateriële dan wel materiële drager economisch gezien vergelijkbaar is. Dit gaat niet op voor *e-books* waarvan de kwaliteit, anders dan bij fysieke boeken, niet achteruitgaat door gebruik en zij dus perfecte vervangers van nieuwe kopieën zijn. Neem daarbij het gegeven dat aan de verhandeling van immateriële kopieën geen extra inspanningen, noch kosten verbonden zijn en men creëert een parallelle tweedehandsmarkt die potentieel zeer belangrijke gevolgen kan hebben voor de aanspraken van rechthebbenden op een passende vergoeding<sup>(15)</sup>.

Ook het bezwaar van de verwijzende rechter dat de levering van *e-books* door Tom Kabinet niet aan de voorwaarden voor een (i) mededeling (ii) aan het publiek zou voldoen werd door het Hof van Justitie ontzenuwd. (i) Volgens het Hof is er wel degelijk sprake van een mededeling, en meer in het bijzonder van een, in die term begrepen, beschikbaarstelling voor het publiek. De beslissende handeling bij deze beschikbaarstelling is het aanbieden van het werk, hetgeen voorafgaat aan (en los staat van<sup>(16)</sup>) de daadwerkelijke transmissie-op-aanvraag<sup>(17)</sup>. (ii) Daarnaast is de mededeling ook gericht tot een (zelfs nieuw)<sup>(18)</sup>

(6) *Ibid.*, punten 41-45.

(7) *Ibid.*, punten 39-40.

(8) *Ibid.*, punt 48.

(9) HvJ 3 juli 2012, nr. C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407, *UsedSoft*. Maar zie ook in die zin: HvJ, 12 oktober 2016, nr. C-166/15, ECLI:EU:C:2016:762, *Ranks*.

(10) HvJ, *Tom Kabinet*, punt 53.

(11) Van een echte ommeswaai kan bezwaarlijk worden gesproken. Zie o.m. haar vorige arresten: HvJ 22 januari 2015, nr. C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27, *Art & Allposters*, en HvJ 10 november 2016, nr. C-174/15, ECLI:EU:C:2016:856, *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

(12) Richtlijn nr. 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb.* 5 mei 2009, afl. 111, 16 (hierna «Richtlijn 2009/24»).

(13) HvJ, *Tom Kabinet*, punten 55-56.

(14) *Ibid.*, punt 59.

(15) *Ibid.*, punten 57-58.

(16) Het is niet van beslissend belang of de leden van het publiek ook werkelijk gebruik maken van de mogelijkheid om toegang te hebben tot het beschermde materiaal.

(17) HvJ, *Tom Kabinet*, punten 62-64.

(18) Het Hof verduidelijkte in punt 71 dat een *e-book* in beginsel geleverd wordt met een gebruikerslicentie waarbij de gebruiker het werk enkel op zijn eigen apparaten kan lezen. De opeenvolgende gebruikers van het tweedehands *e-book* zijn dus een nieuw publiek dat de rechthebbenden niet in aanmerking hebben genomen bij het verlenen van hun toestemming tot gebruik. Wij blijven onze bedenkingen hebben bij het hanteren van dit criterium en verwijzen hiervoor o.m. naar: ALAI, Avis proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de «public nouveau» développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de



«publiek» erop gelet dat éénieder lid kan worden van Toms leesclub, en technische maatregelen ontbreken die ervoor kunnen zorgen dat Tom's leden slechts één exemplaar van het werk kunnen downloaden in de periode dat zij toegang hebben tot het werk en dat de gedownloade kopie onbruikbaar wordt na afloop van deze periode, ontbreken<sup>(19)</sup>. In de rechtsleer wordt aangekondigd dat de gesloten deur op die manier opnieuw op een kiertje wordt gezet voor tweedehandsmarkten die deze technische maatregelen wél kunnen bieden<sup>(20)</sup>. Uit een andere hoek<sup>(21)</sup> klinkt dan weer dat de introductie van dergelijke technische maatregelen niet afdoet aan het publiek karakter van de mededeling. In dat geval gaat de tweedehandsmarkt voor *e-books* onherroepelijk op slot, althans zolang mechanismen voor het verkrijgen van toestemming van de rechthebbenden op deze markten ontbreken.

Al bij al een correct arrest<sup>(22)</sup> met een draagwijdte die de *e-books*, gelet op haar «ruimere» motivatie, overschrijdt. Het Hof lijkt hiermee bijgevolg te deur gesloten te hebben voor tweedehandsmarkten voor *e-books* en andere digitale vormen van auteursrechtelijk beschermde werken zoals *audiobooks*, *videogames*, digitale muziek en films<sup>(23)</sup>...

Voor een uitvoeriger bespreking van dit arrest verwijzen de auteurs o.m. naar de bijdrage van S. Geiregat «Exit digitale uitputting», gepubliceerd elders in dit nummer.

*Fabienne Brison*<sup>(24)</sup> en *Pauline Meskens*<sup>(25)</sup>

la mise à disposition du public et de la communication au public, raadpleegbaar op: <https://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>.

(19) HvJ, *Tom Kabinet*, punt 69.

(20) In die zin zie o.m.: E. ROSATI, «Round-up of CJEU copyright decisions in 2019», *JIPLP* 2020, (264) 268.

(21) In die zin, zie o.m.: B. VANBRABANT en B. GEUZAINÉ, «La copie d'une œuvre téléchargée sur Internet ne peut être "revendue", et la jurisprudence *UsedSoft* doit donc être cantonnée aux programmes d'ordinateur», *ICIP*, 2019, (818) 836; D. VISSER, noot onder HvJ 19 december 2019, *AMI* 2020, (30) 31.

(22) Zie ook al in die zin: ALAI, Avis sur l'affaire C-263/18 (*NUV/GAU c. Tom Kabinet*), 12 oktober 2018, raadpleegbaar op: <https://www.alai.org/assets/files/resolutions/181012-avis-affaire-tom-kabinet-fr.pdf>.

(23) Niet iedereen lijkt daar even blij mee, zie bijv. J.F.E. VANHERPE, «Boeken toe: geen digitale uitputting bij verkoop van e-books volgens Hof van Justitie», *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2020, (151) 155-158.

(24) Professor Vrije Universiteit Brussel, advocaat partner Hoyng Rokh Monegier Brussel.

(25) Advocaat Hoyng Rokh Monegier Brussel.

## Cass. (1<sup>ste</sup> k.) 25 juni 2020

Zetel: Dirix, Jocqué, Wylleman,  
Moens en Mosselmans

Adv.-gen.: Van der Fraenen

T.L. en O.L. (mr. Maes) t. Belgische  
Staat (mr. van Eeckhoutte)

Rolnr. F.19.0052.N

### Auteursrecht – Oorspronkelijkheid – Advocaat

Door te oordelen dat de advocaat bij zijn beroepsuitoefening «normaal» geen intellectuele scheppingen tot stand brengt die het gevolg zijn van vrije en creatieve keuzes, zodat geen sprake kan zijn van auteursrechten, en van overdracht ervan, en dat de eisers het tegenbewijs kunnen leveren, wat zij evenwel niet doen, sluit de appelrechter niet uit dat een advocaat auteursrechtelijk beschermd werk kan creëren, maar oordeelt hij enkel dat te dezen het bewijs niet is geleverd van het voldaan zijn aan de voorwaarde van originaliteit. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat een advocaat volgens de appelrechter geen auteursrechtelijke beschermd werk kan creëren, berust op een onjuiste lezing van het arrest en mist bijgevolg feitelijke grondslag.

### Droit d'auteur – Originalité – Avocat

En jugeant que l'avocat, dans sa pratique professionnelle, ne crée «normalement» pas de créations intellectuelles qui sont le résultat de choix libres et créatifs, de sorte qu'il ne peut être question de droits d'auteur ou de cession de droits d'auteur, et que les demandeurs peuvent apporter la preuve du contraire, ce qu'ils ne font cependant pas, la cour d'appel n'exclut pas qu'un avocat puisse créer des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais juge simplement qu'il n'a pas été démontré que la condition d'originalité est remplie en l'espèce. La branche du moyen qui soutient que, selon la cour d'appel, un avocat ne peut pas créer d'œuvres protégées par le droit d'auteur, se fonde sur une lecture erronée de l'arrêt et manque donc en fait.

### Arrest

#### I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 30 oktober 2018.

