

Opinie

De strijd om de digitale lezer

Chantal van Dam en Menno Weij¹

Het zal u niet ontgaan zijn dat de handel in e-books volop in beweging is. Van het uitlenen van e-books door bibliotheken, het aanbieden van online abonnementen op e-books en tijdschriften, tot het doorverkoop van tweedehands e-books. Tom Kabinet was een van de eerste partijen die zich op deze markt begaf en zij beoogde op haar website een platform te creëren waarop tweedehands e-books gekocht en verkocht konden worden. Sinds de lancering van haar website heeft Tom Kabinet te stellen gehad met veel verzet van verschillende uitgevers. Slechts één dag na lancering werd Tom Kabinet al door De Groep Algemene Uitgevers en het Nederlandse Uitgeversverbond (hierna: de Uitgevers) gesommeerd om haar activiteiten te staken. Drie weken later besliste Rechtbank Amsterdam in kort geding dat, mede gezien de rechtsonzekerheid omtrent uitputting van digitale bestanden, een verbod op de website van Tom Kabinet wegens auteursrechtinbreuk dan wel onrechtmatig handelen niet op zijn plaats was. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde voor wat betreft de uitputting hetzelfde, maar besliste dat Tom Kabinet wel onrechtmatig handelde doordat zij niet voldoende technische maatregelen had getroffen om de verkoop van illegale e-books te voorkomen. In deze opinie zullen wij de uitspraak van het Gerechtshof nader bekijken, waarbij zowel de uitputting van het distributierecht als het onrechtmatig handelen uitvoerig besproken zullen worden. Qua onrechtmatig handelen is onze conclusie dat het Gerechtshof Amsterdam het risico ten onrechte bij, in dit geval, Tom Kabinet legt.

1. Businessmodel Tom Kabinet²

Om de doorverkoop van e-books mogelijk te maken konden gebruikers van de website, na het aanmaken van een account, hun legaal aangeschafte e-books uploaden naar de server van Tom Kabinet en voor een door hen zelf bepaalde prijs te koop aanbieden. Gebruikers dienden zich daarbij te houden aan het in de algemene voorwaarden neergelegde *one copy one use* beleid: verkopers moesten verklaren dat zij hun eigen exemplaar van het e-book van al hun elektronische apparaten zullen verwijderen. Indien het e-book (nog) niet was verkocht, kon de verkoper te allen tijde zijn e-book terughalen. Na het downloaden van het e-book werd de koper beschouwd als de nieuwe rechtmatige verkrijger. Tom Kabinet bemiddelde slechts bij de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten en was zelf geen contractspartij. Voor deze bemiddeling ontving Tom Kabinet een vergoeding, waarbij ook werd beoogd een gedeelte hiervan af te staan aan de auteursrechthebbenden. Het idee was om de rechthebbenden, die als tegenprestatie elke nieuwe uitgave na publicatie beschikbaar moesten maken voor de gebruikers van Tom Kabinet, bij iedere doorverkoop een vergoeding te geven. Tom Kabinet faciliteerde slechts de verkoop van technisch DRM vrije ePub-edities. Dit format heeft

als voordeel dat het bruikbaar is op alle elektronische dragers. Deze ePub-edities waren wel voorzien van social DRM waardoor het eenvoudiger is de bron van illegale kopieën op te sporen. Doordat de e-books echter technisch DRM vrij zijn, beschikken ze niet over een kopieerbeveiliging, zodat ze op eenvoudige wijze veelvuldig gekopieerd kunnen worden. Om te voorkomen dat een verkoper zijn e-book meerdere malen zou kunnen verkopen, maakte Tom Kabinet een hashcode aan van de combinatie e-book en verkoper. Tevens voegde zij een watermerk toe dat gebruikt kon worden om illegale kopieën van het boek op te sporen. De betrokken verkopers waren te traceren aan de hand van de door hen tijdens het aanmaken van hun account opgegeven e-mailadressen en bankrekeningen. Daarbij hanteerde Tom Kabinet een Notice and Takedown procedure, zodat passende maatregelen konden worden genomen, indien gebruikers zich niet hielden aan de algemene voorwaarden.

2. Uitputting van het auteursrecht

Eén van de belangrijkste uitgangspunten van het door Tom Kabinet gebruikte businessmodel is dat door aanschaf van een legaal e-book het eigendomsrecht op de desbetreffende kopie van dat e-book wordt overdragen. Een dergelijke overdracht dient volgens Tom Kabinet gekwalificeerd te worden als een eerste verkoop. Een tweede, cruciaal uitgangspunt van Tom Kabinet is dat het distributierecht op het e-book is uitgeput. Van uitputting is sprake indien de eerste verkoop van exemplaren van een auteursrechtelijk beschermd werk in de Europese

1. Chantal van Dam is paralegal bij Hogan Lovells en Menno Weij is advocaat bij SOLV.

2. Gebaseerd op de uitspraak in 1^e uitleg, Rb. Amsterdam 21 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4360 (NUV e.a./Tom Kabinet).

Gemeenschap geschiedt door of met toestemming van de rechthebbenden.³ De auteursrechthebbende kan daardoor de wederverkoop van het desbetreffende e-book niet verbieden, omdat zijn distributierecht op dit exemplaar is uitgeput. Hierbij wordt door Tom Kabinet de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) inzake Oracle/UsedSoft als uitgangspunt genomen.⁴ In dit arrest heeft het HvJEU geoordeeld dat de doorverkoop van tweedehands computerprogramma's onder bepaalde voorwaarden is toegestaan.

Volgens het HvJEU is voor de vraag of sprake is van uitputting van het distributierecht van belang of een eerste verkoop heeft plaatsgevonden. Er dient een overeenkomst te zijn waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt. Indien online een kopie van een computerprogramma wordt gedownload en een licentieovereenkomst wordt gesloten voor een in tijd onbeperkt gebruik tegen betaling van een eenmalige vergoeding, wordt volgens het HvJEU het eigendomsrecht met betrekking tot die kopie aan de verkrijger overgedragen. Daarbij benadrukt het HvJEU:

*'Hieraan kan nog worden toegevoegd dat economisch gezien de verkoop van een computerprogramma op cd-rom of dvd en de verkoop van een computerprogramma door download van internet vergelijkbaar zijn. De overdracht online is immers functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiële drager. Uitlegging van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 (Softwarerichtlijn) aan de hand van het beginsel van gelijke behandeling bevestigt dat de in genoemde bepaling bedoelde uitputting van het distributierecht intreedt na de eerste verkoop van een kopie van een computerprogramma in de Unie door de houder van het auteursrecht of met diens toestemming, ongeacht of de verkoop betrekking heeft op een materiële of immateriële kopie van dat programma.'*⁵

Doordat het distributierecht ten aanzien van de desbetreffende kopie is uitgeput, staat het de verkrijger vrij de kopie door te verkopen. De tweede en iedere latere verkrijger moeten daarom beschouwd worden als rechtmatige verkrijgers. Wel wordt de eerste verkrijger verplicht zijn eigen kopie van het computerprogramma onbruikbaar te maken. Het staat auteursrechthebbenden van de software vrij om alle voor hen beschikbaar technische middelen te gebruiken om te controleren of de verkoper daad-

werkelijk zijn kopie onbruikbaar heeft gemaakt. In de woorden van het HvJEU:

*'De eerste verkrijger die een materiële of immateriële kopie van een computerprogramma wederverkoopt waarvoor het distributierecht van de houder van het auteursrecht op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is uitgeput, moet namelijk zijn eigen kopie op het moment van wederverkoop daarvan onbruikbaar maken om geen inbreuk te maken op het exclusieve recht van de auteur van het computerprogramma om dit te reproduceren als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 2009/24. In een situatie zoals die geschetst in het voorgaande punt zal de klant van de houder van het auteursrecht de op zijn server geïnstalleerde kopie van het computerprogramma echter blijven gebruiken en deze dus niet onbruikbaar maken. [...] Voorts moet worden bevestigd dat de houder van het auteursrecht, zoals Oracle, in geval van wederverkoop van een gebruikslicentie die de wederverkoop van een van zijn website gedownloade kopie van een computerprogramma met zich brengt, zich met alle te zijner beschikking staande technische middelen ervan mag vergewissen dat de kopie die de verkoper nog in zijn bezit heeft onbruikbaar is gemaakt.'*⁶

Hoewel de beslissing inzake UsedSoft ziet op de verkoop van software en de auteursrechtelijke bescherming van software niet door de Auteursrecht-richtlijn⁷, maar door de Softwarerichtlijn⁸ wordt geregeld, oordeelt de Voorzieningenrechter inzake het kort geding tegen Tom Kabinet dat 'niet valt uit te sluiten dat het UsedSoft arrest een ruimere strekking heeft en zich niet beperkt tot de verhandeling van software' en dat het dus ook kan zien op andere digitale bestanden zoals e-books.⁹ Dit wordt ons inziens terecht bevestigd door het Gerechtshof Amsterdam.

*'Ook de koper van een e-book krijgt immers tegen betaling van een prijs een niet in tijdsduur beperkt gebruiksrecht daarvan.'*¹⁰

Zowel de Voorzieningenrechter als het Gerechtshof onderkennen echter dat de Auteursrecht-richtlijn

3. Art. 4 lid 2 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PbEU 2009, L111/16).

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

5. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (Oracle/UsedSoft), r.o. 61.

6. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (Oracle/UsedSoft), r.o. 70 en 87.

7. 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 (PbEU 2001, L167/10).

8. Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PbEU 2009, L111/16).

9. Rb. Amsterdam 21 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4360 (NUV e.a./Tom Kabinet), r.o. 4.10.

10. Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (NUV e.a./Tom Kabinet), r.o. 3.5.2.

de uitputtingsregel slechts van toepassing acht op tastbare zaken. Zo volgt uit punten 28 en 29 van de Considerans:

'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.'

En:

'Het vraagstuk van uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder onlinediensten. [...] 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 online-dienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.'

We moeten echter niet vergeten dat deze richtlijn uit 2001 stamt. De technologische vooruitgang en digitalisering heeft in de tussentijd niet stil gestaan en de Europese wetgever heeft geen rekening kunnen houden met alle mogelijke vormen van bestaande en nieuwe producten en de verschillende distributiemogelijkheden daarvan. Het moderniseren van het auteursrecht in het kader van de digitale revolutie en de veranderingen in het consumentgedrag is niet voor niets een van de aandachtspunten van de Europese Commissie voor het creëren van een 'Digital Single Market'.¹¹

In het licht hiervan benadrukt het Gerechtshof, in overeenstemming met het HvJEU, de ratio en het nuttig effect van de uitputtingsregeling. De uitputting heeft namelijk tot doel een afweging te maken tussen de rechten van auteurs en het vrije verkeer van goederen binnen de Europese Gemeenschap. De bescherming van de rechthebbenden mag niet verder gaan dan noodzakelijk om te waarborgen dat deze voor een exemplaar van zijn werk een redelijke vergoeding ontvangt. Het mag dus niet zo zijn dat een rechthebbende, nadat hij al een redelijke vergoeding heeft gekregen, het vrije verkeer van goederen kan belemmeren door het inroepen van zijn auteursrecht. De functionele gelijkwaardigheid van distributie van kopieën in materiële en immateriële vorm is tevens van belang. Het nuttig effect van de uitputtingsregel zou immers beperkt zijn, indien het slechts ziet op tastbare zaken. Waarom zou een auteur wel het distributierecht behouden op een e-book, en voor iedere doorverkoop een vergoeding kunnen vragen, terwijl hij dat recht niet heeft bij de doorverkoop van een papieren exemplaar? Hij heeft immers al de economische waarde van zijn recht te gelden kunnen maken bij de eerste verkoop van het e-book.

De verwachting van het Gerechtshof dat de uitputtingsregel door het HvJEU ook zal worden toegepast op andere digitale vormen van auteursrechtelijk beschermde werken dan software, weerhoudt het Gerechtshof ons inziens er terecht van een verbod toe te wijzen op de exploitatie van een website waarop legale e-books worden doorverkocht:

*'Het hof houdt er echter rekening mee dat de economisch georiënteerde redenering die aan de uitspraak van het Hof van Justitie in het UsedSoft-zaak ten grondslag ligt, waarbij (in rechtsoverwegingen 61 tot en met 63) wordt gewezen op de functionele gelijkwaardigheid van distributie van kopieën in materiële en immateriële vorm alsmede op de ratio van de uitputtingsregel (kort gezegd, de bescherming van de rechten van de rechthebbende mag in het belang van het vrije verkeer van goederen niet verder gaan dan noodzakelijk om te waarborgen dat deze voor een specifiek exemplaar van zijn werk een redelijke vergoeding ontvangt) aanleiding zal geven tot een zodanige interpretatie van de toepasselijke bepalingen dat het bestaan van de voor een online doorverkoop vereiste reproductierechten ook met betrekking tot digitale bestanden als de onderhavige wordt aangenomen.'*¹²

3. Onrechtmatig handelen

In het licht van de uitputting staat het Gerechtshof vooralsnog de bemiddeling door Tom Kabinet bij de doorverkoop van legale e-books toe. Maar opvallend genoeg beslist het Gerechtshof vervolgens wel dat Tom Kabinet onrechtmatig handelt, doordat via de website ook illegale exemplaren verhandeld kunnen worden. Het Gerechtshof oordeelt in dit verband dat Tom Kabinet onvoldoende technische maatregelen neemt om illegale e-books te herkennen en te weren, en de verkoop van illegale e-books tegen te gaan. Volgens het Gerechtshof rust 'de verantwoordelijkheid voor het treffen van adequate maatregelen tegen inbreukmakende handelingen [...] in de eerste plaats op Tom Kabinet die deze immers op de geschetste wijze faciliteert'.¹³ Dit laatste punt is wat ons betreft onterecht en wij zullen dat hierna toelichten.

Het geheel in de risicosfeer van Tom Kabinet plaatsen van het treffen van adequate maatregelen om inbreuken te voorkomen is niet in overeenstemming met de Europese en nationale rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid van online tussenpersonen. Daarbij strookt deze overweging ook niet met de beoordeling van het Gerechtshof van het auteursrechtelijke kader met betrekking tot e-books. Het Gerechtshof houdt er namelijk reke-

11. http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_en.pdf.

12. Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (NUV e.a./Tom Kabinet), r.o. 3.5.3.

13. Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (NUV e.a./Tom Kabinet), r.o. 3.7.1.

ning mee dat UsedSoft ook van toepassing kan zijn op andere digitale bestanden. Het past immers de vereisten voor uitputting van software volgend uit UsedSoft en de motivering van het HvJEU toe op e-books. Bij de beoordeling van het voorkomen van auteursrechtinbreuken en de daarvoor te treffen maatregelen wordt echter niet de lijn van UsedSoft aangehouden.

Laten we de verplichting tot het herkennen en weren van illegale e-books eens nader bekijken. Het feit dat slechts technisch DRM vrije ePub-edities van e-books kunnen worden doorverkocht op de website en deze edities eenvoudig te kopiëren zijn, is naar onze mening geen omstandigheid die voor risico van Tom Kabinet dient te komen. Dergelijke edities worden namelijk *zelf* door de rechthebbenden op de markt gebracht en worden verkocht door grote online retailers als Bol.com, Bruna.nl, Ebook.nl, Ako.nl, etc., waarbij de meerderheid van de legaal aangeboden e-books via deze kanalen wordt aangeschaft.¹⁴ Om illegale doorverkoop tegen te gaan voerde Tom Kabinet een validatiescan uit, waarbij werd gecontroleerd of een e-book al eerder door een verkoper was verkocht. Daarbij voegde Tom Kabinet een hashcode en watermerk toe om te voorkomen dat hetzelfde e-book nogmaals door dezelfde verkoper verkocht kon worden. Deze maatregelen waren volgens het Gerechtshof niet toereikend, maar voor verdergaande maatregelen was de medewerking van de Uitgeverijen vereist. Het feit dat de uitgeverijen hierbij niet behulpzaam wilden zijn, acht het Gerechtshof niet van belang. Tom Kabinet wordt aldus door het Gerechtshof eigenlijk verplicht om verdergaande technische maatregelen te nemen dan de Uitgevers zelf, terwijl de Uitgevers die norm zelf bepalen bij de eerste verkoop. Het past niet om deze norm vervolgens te verzwaren voor Tom Kabinet. Ten tweede lijkt ons het meewerken door de Uitgevers wel degelijk van belang bij de beoordeling.

Daarbij wordt ook de controle op de verwijdering van de eigen kopie door de verkoper in de risicosfeer van Tom Kabinet gebracht. Volgens het HvJEU rust de verplichting tot het verwijderen van de eigen kopie bij de verkoper. Tom Kabinet is ons inziens niet verantwoordelijk, indien de verkoper deze verplichting niet nakomt, maar de verkoper zelf. Toch attendeert Tom Kabinet de verkopers wel op het feit dat e-books eenmaal verkocht mogen worden en dat zij hun eigen kopie van al hun elektronische apparaten moeten verwijderen. Zij heeft echter geen technische maatregelen ingevoerd om te controleren of te bewerkstelligen dat de eigen kopie daadwerkelijk wordt verwijderd. Het HvJEU bevestigt dat het moeilijk kan zijn om na te gaan of een kopie daadwerkelijk onbruikbaar is gemaakt, maar dat dergelijke problemen ook gelden ten aanzien van materiële kopieën. Om dit probleem op te lossen kan de *distributeur* technische bescher-

mingsmaatregelen toepassen.¹⁵ Daarbij is het de *auteursrechthebbenden* toegestaan alle tot hen beschikking staande technische middelen aan te wenden om te controleren dat de kopie van de verkoper onbruikbaar is gemaakt.¹⁶ Door het Gerechtshof worden nu de verplichting van de verkoper en de bevoegdheden voor distributeurs en rechthebbenden ons inziens onterecht omgezet in een verplichting voor Tom Kabinet.

4. Aansprakelijkheid van de neutrale tussenpersoon

Los van bovenstaande bezwaren op het toerekenen van onrechtmatig handelen aan Tom Kabinet, valt het moeilijk te rijmen dat Tom Kabinet niet vrijgesteld wordt van aansprakelijkheid. In tegenstelling tot de Rechtbank, oordeelt het Gerechtshof dat Tom Kabinet niet beschouwd kan worden als een neutraal tussenpersoon in de zin van art. 6:196c Burgerlijk Wetboek:

'Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, is niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij:

a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel
*b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk maakt.'*¹⁷

Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat de aansprakelijkheid van een tussenpersoon wordt beperkt, indien zijn rol in die zin neutraal is dat zijn handelingen louter technisch, automatisch en passief zijn, wat impliceert dat hij geen actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die hij opslaat.¹⁸

Ten aanzien van de elektronische marktplaats eBay overwoog het HvJEU:

'het enkele feit dat de beheerder van een elektronische marktplaats de verkoopaanbiedingen op zijn server opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klant verstrekt, kan er niet toe leiden dat hij geen beroep kan doen op de aansprakelijkheidsbeperking. Wan-

14. Rb Amsterdam 21 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4360 (NUV e.a./Tom Kabinet), r.o. 4.8.

15. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (Oracle/UsedSoft), r.o. 79.

16. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (Oracle/UsedSoft), r.o. 78-79 en 87.

17. Implementatie van art. 14 Richtlijn 2000/31/EG.

18. HvJEU 23 maart 2010, C-236/08 en C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (Google/Louis Vuitton).

neer genoemde beheerder daarentegen bijstand verleent die er onder meer in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen, moet er van worden uitgegaan dat hij een actieve rol heeft gespeeld waardoor hij kennis van of controle over de gegevens heeft gekregen.¹⁹

Op grond hiervan beschouwde het Gerechtshof Leeuwarden Marktplaats als een neutrale tussenpersoon. Marktplaats behandelt namelijk al haar klanten op gelijke wijze, waardoor zij een neutrale positie inneemt ten opzichte van de afzonderlijke verkoopaanbiedingen.

'Het feit dat Marktplaats haar dienst zo aantrekkelijk mogelijk wil presenteren en daarvoor adverteert wil niet zeggen dat zij de bepaalde op die website geplaatste verkoopaanbiedingen of aanbiedingen van bepaalde klanten-verkopers bevordert.²⁰

Volgens het Gerechtshof kan Tom Kabinet echter niet vergeleken worden met Marktplaats, omdat zij geen neutrale positie inneemt:

'Tom Kabinet exploiteert immers een website die speciaal is ingericht voor de doorverkoop van e-books, waarop deze (onder meer) ten behoeve van potentiële kopers gerubriceerd worden, door middel van advertenties speciaal onder de aandacht van dezen worden gebracht en in het kader waarvan Tom Kabinet ook een vergoeding (commissie) bedingt.²¹

Bij het lezen van deze overweging zou je denken dat het Gerechtshof letterlijk de dienstverlening van Marktplaats beschrijft, alleen dan toegespitst op één enkel product. Welke verschillen tussen Marktplaats en Tom Kabinet met zich meebrengen dat Tom Kabinet niet te beschouwen is als neutrale tussenpersoon, zien wij niet terug in de motivering van het Gerechtshof. Het is ons inziens goed verdedigbaar dat de rol van Tom Kabinet bij de verlening van haar dienst als louter technisch, passief en automatisch te beschouwen is. Tom Kabinet biedt slechts een platform aan waarop anderen hun e-books kunnen doorverkopen. Het feit dat de e-books op de server van Tom Kabinet worden opgeslagen en dat zij voor haar dienst een vergoeding ontvangt staat, volgens Europese rechtspraak, een beroep op beperking van aansprakelijkheid niet in de weg.²² Dat Tom Kabinet tevens advertenties

plaatst, wil ook niet zeggen dat zij de verkoopaanbiedingen van bepaalde gebruikers op haar website bevordert en dus een actieve rol aanneemt. En het nemen van maatregelen om illegale handel te voorkomen en het hanteren van een Notice & Takedown procedure betekent ons inziens niet dat Tom Kabinet een actieve rol heeft waardoor zij kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. De overweging van het Gerechtshof waarbij wordt bepaald dat Tom Kabinet niet te beschouwen is als een neutrale tussenpersoon is daarom ontoereikend beargumenteerd en is ons inziens niet in lijn met zowel Europese als nationale rechtspraak. Het Gerechtshof bepaalt vervolgens dat het

'voldoende aannemelijk is dat Tom Kabinet op deze wijze (tegen betaling) een betrekkelijk eenvoudige en lucratieve mogelijkheid biedt om (ook) illegaal verkregen e-books door te verkopen en dat daar een wervende kracht vanuit gaat. Het op deze wijze faciliteren van inbreuken op de aan uitgever en hun auteurs toekomende rechten moet in beginsel jegens deze als onrechtmatig worden gekwalificeerd.²³

Ons inziens moet hierbij echter benadrukt worden dat Tom Kabinet aantoonbaar gericht is op het doorverkopen van legale e-books. Dergelijke overweging vinden we helaas niet (voldoende) terug in de beslissing van het Gerechtshof. In de algemene voorwaarden van de website wordt het de gebruikers meerdere keren uitdrukkelijk medegedeeld dat het aanbieden van illegale boeken of het meerdere keren verkopen van hetzelfde boek niet is toegestaan en dat eigen kopieën na verkoop onbruikbaar gemaakt moeten worden. Ze implementeert technische maatregelen om illegale handel van e-books tegen te gaan, is bereid om bij onrechtmatige activiteiten de gegevens van het door haar geplaatste watermerk met de rechthebbenden te delen en de gegevens van de verkoper van het desbetreffende e-book aan hen over te dragen en hanteert een Notice and Takedown procedure. Aan een vergoeding voor de rechthebbenden is ten slotte ook gedacht, terwijl ze daar, indien de uitputtingsregeling ook van toepassing is op e-books, geen recht op hebben. Hoe het Gerechtshof, in tegenstelling tot de Voorzienenrechter, de website van Tom Kabinet en haar handelswijze gelijk kan stellen met websites als ZoekMP3,²⁴ MiniNova,²⁵ MyP2P²⁶ en The Pirate Bay,²⁷ waarbij het doel was om te profiteren van het op structurele wijze mogelijk maken en bevorderen

juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 115.

23. Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (*NUV e.a./Tom Kabinet*), r.o. 3.7.1.

24. Hof Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7579 (*Brein/Techno Design*).

25. Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6008 (*Mininova*).

26. Hof Den Bosch 12 januari 2010 (*C more/MyP2P*).

27. Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1067 (*The Pirate Bay*).

19. HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*).

20. Gerechtshof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 5.6 en 5.7.

21. Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (*NUV e.a./Tom Kabinet*), r.o. 3.7.1.

22. HvJEU 23 maart 2010, C-236/08 en C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google/Louis Vuitton*), r.o. 116 en HvJEU 12

van auteursrechtinbreuken, waarbij in sommige gevallen gebruikers zelfs aangemoedigd werden om illegale werken te uploaden en zij werden geholpen om deze werken te vinden, is onbegrijpelijk. De Delfi zaak werpt ons inziens geen ander licht op deze kwestie. In deze zaak werd beslist dat de nieuwsportal Delfi beschouwd moet worden als een content provider, niet als een technische provider, en dat de nieuwsportal aansprakelijk is voor de content die door gebruikers wordt geplaatst. Wat ons betreft is duidelijk dat Tom Kabinet niet over één kam kan worden geschoren met een content provider als Delfi, gezien het hiervoor besproken businessmodel van Tom Kabinet.²⁸

5. Proportionaliteit van het verbod

Ten slotte nog een opmerking op het door Gerechtshof in kort geding opgelegde verbod *'van het aanbieden van een online dienst waarop illegaal gedownload e-books kunnen worden verkocht'*. Het Gerechtshof geeft ten aanzien van het opleggen van verbod op de doorverkoop van legaal gekochte e-books aan dat *'behoedzaamheid moet worden betracht'* vanwege de bestaande onzekerheid omtrent de vraag of sprake is van inbreuk op het distributierecht. Dergelijke behoedzaamheid vindt men echter niet terug bij het opleggen van het verbod op basis van het mogelijk faciliteren van doorverkoop van illegale e-books. Door het opleggen van dit verbod wordt immers bewerkstelligd dat de gehele dienstverlening van Tom Kabinet door het verbod wordt geraakt, inclusief de door het Gerechtshof vooralsnog rechtmatig geachte doorverkoop van legale e-books. Met het persbericht omtrent het arrest, gooit het Gerechtshof er nog een schepje bovenop. Het persbericht heeft de kop *'feitelijk verbod website Tom Kabinet'* en in het bericht wordt aangegeven dat de website voorlopig uit de lucht moet.²⁹ Dergelijke berichtgeving is ons inziens suggestief en strookt niet met uitspraak, in ieder geval niet met de beoordeling dat de bemiddeling bij doorverkoop van legale e-books door het Gerechtshof vooralsnog is toegestaan.

Uit Europese rechtspraak volgt dat de door de rechter opgelegde maatregelen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn. Deze maatregelen moeten billijk zijn en mogen geen belemmeringen voor het legitiem handelsverkeer scheppen. De rechter moet hierbij een passend evenwicht verzekeren tussen de betrokken rechten en de belangen.³⁰ Tom Kabinet heeft aangegeven dat zij vele technische maatregelen heeft ingevoerd om de ver-

koop van illegale e-books te voorkomen, maar dat voor verdergaande beschermingsmaatregelen de samenwerking met uitgeverijen noodzakelijk is. Deze uitgeverijen hebben tot nu toe echter geweigerd om hieraan mee te werken, staan collectief het verkopen van hun e-books via Tom Kabinet niet toe en blokkeren de levering van deze e-books.³¹ Daarbij brengen zij zelf dergelijk eenvoudig te kopiëren e-books op de markt en nemen zij slechts beperkte maatregelen om de illegale handel tegen te gaan. Het Gerechtshof houdt met deze omstandigheden geen rekening en oordeelt dat de Uitgevers geen verplichting hebben om Tom Kabinet behulpzaam te zijn bij het treffen van effectieve maatregelen. De vraag is dan wel welke maatregelen Tom Kabinet zelf nog kan nemen zodat er *'voldoende effectieve maatregelen zijn om illegaal verkregen e-books van haar website te weren'*. Een effectieve maatregel kan bijvoorbeeld zijn het maken van afspraken tussen de Uitgevers en retailers, waarbij de retailers de toegang tot de bij hen aangeschafte e-books blokkeren, indien de downloadlinks door derden worden gebruikt. Een andere mogelijkheid is het gebruiken van software dat kopiëren van het door de verkoper doorverkochte e-book automatisch van zijn elektronische apparaten verwijdert. Dergelijke software zou dan verplicht door de gebruiker op zijn apparaten gedownload moeten worden, wil hij zijn e-books kunnen doorverkopen via een platform als Tom Kabinet.³² Echter is ook hier medewerking van de Uitgevers vereist, omdat in beginsel de e-books beschikbaar blijven in de gebruikersaccounts van de retailers en de e-books dus opnieuw door de verkoper gedownload kunnen worden.

Gelet op het feit dat het voor Tom Kabinet zonder medewerking van de Uitgevers vrijwel onmogelijk is om te controleren of verkopers hun eigen kopie verwijderen en de illegale handel van e-books te voorkomen, is het opgelegde verbod niet proportioneel, heeft het direct gevolgen voor de doorverkoop van legale e-books en is het onevenredig nadelig voor Tom Kabinet.

6. Bodemprocedure

Inmiddels zijn de Uitgevers bij rechtbank Den Haag een bodemprocedure gestart waarbij een verklaring voor recht wordt gevorderd met betrekking tot

28. EHRM 16 juni 2015, 64569/09 (Delfi AS/Estonia).

29. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Feitelijk-verbod-website-Tom-Kabinet.aspx>.

30. Gerechtshof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GH-LEE:2012:BW6296 (Stokke/Marktplaats), r.o. 7.11 en HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (L'Oréal/eBay).

31. Tom Kabinet heeft een klacht ingediend bij de Autoriteit Consument & Markt wegens het collectief boycotten van Tom Kabinet; <http://www.tomkabinet.nl/index.php?route=tk2/info/press>.

32. Een goed voorbeeld is de door Redigi gebruikte software, waarbij mp3 bestanden na het uploaden in de Cloud Locker van de computer en andere gesynchroniseerde apparaten worden verwijderd. Zie Memorandum and Order of US District Court Southern District New York (RJS), 30 maart 2013, Case 1:12-cv-000095-RJS, Capitol Records LLC / Redigi Inc en M.G. Schrijver, 'Redigi – een enge beslissing? De online verkoop tweedehands digitale muziekbestanden', IER 2014/1.

de auteursrechtelijke geschilpunten.³³ De problematiek omtrent het al dan niet onrechtmatig handelen en de toepasselijkheid van de beperking van aansprakelijkheid van neutrale tussenpersonen zal niet beoordeeld worden. Ter zitting heeft de raadsman van de Uitgevers verschillende argumenten aangedragen waaruit men zou moeten afleiden dat geen sprake is van uitputting van de rechten van de auteursrechthebbenden. Zo werd onder meer betoogd dat het aanbieden van tweedehands boeken te kwalificeren is als een mededeling aan het publiek, nu door de bewuste interventie van Tom Kabinet de e-books ter beschikking worden gesteld aan nieuw publiek. Tevens zijn de Uitgevers van mening dat geen sprake kan zijn van een distributiehandeling die tot uitputting kan leiden, omdat de Auteursrechtlijn slechts voorziet in de uitputting van tastbare zaken. Zij kwalificeren het online ter beschikking stellen van een e-book als een dienst die niet leidt tot uitputting. Daarbij betogen de Uitgevers dat UsedSoft niet van toepassing is op e-books, mede omdat een e-book geen computerprogramma is en dus de Auteursrechtlijn en niet de Softwarerechtlijn van toepassing is, e-books en boeken niet functioneel en economisch vergelijkbaar zijn, en dat het, in tegenstelling tot de UsedSoft zaak, niet mogelijk is te controleren of de eigen kopie door de gebruiker wordt verwijderd. Tom Kabinet is van mening dat de Softwarerechtlijn en UsedSoft direct van toepassing zijn, omdat e-books gekwalificeerd moeten worden als een computerprogramma; er is sprake van een geheel van instructies waarmee een computer een bepaalde taak of functie verricht. Indien echter e-books onder de Auteursrechtlijn vallen, dient UsedSoft van overeenkomstige toepassing te zijn, gezien het beginsel van gelijke behandeling, de functionele en economische gelijkwaardigheid van boeken en e-books en ratio en doel van de uitputtingsregel.

7. Conclusie

De strijd om de digitale lezer tussen Tom Kabinet en de Uitgevers is voorlopig nog niet gestreden. Wij achten het zeer waarschijnlijk dat rechtbank Den Haag prejudiciële vragen zal stellen omtrent de auteursrechtelijke gevolgen van de doorverkoop van tweedehands e-books, zodat de reikwijdte van de uitputtingsregel verduidelijkt zal worden. Wij verwachten dan ook dat het HvJEU de uitleg van de uitputtingsregel inzake UsedSoft zal toepassen op de verkoop van e-books.

Echter blijft het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam omtrent het onrechtmatig handelen en de aansprakelijkheid van tussenpersonen in stand. Het plaatsen van de verantwoordelijkheid van het voorkomen van de doorverkoop van illegale

e-books in de risicosfeer van Tom Kabinet is wat ons betreft een onterechte verschuiving van de bestaande jurisprudentiële lijn inzake de aansprakelijkheid van online tussenpersonen. Dit heeft niet slechts gevolgen voor Tom Kabinet, maar ook voor andere online platforms waarop fysieke dan wel digitale producten verkocht kunnen worden. Immers kunnen ook illegale fysieke producten via dergelijke online platforms verkocht worden. De lijn is dat een online tussenpersoon gehouden kan zijn een Notice and Takedown procedure te hanteren, maar het preventief controleren kan niet van een dergelijke tussenpersoon worden vereist.³⁴ Met de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam inzake Tom Kabinet wordt dit kennelijk nu wel vereist. Als deze lijn wordt doorgezet (wat wij niet hopen), zal deze verschuiving een pittige impact gaan hebben op de werkwijze van dergelijke platforms.

33. De eerste zitting heeft plaats gehad op 16 december 2015.

34. Gerechtshof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GH-LEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 5.1.5.