

mr. M.G. Schrijvers, advocaat
T 0207171902
F 0207171335
marlous.schrijvers@nautadutilh.com
© NautaDutilh N.V.



Amsterdam, 29 januari 2013

TWEEDEHANDS DIGITALE MUZIEK

Oracle/UsedSoft: Koninginnedag op internet?

In de (digitale) nieuwsmedia¹ is recentelijk aangekondigd dat ReDigi, een Amerikaanse *resale* site voor gebruikte (i.e. eerder aangeschafte) digitale muziekbestanden (te vinden op <https://www.redigi.com>), zich aan het voorbereiden is op de lancering van haar service in Europa. De gedachte achter deze marktplaats voor gebruikte digitale liedjes is de volgende:

"[M]ost lawful users of music and books have hundreds of dollars of lawfully obtained things on their computers and right now the value of that is zero dollars."
(quote van ReDigi's CEO op Techdirt)

Volgens Wikipedia² gaat ReDigi als volgt te werk. Door middel van een tool, *the Verification Engine*, wordt de digitale muziekbibliotheek van de gebruiker eerst gescand om vast te stellen welke nummers (*tracks*) allemaal in aanmerking komen voor opslag in ReDigi's cloud om vervolgens eventueel te worden doorverkocht. Eventueel, want de ReDigi cloud kan ook (alleen) gebruikt worden om eigen muziek in op te slaan en daar vervolgens via *streaming* naar te luisteren. Alleen nummers waarvan kan worden vastgesteld dat deze op een rechtmatige manier zijn verworven (op dit moment alleen via iTunes of ReDigi zelf) kunnen meedoen. Muziekbestanden die de gebruiker in de ReDigi cloud opslaat, worden systematisch van diens computer (en alle daaraan gesynchroniseerde apparaten) verwijderd zodat (als het goed is), het bestand in de cloud de enige overgebleven kopie is. De gebruiker blijft 'eigenaar' van de betreffende muziekbestanden, totdat zich een 'koper' meldt en men overeenstemming over de transactie bereikt. (ReDigi krijgt uiteraard een klein bedrag voor elke transactie die op haar site wordt gesloten). Daarna wordt het muziekbestand, en de bijbehorende licentie, van 'verkoper' naar 'koper' overgedragen, waarna de verkoper geen toegang meer heeft tot het muziekbestand in kwestie. ReDigi noemt dit proces de *Atomic Transaction* nu er geen kopieën van het bestand worden gemaakt tijdens de transactie.

De prijs voor een liedje op ReDigi is naar verluidt gemiddeld twee-derde minder dan voor een liedje op iTunes moet worden betaald. De bedoeling van ReDigi is om naast tweedehands muziekbestanden onder meer ook gebruikte e-books aan te gaan bieden.

¹ Zie bijv. [Secondhand MP3 Dealer Redigi Expanding Into Europe... And Tangling With A Whole New Set Of IP Laws | Techdirt](#)

² [ReDigi - Wikipedia, the free encyclopedia](#)

Rechtzaak in Amerika

In Amerika is ReDigi vanwege deze dienst al betrokken in een rechtzaak door de *Recording Industry Association of America* (RIAA) onder leiding van *Capitol Records LLC* (de vertegenwoordiger van onder meer Coldplay, Norah Jones en Katy Perry), omdat het zou gaan om een "*clearinghouse for copyright infringement*".³ Er werd een *injunction* gevorderd, maar deze is door de rechter aldaar (Judge Richard J. Sullivan) vooralsnog afgewezen, onder meer vanwege onzekerheid over de betrokken technische en juridische vraagstukken, zoals de *first-sale doctrine* bij het *copyright*. Blijkbaar achtte de rechter de kans wel aanwezig dat deze vraagstukken in het voordeel van de eisders zouden moeten worden beslist, maar dat is dus nog niet uitgemaakt en weerhoudt ReDigi er kennelijk niet van om de stap naar Europa te wagen.

Zit ReDigi in Europa dan wel veilig? Er valt op zich wel wat voor te zeggen natuurlijk, dat men in staat zou moeten zijn om zijn (rechtmatig verkregen) *tracks* die allang niet meer worden beluisterd tegen een vergoeding van de hand te kunnen doen. Tweedehands CD's kan men immers ook gewoon kwijt (bv. via Bol.com of andere kanalen). Maar werkt het (juridisch gezien) wel net zo met digitale muziekbestanden als met muziek die op een tastbare gegevensdrager, zoals een CD, is aangekocht? Sommige auteurs⁴ lijken van mening dat het antwoord hierop positief is, onder meer vanwege het (redelijk) recente arrest *Oracle/Usedsoft* van het Hof van Justitie (nr. C128/11 van 3 juli 2012).⁵ Ik heb daar echter mijn twijfels bij die ik in deze bijdrage uiteen zal zetten.

Oracle/Usedsoft

Zoals bekend heeft het Hof van Justitie in zijn arrest bepaald dat, kort gezegd, software die digitaal (via een download) ter beschikking is gesteld (onder een eeuwigdurende licentie tegen een *one-off fee* die de economische waarde vertegenwoordigt van de (kopie van de) software) mag worden doorverkocht. Daargelaten de vragen die dit arrest opwerpt over de aan het gebruik van de software verbonden beperkingen (zoals opgenomen in de licentie) en alle overige vraagtekens die kunnen worden geplaatst bij deze economisch-functionele (en daarmee soms wat kunstmatige) benadering van het Hof van Justitie⁶, is het de vraag of dit alles nu ook geldt voor de onlineverkoop van muziekbestanden, films en e-books.

³ [Judge Denies Initial Effort To Shut Down 'Used' Digital Music Seller ReDigi - Hollywood Reporter](#)

⁴ Zie Oliver Neil op Lexology: [iTunes soon to be challenged by ReDigi's second-hand digital marketplace - Lexology](#), Eleonora Rosati op de blog van de IPKat: [ReDigi to launch in Europe: what's the legal regulation of second-hand digital files?](#) en, zij het ook met twijfel, Anke Verhoeven op IE-Forum: [Maakt het doorverkoop van muziekbestanden inbreuk op auteursrechten? - IE-Forum.nl](#).

⁵ [www.newsletter-nautadutilh.com: resale of software licences now allowed](#).

⁶ Zoals de kwestie van contractsovername (met toestemming wederpartij), nu de 'verkoper' feitelijk slechts een licentie heeft gekregen

Ik denk van niet. De hoofdregel is immers nog steeds als neergelegd in de Auteursrecht-richtlijn.⁷ Daarin valt te lezen, in art. 4 lid 2, dat

"Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang *van dat materiaal* in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming".

Volgens overweging 28 van de preambule bij de Auteursrecht-richtlijn heeft het distributierecht betrekking op *een tastbare zaak*, en leidt de eerste verkoop van het origineel van een werk of van kopieën daarvan tot uitputting van het recht om zeggenschap uit te oefenen over de wederverkoop van *die zaak*. Overweging 29 stelt vervolgens dat er geen sprake is van uitputting in het kader van diensten, *in het bijzonder onlinediensten*, en dat geldt ook voor de *materiële* kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van zo'n dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt gemaakt. De beschikbaarstelling van (kopieën van) auteursrechtelijk beschermde werken *op internet* wordt volgens art. 3 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn gezien als het uitsluitend recht op 'mededeling aan het publiek'. Dit betreft dus géén distributie en deze wijze van terbeschikkingstelling is niet vatbaar voor uitputting, zoals expliciet vermeld in art. 3 lid 3 van de Auteursrecht-richtlijn. De hoofdregel is dus dat de rechthebbende in principe de doorverkoop van de online ter beschikking gestelde werken gewoon kan verbieden.

Voor software is de uitputtingsregel echter specifiek verwoord in art. 4 lid 2 van de Softwarerichtlijn.⁸ Dat artikel luidt:

"De eerste verkoop in de EU van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van die kopie in de EU, met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan".

De Softwarerichtlijn, die heeft te gelden als een *lex specialis* ten opzichte van de Auteursrecht-richtlijn, bevat geen regel inzake online terbeschikkingstelling die te vergelijken is met art. 3 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn (het uitsluitend recht op 'mededeling aan het publiek'). De uitputtingsregel van art. 4 lid 2 Softwarerichtlijn verwijst voorts ook niet expliciet naar een materiële drager⁹, zoals het geval is bij de Auteursrecht-richtlijn. Artikel

⁷ Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

⁸ Richtlijn 2009/24/EG van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (vervanger van Richtlijn 91/250/EEG)

⁹ De Softwarerichtlijn spreekt enkel over het distributierecht van *het oorspronkelijke programma of kopieën*

1, lid 2 van de Softwarerichtlijn zegt dat "[d]e bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma". Overweging 7 van de preambule van de Softwarerichtlijn preciseert dat die 'computerprogramma's' (waarvan zij de bescherming dient te verzekeren) "alle programma's in gelijk welke vorm omvatten, met inbegrip van programma's die in de apparatuur zijn ingebouwd". Dit was voor het Hof van Justitie (mede) redengevend om te overwegen dat de uitputtingsregel geldt voor zowel de verkoop van materiële als voor immateriële kopieën van een computerprogramma (rov. 55-58). Het Hof voegt daar nog aan toe (in rov. 61) 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 volgens het Hof functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiële drager. De uitputtingsregel geldt dus ongeacht of de verkoop betrekking heeft op een materiële of immateriële kopie van dat programma.

De stelling dat software natuurlijk als auteursrechtelijk beschermd werk ook onder de *lex generalis* (Auteursrechtlijn) valt, en het 'mededelingsrecht' dus ook op de online ter beschikking gestelde software van toepassing zou zijn,¹⁰ is door het Hof van Justitie verworpen. Het Hof overweegt dat er weliswaar sprake kan zijn van mededeling aan het publiek wanneer software via het internet ter beschikking wordt gesteld, maar als er sprake is van een 'verkoop' van de software (op basis van de eerdergenoemde parameters) doet het mededelingsrecht geen afbreuk aan de uitputtingsregel van de *lex specialis* als neergelegd in de Softwarerichtlijn. De 'overdracht van het eigendomsrecht' op een kopie van de software leidt ertoe dat een handeling van mededeling aan het publiek *gewijzigd wordt* in een handeling van distributie, en daarmee het recht van distributie dus wordt uitgeput (rov. 52).

Er gaan stemmen op dat deze uitleg van het Hof van Justitie in strijd is met de WIPO Copyright Treaty.^{11 12} De reden hiervoor is dat de WCT expliciet zegt dat er alleen uitputting geldt voor het recht op eerste distributie van fysieke *tangible* exemplaren (uit art. 6 WCT) en juist niet voor het recht op de eerste mededeling van digitale *intangible* bestanden (uit art. 8 WCT). Het kan dan niet zo zijn dat het enkele feit dat de Softwarerichtlijn dit mededelingsrecht niet meer expliciet noemt, er 'dus' toe leidt dat dit recht, waarvan de EU kennelijk zelfs sponsor was bij het opstellen van de WCT en dat de EU ook heeft geratificeerd door middel van de Auteursrechtlijn, op de een of andere manier zou worden opgeslokt in het distributierecht, enkel en alleen zodat de uitputtingsregel kan

daarvan (art. 4 lid 1 c) en uitputting wordt omschreven als het "verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van *die kopie*"

¹⁰ Zoals bijvoorbeeld voorgestaan door de Europese Commissie in de zaak *Oracle/Usedsoft*, zie rov. 50

¹¹ Verdrag van de Wereldhandelsorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT); Genève, 20 december 1996

¹² Zie bijv. Ken Moon op Lexology: [Europe in breach of international copyright treaty - Lexology](#)

worden toegepast. Omdat de WCT nu juist géén recht verleent aan de licentienemers om de gelicentieerde digitale software te hercommuniceren (*re-communicate*), maar hooguit een recht om fysieke exemplaren door te verkopen (als al sprake zou zijn van koop) waarvan in *Oracle/Usedsoft* nu juist geen sprake was, zou het EU-recht door de uitspraak van het Hof van Justitie nu in strijd zijn met de WCT: art. 8 van de WCT staat het immers, in tegenstelling tot art. 6 WCT voor het distributierecht, niet apart toe dat lidstaten een regeling maken die het exclusieve recht op mededeling van beschermde werken (bv. via internet) uitput.

Wat daar ook van zij, muziek, films en e-books die digitaal ter beschikking worden gesteld, worden over het algemeen niet beschouwd als software (computerprogramma's), maar als data. Daarom is denk ik niet de *lex specialis*, maar de *lex generalis* op dat soort bestanden van toepassing. Nu de Auteursrechtlijn duidelijk verwijst naar de verkoop van een tastbare zaak, lijkt de regel van *Oracle/Usedsoft* niet te gelden voor de doorverkoop van online muziekbestanden e.d. zoals beoogd door ReDigi. Ondanks dat ook bij de online verkoop van e-books en music files waarschijnlijk wel sprake kan zijn van een 'eigendomsoverdracht' op de kopie, kan dit m.i. niet tot gevolg hebben dat het recht van 'mededeling aan het publiek', dat niet vatbaar is voor uitputting, ook eenvoudig gewijzigd zou worden in een 'distributie', waarvoor uitputting wel mogelijk is. Het onderscheid tussen software enerzijds en muziek- en filmbestanden als data anderzijds is wellicht wel wat problematisch. Zoals een kantoorgenoot het omschreef: het zijn allemaal nullen en enen en software betreft bovendien vaak zelfs meer en waardevollere nullen en enen. Waarom zou de uitputtingsregel dan wel voor software moeten gelden en niet voor de laatste soort bestanden; vanuit technisch, en wellicht ook economisch perspectief valt dat eigenlijk niet helemaal te verklaren en dat is wellicht ook wel de reden dat het Hof van Justitie de deur ook wel een (klein) beetje op een kier lijkt te hebben gezet. Dat blijkt uit het volgende.

Deur op een kier?

Het Hof van Justitie *lijkt* te bevestigen in rov. 60 van zijn arrest dat de uitputtingsregel voor software niet algemeen geldt voor alle auteursrechtelijk beschermde werken. Het Hof zegt in die overweging immers duidelijk dat de Europese wetgever in de context van de Softwarerichtlijn *een andere wil* tot uitdrukking heeft gebracht en de (beperkte) uitputtingsregel in de Auteursrechtlijn de uitputtingsregel van de Softwarerichtlijn dus niet kan beïnvloeden. Ik zeg bewust 'lijkt' omdat het Hof in die overweging ook zegt: "**Zo** uit artikel 4, lid 2 [Auteursrechtlijn] [...] echter **al mocht volgen** dat voor de onder die richtlijn vallende werken de uitputting van het distributierecht enkel geldt voor *tastbare* zaken [...]". Het Hof laat dus kennelijk wel de deur op een kier voor een interpretatie van de uitputtingsregel in de Auteursrechtlijn als óók betrekking hebbend op *immateriële* zaken. Hoe dat valt te rijmen met de tekst van art. 3 lid 1 en art. 4 lid 2 van de Auteursrechtlijn en de toch vrij duidelijke overwegingen 28 en 29 bij die richtlijn vraag ik me echter af.

Het zou best kunnen dat het Hof ruimte heeft willen laten om ook met betrekking tot online muziek, films en e-book een zelfde economisch-functionele benadering te kiezen. Ook hierbij kan immers door de bank genomen wel gezegd worden dat de verkoop van muziek op CD of van een film op DVD en de verkoop van die muziek of film door download van internet vergelijkbaar zijn. De overdracht online is dan ook functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiële drager (even afgezien van het meegeleverde boekje met songtekst en fotomateriaal, maar die zijn in beginsel ook wel digitaal verkrijgbaar). Een dergelijke benadering zou ook kunnen worden afgeleid uit het feit dat het Hof de overweging - dat de 'handeling bestaande in een mededeling aan het publiek' door eigendomsoverdracht een 'distributiehandeling' is geworden - maakt ten aanzien van de artikelen 3 en 4 van de *Auteursrechtlijn* in het algemeen en niet specifiek met betrekking tot de *Softwarerichtlijn*.¹³ Dat zou betekenen dat ook de online verkoop (met genoemde parameters) van een liedje er toe zou leiden dat de mededeling aan het publiek van dat liedje wijzigt in de distributie van dat liedje, met uitputting tot gevolg. Hoe dat dan weer valt te rijmen met de toch vrij duidelijke tekst van art. 3 lid 3 *Auteursrechtlijn* (geen uitputting m.b.t. het online mededelingsrecht) en de WCT is opnieuw de vraag.

De ratio van *Oracle/Usedsoft* lijkt vooral te zijn het voorkomen van een beperking van de wederverkoop die verder gaat dan noodzakelijk voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom (rov. 63); de houder van het auteursrecht zou immers de wederverkoop van kopieën die van internet zijn gedownload kunnen controleren en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen terwijl hij al bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. En dat mag niet van het Hof. Het zou kunnen dat het Hof deze ratio ook van belang acht bij de online terbeschikkingstelling van muziek, films en e-books. Gelet op het voorgaande ben ik echter benieuwd hoe het Hof een dergelijke interpretatie zal gaan recht breien.

Totdat het hoge woord er uit is lijkt voor nu toch de conclusie te moeten zijn, onder meer gelet op de veelvuldige verwijzing door het Hof naar de *Softwarerichtlijn* als *lex specialis* en de erkenning dat de wetgever ten aanzien van software kennelijk een andere wil tot uiting heeft willen brengen, dat de regel inzake online *software* een uitzondering is en niet kan worden gezien als algemene regel die mede van toepassing zou zijn op *alle* online ter beschikking gestelde werken.¹⁴ Op welke gronden dat onderscheid (tussen de verschillende types online ter beschikking gestelde werken) precies zou moeten worden gemaakt blijft echter vooralsnog onduidelijk en wellicht zelfs problematisch.

¹³ Zoals ook gesignaleerd door Anke Verhoeven in haar bijdrage in de derde link supra noot 4

¹⁴ In dezelfde zin: S. Van Camp, 'Het doorverkopen van gedownloade software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie', *Computerrecht* 2012/183

Praktisch

Ook op praktisch vlak roept de werkwijze van ReDigi wel wat vragen op. Zoals ook bekend heeft het Hof van Justitie in *Oracle/Usedsoft* wel gezegd dat de softwaredistributeur gebruik mag maken van alle middelen, ook technische beschermingsmiddelen¹⁵, om te verzekeren dat het eigen exemplaar van de software van de verkoper onbruikbaar wordt gemaakt. Ook met betrekking tot muziekbestanden werd wel gebruik gemaakt van *digital rights management* (DRM) en andere systemen ter bescherming van het auteursrecht, die echter tot op heden vooral tot bezwaren onder gebruikers heeft geleid. Het is de vraag hoe het model van ReDigi zich verhoudt ten opzichte van bijv. het DRM systeem van iTunes en hoe men een eventuele omzeiling (of schending) daarvan (als die al plaatsvindt) moet kwalificeren. Daarnaast is ook al de vraag gesteld, of en zo ja, hoe ReDigi's model voor de handel in tweedehands digitale muziek zal werken ten opzichte van bepaalde doorlopende services van iTunes, bijvoorbeeld haar *cloud based streaming service* 'iTunes Match' (welke dienst wellicht sowieso niet valt onder de *Oracle/Usedsoft* regel).¹⁶ Verder blijft het natuurlijk maar afwachten of iedereen wel 'eerlijk' om zal gaan met de dienst van ReDigi daar waar het bijv. gaat om de eis dat alle bestanden moeten worden verwijderd van de harde schijf en alle daaraan gesynchroniseerde apparaten. Het lijkt op het eerste gezicht niet al te ingewikkeld om de controle van ReDigi te omzeilen en toch stiekem kopietjes achter te houden op niet aangesloten of gesynchroniseerde dragers. Het probleem met de beschikbaarstelling van digitale muziekbestanden blijft nu eenmaal dat de kans op misbruik, doordat het gemakkelijk veelvuldig kan worden gedownload en gedeeld, groter is dan bij de doorverkoop van een enkele CD. Maar of dat voor het Hof van Justitie - nogal principieel te paard in deze kwesties - een reden is om de doorverkoop van dit soort rechtmatig verkregen bestanden tegen te houden waag ik te betwijfelen.

Conclusie

Kortom, genoeg stof tot nadenken. Mijn eerste inschatting is dat ReDigi zich niet zo comfortabel kan voelen als sommige andere juristen wel menen. In een steeds wijzigend downloadlandschap met een bijbehorende andere kijk op (de exploitatie van) auteursrechten in het algemeen, en digitale muziek, films en e-books in het bijzonder¹⁷ is het laatste woord hier vast nog niet over gezegd. Wellicht is het mededelingsrecht zoals verwoord in de Auteursrechtrichtlijn wel enigszins achterhaald daar waar het dit specifieke geval betreft? Wie zal het zeggen. Wat mij betreft is het zeker de moeite waard om deze ontwikkeling nauwlettend te volgen, al is het maar omdat ik nog steeds de hoop koester ooit nog iemand blij te kunnen maken met diverse MB's aan (rechtmatig verkregen) jeugdherinneringen op een digitale Koninginnedag (of vanaf 2014, Koningsdag)...

¹⁵ Denk bijv. aan activeringscodes, registratietechnieken, product keys die software in werking stellen of het gebruik ervan onmogelijk maken na het verlopen van een beperkte gebruiksduur

¹⁶ Zie Oliver Neil op Lexology, supra noot 4

¹⁷ Denk alleen al aan alle felle discussies die woeden over het nut versus de schade van *file sharing*