

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/445039 / HA ZA 13-690

Vonnis van 3 september 2014

in de zaak van

de vereniging
VERENIGING OPENBARE BIBLIOTHEKEN,
gevestigd te Den Haag,
eiseres,
advocaat mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

de stichting
STICHTING LEENRECHT,
gevestigd te Amstelveen,
gedaagde,
advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam.

en

1. de vereniging
NEDERLANDS UITGEVERSVERBOND,
2. de stichting
STICHTING LIRA,
3. de stichting
STICHTING PICTORIGHT,
alle gevestigd te Amsterdam,
interveniënten,
advocaat interveniënt sub 1: mr. W.P. den Hertog te Den Haag,
advocaat interveniënt sub 2 en 3: mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als respectievelijk VOB, Stichting Leenrecht, NUV, LIRA en Pictoright. Voor VOB is de zaak inhoudelijk behandeld door mr. D.J.G. Visser en mr. P. de Leeuwe, voor Stichting Leenrecht door mr. J.W.A. Meddens, voor NUV door mr. Chr.A. Alberdingk Thijm, allen advocaat te Amsterdam, en voor Lira en Pictoright door de advocaat voornoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 28 augustus 2013 en de daarin genoemde stukken,
- de conclusie van eis in tussenkomst van NUV,
- de conclusie van eis in tussenkomst van LIRA en Pictoright met producties 1-6,
- de conclusie van antwoord van Stichting Leenrecht, met producties 1-2,
- de conclusie van antwoord in tussenkomst van VOB, met producties 3-4,
- het tussenvonnis van 18 december 2013 waarbij een comparitie van partijen is bevolen,
- de akte houdende een productie van VOB met productie 5,
- de akte houdende overlegging producties van NUV met producties 1-37,
- het proceskostenoverzicht van NUV in de vorm van producties 38 en 39,
- het proceskostenoverzicht van LIRA en Pictoright in de vorm van productie 7,
- het proces-verbaal van comparitie van 27 mei 2014 en de daaraan gehechte pleitnotities van de advocaten van partijen.

1.2. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. VOB is de vereniging die de belangen van alle openbare bibliotheken in Nederland behartigt. Alle Nederlandse openbare bibliotheken zijn lid van VOB.

2.2. De openbare bibliotheken lenen van oudsher fysieke boeken uit, zoals onder meer romans, verhalenbundels, biografieën, reisverslagen, kinderboeken en jeugdliteratuur. Voor het uitlenen daarvan dragen zij een krachtens artikel 15c van de Auteurswet (hierna: Aw) verschuldigde uitleenvergoeding af aan Stichting Leenrecht.

2.3. Stichting Leenrecht is door de Minister van Justitie op grond van artikel 15f lid 1 Aw aangewezen als incasso-organisatie voor de uitleenvergoedingen. Stichting Leenrecht keert de door haar geïnde uitleenvergoedingen op basis van een repartitiereglement uit aan de rechthebbenden via collectieve beheersorganisaties, zoals LIRA en Pictoright.

2.4. LIRA is een collectieve beheersorganisatie voor auteurs, zoals schrijvers, vertalers, scenarioschrijvers en journalisten. Bij hun aansluitingscontract hebben de bij LIRA aangesloten auteurs onder meer hun aanspraak op een uitleenvergoeding als bedoeld in artikel 15c Aw overgedragen aan LIRA. Op grond van dat contract is LIRA tevens gerechtigd tot het uitoefenen van de rechten van de auteurs met betrekking tot de terbeschikkingstelling van hun werken via internet of andere elektronische netwerken.

2.5. Pictoright is een collectieve beheersorganisatie voor makers van visuele werken, zoals beeldend kunstenaars, fotografen, illustratoren, ontwerpers en architecten. De makers kunnen zich op verschillende wijzen aansluiten bij Pictoright, namelijk voor al hun auteursrechten ('auteursrechten compleet'), voor een aantal rechten ('collectieve rechten') of voor alleen het volgrecht. Makers aangesloten voor 'auteursrechten compleet' verlenen Pictoright middels aansluitingsformulieren een exclusieve last en volmacht om hun auteursrechten, waaronder het uitleenrecht en het recht van online terbeschikkingstelling, in eigen naam, met uitsluiting van zichzelf, in en buiten rechte uit te oefenen. Makers aangesloten voor hun 'collectieve rechten' dragen door middel van aansluitingscontracten

de daarin opgesomde collectieve rechten over met betrekking tot de door hun vervaardigde en te vervaardigen beeldwerken, waaronder de uitleenvergoeding.

2.6. NUV is de branchevereniging voor uitgeverijen in Nederland. NUV behartigt de collectieve belangen van alle aangesloten uitgeverijen en vertegenwoordigt circa 90% van de Nederlandse uitgeverijbranche.

2.7. De hoogte van de uitleenvergoeding wordt op grond van artikel 15d Aw vastgesteld door de Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (hierna: StOL).

2.8. Vanaf 2004 is binnen StOL gediscussieerd over de vraag of ook een digitale uitlening van een e-book onder de uitleenexceptie van artikel 15c Aw zou vallen.

2.9. In de bestuursvergadering van 24 maart 2010 van StOL is naar aanleiding van twee juridische adviezen, waaronder een advies van de advocaat van VOB, vastgesteld dat het digitaal uitlenen van e-books niet onder de uitleenexceptie valt.

2.10. In maart 2010 heeft VOB aangekondigd buiten StOL om onderhandelingen te zullen initiëren met rechthebbenden over het digitaal uitlenen van e-books. Als gevolg daarvan zijn er enkele pilot projecten georganiseerd met betrekking tot het digitaal uitlenen van e-books.

2.11. In opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben het IviR en SEO een rapport geschreven over het online uitlenen van e-books door bibliotheken. In dat rapport wordt onder meer geconcludeerd dat het digitaal uitlenen van e-books door bibliotheken niet onder de uitleenexceptie van artikel 15c Aw valt.

2.12. Onder meer op basis van het hiervoor genoemde rapport heeft de regering een voorstel voor een nieuwe Bibliotheekwet geschreven. In dat voorstel wordt voor het uitlenen van e-books een landelijke digitale bibliotheek opgezet, waarbij de Koninklijke Bibliotheek een centrale rol krijgt. In het voorstel gaat de regering ervan uit dat digitale uitleningen niet onder de uitleenexceptie van artikel 15c Aw vallen.

2.13. Momenteel stellen de openbare bibliotheken e-books via het internet ter beschikking op basis van licentieovereenkomsten met de rechthebbenden.

3. Het geschil

in de zaak van VOB tegen Stichting Leenrecht

3.1. VOB vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. verklaart voor recht:

1. Onder 'uitlenen' als bedoeld in artikel 12, eerste lid, onder 3° Aw en artikel 1 en artikel 2 lid 1 sub b van 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 (hierna: de

Leenrechtlijn of Lrl), wordt mede verstaan het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel op afstand door middel van downloading voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk van letterkunde in digitale vorm (E-book), als bedoeld in het lichaam van de dagvaarding.

2. Onder 'in het verkeer brengen door eigendomsoverdracht' als bedoeld in artikel 12b Aw en artikel 4 lid 2 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de Auteursrechtlijn of Arl), wordt mede verstaan het op afstand door middel van downloading voor gebruik voor onbeperkte tijd beschikbaar stellen van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk van letterkunde in digitale vorm (E-book), als bedoeld in het lichaam van de dagvaarding.

3. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde wordt niet beschouwd het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel op afstand door middel van downloading voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk van letterkunde in digitale vorm (E-book), als bedoeld in het lichaam van de dagvaarding, dat door de rechthebbende of met zijn toestemming op afstand door middel van downloading voor gebruik voor onbeperkte tijd beschikbaar is gesteld, mits degene die deze digitale uitlening verricht of doet verrichten een billijke vergoeding betaalt in overeenstemming met artikel 15c Aw en artikel 6 Lrl.

II. de kosten van deze procedure te compenseren in die zin dat beide partijen hun eigen kosten dragen, tenzij de gedaagde een volledige kostenveroordeling vraagt, in welk geval eiseres ook veroordeling van gedaagde in de volledige kosten van deze procedure vraagt.

3.2. Stichting Leenrecht refereert zich aan het oordeel van de rechtbank, afgezien van haar bezwaar tegen de onbepaaldheid van de vorderingen.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in de zaak van NUV tegen VOB

3.4. NUV vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart dat de beschikbaarstelling van een werk van letterkunde in digitale vorm via een onlinedienst of een ander medium dat leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang tot het werk verschaft in beginsel is onderworpen aan toestemming van de rechthebbende ten aanzien van het werk, met veroordeling van VOB in de volledige proceskosten in de zin van artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv). Mede gelet op de formulering van de gevorderde kostenveroordeling gaat de rechtbank ervan uit dat deze vorderingen uitsluitend zijn ingesteld tegen VOB en dus niet tegen Stichting Leenrecht.

3.5. VOB voert verweer.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in de zaak van LIRA en Pictoright tegen VOB

3.7. LIRA en Pictoright vorderen dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. verklaart voor recht dat het op afstand voor onbeperkte tijd voor gebruik ter beschikking stellen van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd boek in digitale vorm (e-book), niet valt onder 'in het verkeer brengen door eigendomsoverdracht' als bedoeld in artikel 12b Aw.
2. voorwaardelijk, voor zover de rechtbank tot het oordeel komt dat het voor beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel op afstand ter beschikking stellen door een voor het publiek toegankelijke instelling van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd boek in digitale vorm (e-book), onder het begrip 'uitlening' valt als bedoeld in artikel 1 Lrl respectievelijk als 'uitlenen' als bedoeld in artikel 12 lid 3 Aw: te verklaren voor recht dat het voor beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel op afstand voor gebruik ter beschikking stellen door de Koninklijke Bibliotheek of andere voor het publiek toegankelijke instelling geen inbreuk vormt als bedoeld in artikel 15c lid 1 Aw indien per uitlening een billijke vergoeding wordt betaald welke voldoet aan de randvoorwaarde dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk en geen ongerechtvaardigde schade mag worden toegebracht aan de rechtmatige belangen van de auteur en die, meer in het bijzonder, rekening houdt met:
 - a) de prijs van (commerciële) verkoop en verhuur van e-books;
 - b) de leenrechtvergoeding voor papieren boeken;
 - c) de totale duur van de uitlening, inclusief verlengingen.
3. VOB veroordeelt in de kosten van de procedure.

Mede gelet op de formulering van de gevorderde kostenveroordeling gaat de rechtbank ervan uit dat deze vorderingen uitsluitend zijn ingesteld tegen VOB en dus niet tegen Stichting Leenrecht.

3.8. VOB voert verweer.

3.9. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in de zaak tussen VOB en Stichting Leenrecht

de gevorderde verklaringen

4.1. Ter zitting heeft VOB uitdrukkelijk erkend dat zij geen belang heeft bij een afzonderlijke beslissing op haar eerste twee vorderingen naast de derde vordering. Daarom moeten de eerste twee vorderingen bij gebrek aan belang worden afgewezen en zal hierna slechts worden ingegaan op de als derde gevorderde verklaring voor recht.

4.2. De als derde gevorderde verklaring voor recht heeft betrekking op een specifieke feitelijke situatie waarbij:

- (i) een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk van letterkunde in digitale vorm als bedoeld in het lichaam van de dagvaarding,
- (ii) die door de rechthebbende of met zijn toestemming op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbepaalde tijd ter beschikking is gesteld aan een voor het publiek toegankelijke instelling,
- (iii) door die voor het publiek toegankelijke instelling zonder direct of indirect commercieel voordeel op afstand door middel van downloaden voor gebruik ter beschikking worden gesteld,
- (iv) tegen betaling van een billijke vergoeding in de zin van artikel 15c Aw en artikel 6 Lrl.

4.3. VOB heeft de in onderdeel (i) van deze omschrijving bedoelde categorie werken waarop de verklaring betrekking moet hebben, in de dagvaarding omschreven als 'werken van letterkunde in digitale vorm die inhoudelijk vergelijkbaar zijn met de papieren boeken die bibliotheken van oudsher uitlenen, zoals romans, verhalenbundels, biografieën, reisverslagen, kinderboeken en jeugdliteratuur'. VOB onderscheidt deze categorie werken van wetenschappelijke werken en vakpublicaties, databanken, naslagwerken, computerprogramma's, audiovisuele werken, beeldopnamen, muziekwerken, geluidsopnamen of combinaties daarvan, waarop de gevorderde verklaring voor recht geen betrekking dient te hebben. Dat de eerstgenoemde specifieke groep werken zich mogelijk niet in voor het geschil relevante opzichten onderscheidt van andere werken van letterkunde, staat, anders dan NUV, LIRA en Pictoright hebben aangevoerd, niet in de weg aan het geven van een oordeel over deze specifieke groep werken. Het staat VOB vrij om haar gevorderde verklaring voor recht verder te beperken dan wellicht nodig is.

4.4. Naar het oordeel van de rechtbank hebben Stichting Leenrecht, NUV, LIRA en Pictoright er wel terecht op gewezen dat de in de dagvaarding opgenomen omschrijving van de categorie werken te onbepaald is omdat onvoldoende duidelijk is wat moet worden volstaan onder 'werken van letterkunde in digitale vorm die inhoudelijk vergelijkbaar zijn met de papieren boeken die bibliotheken van oudsher uitlenen'. De specifieke voorbeelden die in die omschrijving zijn opgenomen, te weten romans, verhalenbundels, biografieën, reisverslagen, kinderboeken en jeugdliteratuur, zijn daarentegen naar het oordeel van de rechtbank wel voldoende bepaald. Stichting Leenrecht, NUV, LIRA en Pictoright hebben ook geen bezwaren aangevoerd tegen dat deel van de omschrijving. Daarom zal de navolgende beoordeling slechts gericht zijn op die specifieke werken. Die specifieke beschermde werken in digitale vorm zullen hierna worden aangeduid als 'e-books'.

4.5. Ten aanzien van de onder (ii) bedoelde voorwaarde dat het e-book op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbepaalde tijd ter beschikking is gesteld, heeft NUV erop gewezen dat e-books niet altijd door middel van downloaden voor onbepaalde tijd ter beschikking worden gesteld, maar bijvoorbeeld ook door middel van streaming. Dat betoog kan worden gepasseerd. Voor zover e-books op andere wijze ter beschikking worden gesteld, wordt door VOB geen verklaring voor recht gevorderd over de toepassing van de uitleenexcepte, zodat een beoordeling daarvan niet aan de orde is. Dat laat onverlet dat VOB belang houdt bij de gevorderde verklaring over de wel voor onbepaalde tijd door middel van downloaden aan bibliotheken ter beschikking gestelde e-books. Dat zou mogelijk anders zijn als zou moeten worden aangenomen dat die verklaring geen betrekking heeft op een reëel scenario. Gesteld noch gebleken is dat dat het geval is. Daarnaast heeft NUV aangevoerd dat aanbieders van e-books vaak contractuele en technische beperkingen stellen aan het verdere gebruik van e-books. Ook dat betoog kan worden gepasseerd omdat VOB slechts de vraag heeft voorgelegd of de bibliotheken onder de in de vordering genoemde omstandigheden inbreuk maken op het auteursrecht. Dat de bibliotheken ook tegen andere mogelijke hindernissen aanlopen dan het auteursrecht, is voor de beantwoording van die vraag niet relevant.

4.6. Met betrekking tot de onder (iii) bedoelde wijze waarop de bibliotheken ter beschikking stellen, heeft VOB in de dagvaarding duidelijk gemaakt dat de verklaring slechts betrekking heeft op het op afstand door middel van downloaden voor gebruik ter beschikking stellen via een zogeheten *one copy one user* model. Dat model houdt in dat het e-book slechts aan één gebruiker tegelijkertijd ter beschikking wordt gesteld en dat de kopie die de gebruiker krijgt na verloop van de tijdelijke gebruikstermijn niet meer bruikbaar is. Op vragen van de rechtbank ter zitting heeft VOB nader toegelicht dat gedurende die termijn de kopie van het e-book wel bewaard blijft op de server van de bibliotheek en aldus ook beschikbaar blijft voor de VOB. In de navolgende beoordeling zal van die specifieke feitelijke constellatie worden uitgegaan. Die zal hierna worden aangeduid als 'e-lending'.

4.7. Het betoog van NUV dat bibliotheken e-books op vele andere manieren ter beschikking kunnen stellen dan door het op afstand door middel van downloaden voor gebruik ter beschikking stellen via het *one copy one user* model, kan worden gepasseerd. Ook daarvoor geldt dat in deze zaak geen oordeel hoeft te worden gegeven over alle mogelijke vormen van ter beschikking stelling van e-books en dat aangenomen moet worden dat VOB wel belang heeft bij de gevorderde verklaring, aangezien gesteld noch gebleken is dat het *one copy one user* model niet reëel is.

4.8. Wat betreft de onder (iv) bedoelde vergoeding is van belang dat in de zaak tegen Stichting Leenrecht niet de vraag voorligt hoe de hoogte van de vergoeding voor e-lending moet worden vastgesteld. Evenmin ligt de vraag voor of bij de vaststelling van die vergoeding rekening moet worden gehouden met (bijvoorbeeld) het feit dat e-lending een groter verstoringseffect op de boekenmarkt kan hebben dan het uitlenen van fysieke boeken (zie daarover hierna r.o. 4.15).

4.9. Bij de verdere beoordeling gaat de rechtbank uit van de feitelijke situatie beschreven in r.o. 4.2 met inachtneming van de nadere uitwerking en beperking daarvan in de voorgaande paragrafen.

uitlening?

4.10. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of het uitleenrecht als bedoeld in artikel 12 lid 1 sub 3^o j^o lid 3 Aw en de uitleenexceptie in de zin van artikel 15c lid 1 Aw van toepassing zijn op e-lending. Voor de beantwoording van die vraag is beslissend of e-lending kan worden aangemerkt als “uitlening” in de zin van de artikelen 1 lid 1, 2 lid 1 sub b en 6 Lrl. Het uitleenrecht als bedoeld in artikel 12 lid 1 sub 3^o j^o lid 3 Aw en de uitleenexceptie in de zin van artikel 15c lid 1 Aw vormen immers de implementatie van respectievelijk artikel 1 lid 1 j^o 2 lid 1 sub b Lrl en 6 Lrl. Dat brengt mee dat het in de Auteurswet gebruikte begrip “uitlenen” moet worden uitgelegd overeenkomstig het Unierechtelijke begrip “uitlenen” zoals gedefinieerd in de Leenrechtlijn (zie ook HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484, Stichting Leenrecht – VOB, r.o. 3.4.2).

4.11. De rechtbank is van oordeel dat de vraag of e-lending kan worden aangemerkt als “uitlenen” in de zin van de Leenrechtlijn zich leent voor een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof). Gelet op de als derde gevorderde verklaring voor recht is de beantwoording van deze vraag noodzakelijk ter beslechting van het geschil tussen VOB en de Stichting Leenrecht. Zoals hierna zal worden toegelicht, lijkt het antwoord op deze vraag niet te volgen uit de bestaande rechtspraak van het Hof (geen *acte éclairé*, zie r.o. 4.16) en is de juiste uitlegging van de Leenrechtlijn niet evident (geen *acte clair*, zie r.o. 4.12). De rechtbank acht het in dit geval ook gepast om de prejudiciële vraag al in eerste aanleg te stellen omdat enerzijds de relevante feiten niet in geschil zijn en anderzijds de te beantwoorden rechtsvraag een dermate principieel karakter heeft dat verwacht moet worden dat het geschil niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter. Ten slotte weegt mee dat de eiseres in deze zaak nadrukkelijk heeft gepleit voor een prejudiciële verwijzing en dat gedaagde zich op dit punt aan het oordeel van de rechtbank heeft gerefereerd. Alleen interveniënt NUV heeft zich verzet tegen een prejudiciële verwijzing. Het argument dat zij voor haar verzet aanvoert, overtuigt echter niet. NUV betoogt kort gezegd dat de praktijk behoefte heeft aan een snel rechterlijk oordeel. Zoals hiervoor al is overwogen, heeft de te beantwoorden rechtsvraag echter een dermate principieel karakter dat het geschil waarschijnlijk niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter. Een prejudiciële verwijzing van de rechtbank is de snelste manier om dat definitieve rechterlijke oordeel te verkrijgen.

geen acte clair

4.12. Het antwoord op de vraag of e-lending kan worden aangemerkt als een vorm van uitlenen in de zin van de Leenrechtlijn is niet evident. De tekst van de Leenrechtlijn geeft op dit punt geen uitsluitel. Het gebruik van de term “uitlening” zou erop kunnen duiden dat de Uniewetgever het uitleenrecht en de uitleenexceptie alleen van toepassing acht op het ter beschikking stellen van een fysiek exemplaar van een werk en niet op e-lending. In het normale spraakgebruik lijkt doorgaans namelijk alleen van een “uitlening” te worden gesproken wanneer de feitelijke beschikkingsmacht over een exemplaar wordt overgedragen aan een derde. Daarvan is, strikt genomen, geen sprake bij e-lending omdat de uitlenende bibliotheek beschikking houdt over het exemplaar van het e-book dat op haar server staat. Daar staat tegenover dat artikel 2 lid 1 sub b Lrl het begrip “uitlening” techniekonafhankelijk definieert als “voor een beperkte tijd [...] voor gebruik ter beschikking stellen”. Daaronder zou ook het voor een beperkte tijd op afstand door middel van downloaden ter beschikking stellen kunnen vallen. Anders dan NUV heeft betoogd,

geldt hetzelfde voor de term die in de Leenrechtlijn wordt gebruikt voor het object van het uitleenrecht, te weten de “originelen en kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken” (artikelen 1 en 3 Lrl). Daaronder zouden ook digitale documenten, zoals een e-book, kunnen vallen.

4.13. De overwegingen van de Leenrechtlijn geven evenmin uitsluitel. Overweging 4 van deze richtlijn vermeldt wel dat het auteursrecht en de bescherming door naburige rechten moeten worden aangepast aan nieuwe economische ontwikkelingen, zoals nieuwe exploitatievormen. Mede gelet op het feit dat deze overweging al stond in de uit 1992 stammende voorganger van de Leenrechtlijn (richtlijn 92/100/EG), lijkt met die “nieuwe exploitatievormen” niet te worden bedoeld op het door middel van downloaden ter beschikking stellen van een werk, maar op het uitlenen en verhuren van fysieke gegevensdragers met muziek en films. Overweging 10 van de richtlijn biedt ook geen duidelijkheid. Het somt een aantal vormen van ter beschikking stellen op die niet zijn te beschouwen als “uitlening” in de zin van de richtlijn. Het voor een beperkte tijd op afstand door middel van downloaden ter beschikking stellen van een digitaal document wordt daarbij niet genoemd. Daar staat tegenover dat ook geen van de overwegingen duidelijk maakt dat e-lending *wel* onder “uitlening” kan vallen.

4.14. Aan de totstandkomingsgeschiedenis van de Leenrechtlijn zijn zowel argumenten vóór als tégen het aanmerken van e-lending als uitlenen in de zin van die richtlijn te ontleen. De toelichting op het oorspronkelijke voorstel voor de richtlijn sloot “the making available [...] by way of electronic data transmission (downloading)” uitdrukkelijk uit van de reikwijdte van de richtlijn (Proposal for a council directive on rental right, lending right, and on certain rights related to copyright, COM (90) 586, p. 34-35). In overeenstemming daarmee lijkt de Europese Commissie er in een evaluatie van de Leenrechtlijn in 2002 van uit te gaan dat “new forms of on-line distribution” niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen (Report from the commission to the council, the european parliament and the economic and social committee on the public lending right in the european union, COM(2002) 502 final, p. 12). In een Groenboek is de Europese Commissie er daarentegen van uitgegaan dat “lending rights might well be applicable by extension to digital transmission” en dat het wenselijk zou zijn dit uitdrukkelijk in wetgeving te bevestigen (Copyright and Related Rights in the Information Society, Green Paper COM (95) 382 final, p. 58). Die bevestiging is er nooit gekomen.

4.15. Ten slotte is van belang dat verschillend kan worden gedacht over de vraag of e-lending in het licht van de doelstellingen van de Leenrechtlijn economisch en functioneel gelijkwaardig is aan het uitlenen van een fysiek exemplaar. VOB heeft erop gewezen dat de uitleenexceptie is gecreëerd ter bevordering van, zoals artikel 6 Lrl het formuleert, ‘culturele activiteiten’. Meer concreet lijkt het doel enerzijds het bevorderen van de toegankelijkheid van werken voor een breed publiek en anderzijds het garanderen van een vergoeding voor dat gebruik van hun werk aan de rechthebbenden. Die doelstellingen lijken ook te kunnen worden gediend met toepassing van de uitleenexceptie op e-lending. Daarnaast heeft VOB erop gewezen dat e-lending volgens het *one copy one user* model functioneel gelijkwaardig is aan het uitlenen van een fysiek boek. NUV, LIRA en Pictorights hebben daar onder meer tegen ingebracht dat voor de gebruiker het verschil tussen een ‘gekocht’ en een ‘geleend’ werk kleiner is bij e-books dan bij fysieke boeken. Zo zal een ‘geleend’ e-book altijd dezelfde kwaliteit hebben als een ‘nieuw gekocht’ e-book, omdat reproductie van een e-book mogelijk is zonder kwaliteitsverlies. Een geleend fysiek

boek zal daarentegen doorgaans de sporen van gebruik van eerdere lezers vertonen. Omgekeerd is de meerwaarde van een 'gekocht' e-book ten opzichte van een 'geleend' e-book voor de gebruiker gering omdat die gebruiker in beide gevallen niets fysiek in bezit krijgt. NUV benadrukt dat, in verband met die beperkte verschillen tussen 'gekochte' en 'geleende' e-books, het risico op verstoring van de markt voor de 'koop' van boeken groter is bij e-books dan bij fysieke boeken. Die marktverstoring zal zich volgens NUV niet of minder snel voordoen als e-lending niet onder de uitleenexceptie valt, omdat in dat geval de uitgevers ervoor kunnen zorgen dat er markt blijft voor het 'kopen' van e-books door onder meer prijsvorming en differentiatie van aanbod.

geen acte éclairé

4.16. De vraag of e-lending kan worden aangemerkt als uitlening in de zin van de Leenrechtlijn is naar het oordeel van de rechtbank nog niet beantwoord in de rechtspraak van het Hof. Partijen hebben in dit verband vooral gediscussieerd over de betekenis van het Usedsoft-arrest (HvJ EU 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407). Dat arrest gaat echter niet over e-lending, maar over de verhandeling van softwarelicenties. In het arrest geeft het Hof dan ook geen uitleg aan artikelen uit de Leenrechtlijn, maar duidt het slechts de regels van de Softwarerichtlijn over uitputting en reproducties door een rechtmatige verkrijger (art. 4 lid 2 en 5 lid 1 van richtlijn 2009/24/EG). Of de overwegingen die het Hof in dat kader heeft gegeven relevant zijn voor de in deze zaak voorliggende vraag, is naar het oordeel van de rechtbank niet evident (zie ook hierna r.o. 4.26 e.v.).

4.17. Daarnaast hebben partijen verwezen naar het VEWA-arrest (HvJ EU 30 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:442). Dat arrest gaat wel over de Leenrechtlijn, maar het Hof beantwoordt in dat arrest alleen een vraag over de uitleg van het begrip 'vergoeding' in de zin van artikel 5 lid 1 van (de vorige versie van) die richtlijn (artikel 6 lid 1 van de huidige versie). Gelet daarop lijkt, anders dan NUV heeft aangevoerd, uit het gebruik van de term 'zaken' in de navolgende overweging van het Hof niet de conclusie te kunnen worden getrokken dat de uitleenexceptie slechts betrekking kan hebben op stoffelijke objecten en dus niet op e-books:

'zij benadrukt dat uitlening in artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/100 wordt gedefinieerd als het voor gebruik ter beschikking stellen van zaken voor een beperkte tijd en zonder economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen'

Deze passage heeft namelijk niet ten doel om het object van het uitleenrecht of de uitleenexceptie af te bakenen. Bovendien kan niet worden aangenomen dat het Hof hier de term 'zaken' gebruikt in de specifieke restrictieve betekenis die de term in het Nederlandse civiele recht heeft, te weten 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten' (artikel 3:2 van het Burgerlijk Wetboek), zeker nu de andere taalversies van het arrest neutralere termen gebruiken (in het Frans bijvoorbeeld: '*objets*') of het object geheel weglaten uit de definitie van het leenrecht (bijvoorbeeld in de Engelse tekst).

uitputting vereist?

4.18. VOB veronderstelt dat voor de toepassing van het uitleenrecht en de uitleenexceptie niet alleen is vereist dat er sprake is van een uitlening in de zin van de Leenrechtlijn, maar ook dat het distributierecht ten aanzien van het uitgeleende

materiaal is uitgeput in de zin van artikel 4 lid 2 Arl. Als die aanvullende eis inderdaad zou moeten worden gesteld, moet, om te kunnen beslissen op de gevorderde verklaring voor recht, de vraag worden beantwoord of er sprake is van uitputting wanneer een origineel of kopie door de rechthebbende of met zijn toestemming op afstand aan de bibliotheek ter beschikking is gesteld door middel van downloaden (zie over die vraag hierna r.o. 4.23 e.v.).

4.19. Zoals ook VOB zelf heeft opgemerkt, eist de tekst van artikel 6 lid 1 Lrl niet, althans niet uitdrukkelijk dat de uitleenexceptie alleen kan worden toegepast als het distributierecht met betrekking tot het uitgeleende materiaal is uitgeput. Het artikel bepaalt in algemene zin dat de lidstaten ten aanzien van openbare uitlening kunnen afwijken van het uitleenrecht, mits de auteurs een vergoeding krijgen. Ook de tekst van de artikelen 1 lid 1 en 2 lid 1 sub b Lrl, die het uitleenrecht definiëren waarop de uitleenexceptie een beperking vormt, stellen de genoemde eis niet, althans niet uitdrukkelijk.

4.20. Daar komt bij dat niet valt in te zien waarom de toepassing van het uitleenrecht en/of de uitleenexceptie afhankelijk zou moeten zijn van de omstandigheid dat de rechthebbende zich niet meer kan verzetten tegen (andere) distributiehandelingen. Integendeel, er zijn goede redenen de toepassing van het uitleenrecht en de uitleenexceptie daarvan *niet* afhankelijk te maken. De koppeling van het uitleenrecht en de uitleenexceptie aan uitputting heeft immers de schijnbaar ongerijmde consequentie dat de maker geen exclusief uitleenrecht en geen aanspraak op de leenrechtvergoeding toekomt met betrekking tot exemplaren die zonder zijn toestemming in de Gemeenschap in het verkeer zijn gebracht.

4.21. Het argument van VOB dat de eis van uitputting wel moet worden gesteld omdat anders ook illegaal gekopieerde exemplaren op grond van de uitleenexceptie uitgeleend zouden mogen worden, lijkt geen hout te snijden. Gelet op de doelstelling van de Leenrechtlijn om piraterij te bestrijden (zie overweging 2 Lrl) moet wellicht de eis worden gesteld dat het uitgeleende exemplaar is verkregen uit legale bron (vgl. over de thuiskopie-exceptie HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:254, ACI/Thuiskopie). Voor de verdergaande eis dat het materiaal door eigendomsoverdracht in de zin van artikel 4 lid 2 ARI is verkregen, lijkt dit argument geen grond te bieden.

4.22. Niettemin zal de rechtbank ook een prejudiciële vraag stellen over dit onderwerp. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 15c Aw, dat artikel 6 Lrl implementeert, namelijk de voorwaarde opgenomen dat het moet gaan om een “exemplaar van het werk of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht”. Eenzelfde voorwaarde staat in de omschrijving van het uitleenrecht in artikel 12 lid 1 sub 3° Aw. De bewoordingen van die voorwaarde suggereren dat het uitleenrecht en de uitleenexceptie alleen van toepassing kunnen zijn op originelen of kopieën ten aanzien waarvan het distributierecht is uitgeput. Kennelijk heeft de Nederlandse wetgever dus reden gezien om deze eis te lezen in de Leenrechtlijn. Gelet daarop moet worden aangenomen dat de uitleg van de Leenrechtlijn op dit punt niet evident is. De uitleg volgt naar het oordeel van de rechtbank ook niet, althans niet rechtstreeks uit de bestaande rechtspraak van het Hof.

uitputting?

4.23. Als het uitleenrecht en/of de uitleenexceptie alleen van toepassing zijn op materiaal ten aanzien waarvan het distributierecht is uitgeput, dringt de vraag zich op of het op afstand door middel van downloaden voor onbepaalde tijd ter beschikking stellen van een e-book door de rechthebbende of met zijn toestemming kan worden aangemerkt als een eigendomsoverdracht in de zin van artikel 4 lid 2 Arl. Ook het antwoord op deze vraag is niet evident en nog niet (rechtstreeks) aan de orde gekomen in de rechtspraak van het Hof.

4.24. Het gebruik van de term ‘eigendomsovergang’ in artikel 4 lid 2 Arl lijkt te suggereren dat bij downloaden geen sprake kan zijn van uitputting. Bij downloaden krijgt de bibliotheek namelijk geen eigendomsrecht op het e-book, maar slechts een contractueel gebruiksrecht. Deze uitleg wordt bevestigd door de hierna geciteerde overweging 29 van de Auteursrechtlijn:

Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. Dit geldt eveneens voor een materiële kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd. 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-linedienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.

Hieruit lijkt te volgen dat de wetgever het online ter beschikking stellen van een werk beschouwt als een dienst die niet leidt tot uitputting, ook niet ten aanzien van de kopie die de gebruiker van de dienst maakt.

4.25. Die uitleg wordt ook bevestigd door het gegeven dat het door middel van downloaden ter beschikking stellen van een werk letterlijk valt onder de definitie van het recht op mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 Arl, te weten “beschikbaarstelling van [...] werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn”. Een dergelijke mededeling aan het publiek leidt op grond van artikel 3 lid 3 Arl niet tot uitputting, althans niet tot uitputting van het recht op mededeling aan het publiek. Daarnaast lijkt uit de definitie van het distributierecht te volgen dat het distributierecht geen betrekking heeft op onstoffelijke objecten zoals een e-book. Overweging 28 Arl bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat de bescherming van het auteursrecht uit hoofde van de Auteursrechtlijn het distributierecht omvat “wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd”. Als het distributierecht nooit van toepassing is op een e-book, ligt het niet voor de hand om aan te nemen dat uitputting van dat recht wel van toepassing zou kunnen zijn op een e-book.

4.26. Daar staat tegenover dat het Hof in het UsedSoft-arrest in het kader van de uitleg van de Softwarerichtlijn (richtlijn 2009/24/EG) heeft overwogen dat er sprake is van overdracht van de eigendom van een kopie van een computerprogramma als die kopie voor downloaden ter beschikking is gesteld door de rechthebbende in combinatie met een licentieovereenkomst waarin de gebruiker een onbepaald gebruiksrecht krijgt (HvJ EU 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407, r.o. 44-47). Daarnaast heeft het Hof in dat arrest overwogen

dat verkoop van een computerprogramma op een cd-rom of dvd in economisch en functioneel opzicht gelijkwaardig is aan het voor downloaden ter beschikking stellen van een computerprogramma. Volgens het Hof eist het beginsel van gelijke behandeling daarom uitputting ook te laten intreden ten aanzien van de laatstgenoemde vorm van verspreiding van het programma (idem, r.o. 61). Bovendien heeft het Hof opgemerkt dat het niet toepassen van het uitputtingsbeginsel op dergelijke kopieën zou meebrengen dat de rechthebbende bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kan vragen, hoewel de rechthebbende al bij de eerste verkoop een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. Daarom zou het niet toepassen van het uitputtingsbeginsel volgens het Hof verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van het betreffende recht (idem, r.o. 63).

4.27. De hiervoor genoemde overwegingen lijken ook relevant voor de uitleg van het uitputtingsbegrip in de zin van artikel 4 lid 2 Arl. Het Hof lijkt dat in het UsedSoft-arrest echter in het midden te hebben willen laten. Het Hof overweegt immers uitdrukkelijk dat de Softwarerichtlijn een *lex specialis* vormt ten opzichte van de Auteursrechtlijn en dat de Uniewetgever in de concrete context van de Softwarerichtlijn een specifieke wil tot uitdrukking heeft gebracht die kan leiden tot een uitleg van het uitputtingsbegrip die mogelijk afwijkt van de betekenis van het uitputtingsbegrip in de context van de Auteursrechtlijn (idem, r.o. 51, 56 en 60).

4.28. Ook de vraag of het door de rechthebbende of met zijn toestemming ter beschikking stellen van een e-book voor onbeperkte tijd door middel van het op afstand laten downloaden ervan, aangemerkt kan worden als een eerste verkoop of andere eigendomsovergang in de zin van artikel 4 lid 2 Arl, behoeft derhalve beantwoording in het geval de daaraan voorafgaande vragen bevestigend moeten worden beantwoord. De rechtbank zal daarom ook die vraag (voorwaardelijk) aan het Hof voorleggen.

reproductie door de gebruiker

4.29. Ter zitting is de vraag opgekomen op welke grond een lid van een bibliotheek gerechtigd is tot het maken van de kopie van het e-book tijdens het downloaden van het e-book van de server van de bibliotheek. De rechtbank is met VOB van oordeel dat, in de situatie dat de bibliotheek gerechtigd is tot e-lending, die kopie valt onder de *thuiskopie-exceptie* in de zin van artikel 5 lid 1 sub b Arl en artikel 16c Aw. Mede gelet op het feit dat de toepassing van deze exceptie niet is bestreden door Stichting Leenrecht, LIRA, Pictoright of NUV, gaat de rechtbank ervan uit dat die uitleg zodanig evident is dat prejudiciële vragen daarover niet nodig zijn.

prejudiciële vragen

4.30. Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof:

1. Dienen de artikelen 1 lid 1, 2 lid 1 sub b en 6 lid 1 Lrl aldus te worden uitgelegd dat onder "uitlening" als daar bedoeld mede is te verstaan het voor gebruik ter beschikking stellen
 - voor een beperkte tijd
 - zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel

- op afstand
- door middel van downloaden
- op basis van een *one user once copy* model
- via voor het publiek toegankelijke instellingen

van een kopie in digitale vorm van auteursrechtelijk beschermde romans, verhalenbundels, biografieën, reisverslagen, kinderboeken en jeugdliteratuur?

2. Als vraag 1. bevestigend moet worden beantwoord, geldt voor de toepassing van de uitleenexceptie in de zin van artikel 6 Lrl de eis dat het door de instelling uitgeleende exemplaar van het werk in het verkeer is gebracht door een eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat exemplaar in de Unie door de rechthebbende of met zijn toestemming in de zin van artikel 4 lid 2 Arl?
3. Als vraag 2. ontkennend moet worden beantwoord, stelt artikel 6 Lrl andere eisen aan de herkomst van het uitgeleende exemplaar, zoals bijvoorbeeld de eis dat het uitgeleende exemplaar is verkregen uit legale bron?
4. Als vraag 2. bevestigend moet worden beantwoord, dient artikel 4 lid 2 Arl aldus te worden uitgelegd dat onder de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van materiaal als daar bedoeld mede wordt verstaan het op afstand door middel van downloaden voor gebruik voor onbepaalde tijd ter beschikking stellen van een digitale kopie van auteursrechtelijk beschermde romans, verhalenbundels, biografieën, reisverslagen, kinderboeken en jeugdliteratuur?

4.31. De zaak zal naar de rol worden verwezen om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de formulering van deze vragen.

in de zaak van NUV tegen VOB

4.32. De vordering van NUV tegen VOB moet worden afgewezen bij gebrek aan belang. NUV wil een verklaring voor recht dat de online terbeschikkingstelling van werken “in beginsel is onderworpen aan toestemming van de rechthebbende”. VOB heeft terecht aangevoerd dat deze verklaring in zulke algemene termen is geformuleerd dat daarover geen verschil van mening kan bestaan en ook niet bestaat. Het geschil tussen partijen richt zich op de uitleg van een specifieke uitzondering op het in de verklaring bedoelde beginsel, te weten de uitleenexceptie en, in verband daarmee, op uitputting van digitale werken. De door NUV gevorderde verklaring kan dat geschil niet beslechten. Een ander belang bij de gevorderde verklaring is gesteld noch gebleken.

4.33. De ter zitting door NUV gegeven toelichting dat zij met “in beginsel” bedoelt: “behoudens de wettelijke beperkingen”, kan niet leiden tot een ander oordeel. Ook daarvoor geldt dat deze verklaring in zulke algemene termen is geformuleerd dat daarover geen verschil van mening kan bestaan en ook niet bestaat.

4.34. Om proceseconomische redenen zal de beslissing op de vorderingen van NUV pas bij eindvonnis worden gegeven.

in de zaak van LIRA en Pictoright tegen VOB

4.35. Voor de beantwoording van de vraag of LIRA en Pictoright belang hebben bij hun als eerste gevorderde verklaring voor recht over, kort gezegd, online uitputting is doorslaggevend of online uitputting een vereiste is voor toepassing van de uitleenexceptie in de zin van artikelen 6 Lrl en 15c Aw. Als dat laatste niet het geval is, zoals LIRA en Pictoright zelf betogen, bestaat er geen geschil met VOB. In verband met het voornemen van de rechtbank een prejudiciële vraag te stellen om duidelijk te krijgen of dat vereiste geldt, dient de beslissing op deze gevorderde verklaring te worden aangehouden.

4.36. De als tweede gevorderde verklaring voor recht over, kort gezegd, de verschuldigheid van een billijke vergoeding door de Koninklijke Bibliotheek en de factoren die moeten worden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van die vergoeding, is ingesteld onder de voorwaarde dat – samengevat – de rechtbank de door VOB voorgestane uitleg van het begrip “uitleening” deelt. Aan die voorwaarde is op dit moment niet voldaan. Voor het geval de voorwaarde later wel intreedt, overweegt de rechtbank dat de gevorderde verklaring alsdan zal worden afgewezen bij gebrek aan belang. Ter zitting is namelijk gebleken dat over de in de verklaring genoemde onderwerpen momenteel geen geschil bestaat tussen partijen. Aanvullende prejudiciële vragen over deze onderwerpen zullen dan ook niet nodig zijn.

5. De beslissing

De rechtbank

in de zaak van VOB tegen Stichting Leenrecht

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 1 oktober 2014 voor een akte van partijen, waaronder mede begrepen de interveniënten, waarbij zij zich kunnen uitlaten over de formulering van de onder 4.30 voorgestelde prejudiciële vragen,

in alle zaken

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. F.M. Bus en mr. M.P.M. Loos en in het openbaar uitgesproken op 3 september 2014.