

Noot J.M.B. Seignette bij [HvJ EU 16 november 2016](#), [ECLI:EU:C:2016:878](#), gepubliceerd in: [IER 2017/65](#)

Google begon in 2002 met het digitaliseren van miljoenen bibliotheekboeken. De Authors Guild en Association of American Publishers dagvaardden Google daarop. In 2008 kwamen partijen een Settlement overeen waarmee Google in ruil voor een vergoeding boeken zou kunnen scannen en tegen betaling ter beschikking stellen. Auteurs en uitgevers zouden in de opbrengsten delen. Auteurs die niet mee wilden doen moesten voor een bepaalde datum opt outen. Veel bekende en minder bekende auteurs hebben dit gedaan. In 2011 oordeelde de rechter dat de Settlement in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, onder meer omdat het Google een de facto monopolie zou geven. Ook vond de rechter dat het niet met het doel van het auteursrecht strookt "to place the onus on copyright owners to come forward to protect their rights when Google copied their works without first seeking their permission." [1] Auteurs wiens boeken pas in de toekomst ingescand gaan worden, zouden mogelijk ook niet weten dat ze moeten opt outen. Veel van deze bezwaren zouden aldus de rechter kunnen worden weggenomen door er een opt in regeling van te maken. De rechter oordeelde daarnaast dat publicatie van gedeelten van boeken (snippets) in het kader van een zoekfunctionaliteit fair use is.

Google is door deze beslissing niet in één klap de grootste boekwinkel van de wereld geworden, maar exploiteert wel een zoekfunctionaliteit waarmee men van miljoenen boeken iedere pagina naar boven kan halen. Veel uitgevers werken hieraan mee in ruil voor de mogelijkheid om op de resultatenpagina te adverteren. Auteurs staan buiten deze dynamiek. Als de auteur een opt out mogelijkheid en vergoedingsaanspraak wil hebben zoals onder de Settlement, zal hij dat via zijn uitgever moeten regelen.

Als voordeel van de Google Books Settlement werd destijds vooral gewezen op de beschikbaarheid van boeken die niet meer in de handel verkrijgbaar zijn (*out of commerce works*). De Europese Commissie kwam in 2011 met een Aanbeveling aan de lidstaten om collectieve regelingen voor out of commerce works te bevorderen.[2] In het voorstel voor de DSM richtlijn van 14 september 2016 gaat de Europese Commissie verder: de lidstaten moeten er voor zorgen dat als een cbo licentie verleent aan culturele erfgoedinstellingen voor het gebruik van out of commerce works, deze licentie mede kan zien op niet aangesloten rechthebbenden (*extended collective license*).[3] Het richtlijnvoorstel stelt hieraan drie voorwaarden: de cbo moet in ruime mate representatief zijn, alle rechthebbenden moeten gelijk behandeld worden en de rechthebbenden moeten kunnen opt outen.

In Frankrijk is de Bibliothèque Nationale belast met het digitaliseren van out of commerce boeken en het online ter beschikking stellen daarvan als onderdeel van de databank ReLIRE. De Franse Wet op de Intellectuele Eigendom is in 2012 voor dit doel aangepast. Artikel L. 134 bepaalt dat een door de overheid erkende cbo de rechten op de boeken in de databank kan uitoefenen vanaf zes maanden nadat deze in de databank zijn opgenomen. Gedurende deze zes maanden kunnen de auteur en uitgever opt outen. Gebeurt dit niet, dan doet de cbo een voorstel aan de uitgever voor een exclusieve licentie. Gaat de uitgever daar niet op in, dan kan de cbo de rechten zelf uitoefenen. De vergoedingen moeten gelijkelijk onder de auteur en uitgever verdeeld worden. De auteur en uitgever kunnen na de periode van zes maanden gezamenlijk opt outen. Als de auteur aantoont dat hij de enige rechthebbende is, kan hij zelfstandig opt outen. In 2013 vochten literaire auteurs Marc Soulier en Sara Doke deze regeling aan. De zaak leidde tot prejudiciële vragen over de opt out constructie. Het Hof van Justitie benadrukt het uitsluitende karakter van het auteursrecht. Het gebruik als voorzien in de Franse regeling valt niet onder de uitsluitende lijst van beperkingen van artikel 5 van de Auteursrecht richtlijn, zodat de vraag is of de uitsluitende rechten van reproductie en mededeling aan het publiek zich tegen de regeling verzetten.

Het Hof overweegt dat deze uitsluitende rechten een ruime beschermingsomvang hebben. Uit de Berner Conventie volgt dat die bescherming zowel ziet op het genot als op de uitoefening van de rechten. De rechten zijn verder preventief van aard, wat meebrengt dat ieder gebruik zonder voorafgaande toestemming van de auteur een inbreuk op diens rechten vormt (r.o. 29-34). Het Hof steekt hiermee principieel in en loopt daarbij meteen op tegen zijn eerdere rechtspraak. In *Svensson* overwoog het Hof dat een auteur die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud toestemming geeft voor publicatie van zijn artikelen op de website van een krantenuitgever, zonder verder gebruik te maken van technische middelen die de toegang tot deze werken vanaf andere websites beperken, in wezen kon worden geacht toestemming te hebben verleend voor de mededeling van deze werken aan alle internetgebruikers.[4] Het uitsluitende recht werd zo vrij gemakkelijk

weggeredeneerd. In het onderhavige arrest pakt het Hof daar wat van terug: toestemming kan op zich impliciet worden gegeven, maar de voorwaarden waarin impliciete toestemming kan worden aangenomen moeten strikt worden gedefinieerd om de omvang van het beginsel van voorafgaande toestemming van de auteur op zich niet in te perken (r.o. 37). In het kader van een opt out regeling betekent dit dat de regeling erin moet voorzien dat de auteurs daadwerkelijk in kennis worden gesteld van het voorgenomen gebruik en de mogelijkheid voor opt out. Gebeurt dit niet, dan "kan hij hierover geen standpunt innemen en het derhalve in het voorkomende geval verbieden, zodat het louter hypothetisch blijft of hij hiervoor inderdaad impliciet toestemming heeft gegeven." (r.o. 39). Het Hof oordeelt dat de Franse opt out regeling niet voldoet, omdat de auteurs niet daadwerkelijk en persoonlijk in kennis worden gesteld. Het kan zijn dat een auteur van niets weet en dus ook niet heeft kunnen beslissen of hij het wel of niet met de regeling eens is. Hier kan geen impliciete toestemming worden aangenomen. Dit geldt temeer nu het om "vergeten" boeken gaat en men dus niet zo maar mag aannemen dat de auteur wel voor digitale "wederopstanding" van zijn werk zal zijn. Het culturele doel van de regeling vormt geen reden om af te wijken van de bescherming die de auteur onder de Uniewetgeving geniet omdat de Uniewetgeving niet in zo een afwijking voorziet (r.o. 41-45).

Vervolgens gaat het Hof in op de mogelijkheden die de auteur heeft om na de eerste periode van zes maanden te opt outen. Dit kan volgens de Franse wet alleen samen met de uitgever of als de auteur aantoont dat hij de enige rechthebbende is. Het Hof oordeelt onder verwijzing naar de eerdere uitspraken in *Luksan* en *Hewlett-Packard Belgium* dat deze bepaling in strijd met het Unierecht is. De lidstaten mogen best rechten of voordelen aan derden, zoals uitgevers, toekennen. Dit mag echter geen afbreuk doen aan de rechten van de auteur die door de Auteursrechtlijn als enige originele rechthebbende van de exploitatierechten is aangewezen. Dit betekent dat de auteur die wil opt outen, dit moet kunnen doen zonder afhankelijk te zijn van de instemming van anderen dan diegenen die deze auteur vooraf toestemming heeft verleend voor een dergelijke digitale exploitatie, en dus van de toestemming van de uitgever "die overigens enkel de rechten heeft om dit werk in gedrukte vorm te exploiteren". (r.o. 47-49). Dit laatste roept vragen op. Gaat het Hof ervan uit dat de uitgevers in alle gevallen uitsluitend het recht om het werk in druk uit te geven hebben verkregen en dus niet ook de rechten op toekomstige exploitatievormen? Of bedoelt het Hof in het licht van zijn eerdere overwegingen dat het Unierecht meebrengt dat de auteur alleen toestemming kan geven voor exploitaties waarvan hij kennis heeft op het moment dat hij de toestemming verleent? Wat in ieder geval resoneert is dat de auteur zelfstandig moet kunnen beslissen. De opt out mag niet afhankelijk worden gemaakt van de instemming van de uitgever. Het Hof voegt daar aan toe dat ook niet van de auteur mag worden verlangd dat hij aantoont dat hij de enige rechthebbende is en dat er geen andere rechthebbenden van dat werk zijn, zoals de rechthebbenden van de exploitatie ervan in gedrukte vorm (r.o. 49). Het Hof verwijst hiervoor naar artikel 5 lid 2 Berner Conventie dat bepaalt dat het genot en de uitoefening van de rechten aan geen enkele formaliteit onderworpen is, welke bepaling krachtens artikel 1 lid 4 van het WIPO verdrag inzake het auteursrecht door de Unie moet worden geëerbiedigd (r.o. 50-51).

Het arrest is opmerkelijk omdat het Hof de uitoefening van de exclusieve rechten van reproductie en mededeling aan het publiek expliciet tot het Unierechtelijk domein rekent, althans voor wat betreft de uitoefening door de auteur. De aanzet hiertoe was al zichtbaar in *Luksan* waar het Hof onder verwijzing naar artikel 17 van het Handvest overwoog dat een wettelijk presumptie van overdracht aan de filmproducent is toegestaan, mits de auteur de mogelijkheid behoudt om bij wege van overeenkomst iets anders overeen te komen en aldus als originair rechthebbende vrij kan beschikken over de rechten die hij heeft om zijn belangen te beschermen.[5] Deze mogelijkheid tot vrije beschikking komt in het onderhavige arrest terug. Het Hof benadrukt dat het auteursrecht een verbodsrecht is en dat derhalve voorafgaande toestemming van de auteur nodig is om het werk te kunnen gebruiken. Om hier recht aan te doen, moeten aan een impliciete toestemming strikte voorwaarden worden gesteld. Voor de Franse regeling betekent dit dat iedere auteur daadwerkelijk wordt geïnformeerd over het voorgenomen gebruik en over de opt out mogelijkheid. De auteur moet de opt out bovendien zelfstandig kunnen doen zonder dat hij hoeft aan te tonen dat de uitgever het ermee eens is of dat hij de enige rechthebbende is. Zo bezien relateert het Hof het absolute karakter van het auteursrecht niet zozeer aan een expliciet geuite voorafgaande toestemming, maar aan de mogelijkheid voor de auteur om voorafgaand aan het gebruik geïnformeerd en vrij te kunnen beslissen of hij toestemming geeft. Wordt die mogelijkheid geboden, dan kan het niet gebruik maken van de opt out worden beschouwd als een impliciete toestemming (stilzwijgende opt-in).[6] Daarmee zet het Hof geen definitieve streep door *extended*

collective license systemen en andere wettelijke presumpties, maar onderwerpt deze wel aan strikte voorwaarden.

In het richtlijnvoorstel voor een *extended collective license* voor out of commerce works moet de rechthebbende te allen tijde kunnen opt outen. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat voorafgaand aan de licentieverlening de nodige publiciteitsmaatregelen worden genomen over de werken die men als out of commerce beschouwt, over de licentie en de toepassing ervan op niet-vertegenwoordigde rechthebbenden en over de mogelijkheid van opt out (artikel 7 lid 3 richtlijnvoorstel). Inmiddels ligt er een herzien voorstel van het Estse voorzitterschap,[7] waarin de door het Hof geformuleerde voorwaarden worden uitgewerkt en voor een deel ook weer genuanceerd. Bij grensoverschrijdende *extended collective licences* moet de informatie over de licenties worden gepubliceerd op een online portal die wordt beheerd door de European Intellectual Property Office. Daarnaast moet van geval tot geval worden bekeken of aanvullende publiciteitsmaatregelen nodig zijn om de bekendheid bij rechthebbenden te vergroten, rekening houdend met de aard van de werken, de licentievoorwaarden en de bestaande praktijk in de lidstaten. Als effectieve publiciteitsmaatregelen worden genomen, is het niet nodig om de rechthebbenden informeel te informeren.[8]

Voetnoten

[1] S.D.N.Y. 22 maart 2011 (05 Civ. 8136).

[2] Aanbeveling van de Commissie van 27 oktober 2011 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring (2011/711/EU).

[3] Artikel 7 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale een gemaakte markt, COM(2016) 593 final.

[4] HvJ 13 november 2014, C-466/12, IER 2014/59, m.nt. J.M.B. Seignette, r.o. 26.

[5] HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, IER 2012/51, m.nt. J.M.B. Seignette, r.o. 80-81.

[6] Kritisch L. Guibault in haar noot onder het arrest, AMI 2017/2, p. 93: "... het loutere feit dat auteurs zich daartegen niet hebben verzet kan niet worden gezien als de uitdrukking van hun impliciete – laat staan expliciete – toestemming voor de digitale exploitatie van hun boeken."

[7] Recitals 22-28, Articles 7, 8, 8a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal Brussels, 30 October 2017, 13842/17.

[8] Recital 28, Articles 7, 8a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal Brussels, 30 October 2017, 13842/17. Daarnaast worden de mogelijkheden voor *extended collective licensing* voor andere exploitatievormen verruimd. Zie Revised Presidency compromise proposal on Article 9a and relevant recitals, Brussels, 29 November 2017, 15144/17.