

# Jurisprudentie



## Nr. 11 Soulier en Doke

Hof van Justitie van de Europese Unie (Derde kamer)

16 november 2016, zaak C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878

### **Auteursrecht. Niet meer te verkrijgen boeken. Collectief beheer. Expliciete of impliciete toestemming van auteur.**

In zaak C-301/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk) bij beslissing van 6 mei 2015, ingekomen bij het Hof op 19 juni 2015, in de procedure

**Marc Soulier,  
Sara Doke**

tegen

**Premier ministre,  
Ministre de la Culture et de la Communication,**

in tegenwoordigheid van:

**Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA),  
Joëlle Wintrebert e.a.,**

Wijst HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, M. Vilaras, J. Malenovský (rapporteur), M. Safjan en D. Šváby, rechters, advocaat-generaal: M. Wathelet, griffier: V. Tourrès, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 mei 2016, gelet op de opmerkingen van:

- Marc Soulier en Sara Doke, vertegenwoordigd door F. Macrez, avocat,
- de Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA), vertegenwoordigd door C. Caron en C. Fouquet, avocats,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas en D. Segoin als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek, D. Hadroušek en S. Šindelková als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze, M. Hellmann en D. Kuon als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna, M. Drwięcki en M. Nowak als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Hottiaux, J. Samnadda en T. Scharf als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 juli 2016, het navolgende

### **Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2 en artikel 5 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 (PB 2001, L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Marc Soulier en Sara Doke enerzijds, en de Premier ministre en de ministre de la Culture et de la Communication anderzijds, met betrekking tot de wettigheid van décret n° 2013-182, du 27 février 2013, portant application des articles L. 134-1 à L. 134-9 du code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>ème</sup> siècle (decreet nr. 2013-182 van 27 februari 2013 houdende uitvoering van de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 van het wetboek van intellectuele eigendom en betreffende de digitale exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken uit de twintigste eeuw, JORF van 1 maart 2013, blz. 3835).

### **Toepasselijke bepalingen**

(...)

### *Frans recht*

14 Bij Loi no 2012-287, du 1<sup>er</sup> mars 2012, relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX<sup>ème</sup> siècle (wet nr. 2012-287 van 1 maart 2012 betreffende de digitale exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken uit de twintigste eeuw, JORF van 2 maart 2012, blz. 3986) is titel III van boek I van het eerste deel van de code de la propriété intellectuelle (Frans wetboek van intellectuele eigendom; hierna: „CPI”), gewijd aan de exploitatie van aan

het auteursrecht verbonden rechten, aangevuld met hoofdstuk IV, met het opschrift „Bijzondere bepalingen betreffende de digitale exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken”, bestaande uit de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 van dat wetboek. Enkele van deze artikelen zijn later hetzij gewijzigd, hetzij ingetrokken bij loi n° 2015-195, du 20 février 2015, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel (wet nr. 2015-195 van 20 februari 2015 houdende diverse aanpassingen aan het recht van de Europese Unie op het gebied van literaire en artistieke eigendom en cultureel erfgoed, JORF van 22 februari 2015, blz. 3294).

15 De artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 CPI luiden naar aanleiding van deze twee wetten als volgt:

„Artikel L. 134-1

Onder niet meer verkrijgbaar boek in de zin van dit hoofdstuk wordt verstaan een boek dat vóór 1 januari 2001 in Frankrijk is uitgegeven en niet langer door een uitgever in de handel wordt gebracht en thans niet in gedrukte of digitale vorm wordt uitgegeven.

Artikel L. 134-2

Er wordt een openbare databank aangemaakt die vrij toegankelijk is en gratis ter beschikking wordt gesteld middels een online dienst voor de mededeling ervan aan het publiek. Deze databank bevat een lijst van de niet meer verkrijgbare boeken. De nationale bibliotheek van Frankrijk zorgt voor de uitvoering van de dienst, houdt deze databank bij en plaatst de in de artikelen L. 134-4, L. 134-5 en L. 134-6 bedoelde aantekeningen.

[...]

Artikel L. 134-3

I. Wanneer een boek al langer dan zes maanden is opgenomen in de in artikel L. 134-2 vermelde databank, wordt het recht om de reproductie en de weergave ervan in digitale vorm toe te staan uitgeoefend door een door titel II van boek III van dit deel beheerste auteursrechtenorganisatie, die hiertoe wordt erkend door de minister van cultuur.

Behoudens in het geval als bepaald in artikel L. 134-5, derde alinea, zijn de reproductie en de weergave van een boek in digitale vorm toegestaan, tegen vergoeding, zonder uitsluitend recht en voor een duur van maximaal vijf jaar, welke kan worden verlengd.

II. De erkende organisaties zijn bevoegd in rechte op te treden ter verdediging van de rechten die zij moeten beheren.

III. Bij de afgifte van de in I bedoelde erkenning wordt rekening gehouden met:

[...]

2° de gelijke vertegenwoordiging van auteurs en uitgevers onder de leden en binnen de bestuurlijke organen;

[...]

5° de billijkheid van de regels ter verdeling van de ontvangen bedragen onder de rechthebbenden, ongeacht of zij partij zijn bij de uitgave-overeenkomst. De auteur of auteurs van het boek mag of mogen geen lager bedrag ontvangen dan de uitgevers;

6° de bewijsmiddelen die de organisatie voornemens is te gebruiken om de rechthebbenden te identificeren en op te sporen teneinde de ontvangen bedragen te verdelen;

[...]

Artikel L. 134-4

I. De auteur van een niet meer verkrijgbaar boek of de uitgever met een recht tot reproductie van dit boek in gedrukte vorm, kan zich verzetten tegen de uitoefening van het recht tot het verlenen van toestemming uit artikel L. 134-3, I, eerste alinea, door een erkende auteursrechtenorganisatie. De in artikel L. 134-2, eerste alinea, genoemde organisatie wordt uiterlijk zes maanden nadat het betrokken boek in de in dezelfde alinea genoemde databank is opgenomen, schriftelijk van dit verzet in kennis gesteld.

[...]

Artikel L. 134-5

Indien de auteur of de uitgever bij het verstrijken van de in artikel L. 134-4, I, bedoelde termijn geen kennis heeft gegeven van verzet, doet de auteursrechtenorganisatie een voorstel tot reproductie en weergave in digitale vorm van een niet meer verkrijgbaar boek aan de uitgever die beschikt over het reproductierecht op dit boek in gedrukte vorm.

[...]

De auteursrechtenorganisatie verstrekt de in de eerste alinea vermelde toestemming tot exploitatie exclusief voor een periode van tien jaar, welke stilzwijgend kan worden verlengd.

[...]

Indien het in de eerste alinea vermelde voorstel niet wordt aanvaard [...], staat de auteursrechtenorganisatie onder de in artikel L. 134-3, I, tweede alinea, bepaalde voorwaarden de reproductie en weergave van het boek in digitale vorm toe.

[...]

Artikel L. 134-6

De auteur en de uitgever met een recht op reproductie in gedrukte vorm van een niet meer verkrijgbaar boek stellen op enig moment gezamenlijk de in artikel L. 134-3 vermelde auteursrechtenorganisatie in kennis van hun besluit, haar het recht om reproductie en weergave van dat boek in digitale vorm toe te staan, te ontnemen.

De auteur van een niet meer verkrijgbaar boek kan op enig moment besluiten het recht om reproductie en weergave van het boek in digitale vorm toe te staan, aan de in artikel L. 134-3 vermelde auteursrechtenorganisatie te ontnemen, indien hij aantoonde de enige rechthebbende te zijn van de in artikel L. 134-3 bepaalde rechten. Hij stelt haar van dit besluit in kennis.

[...]

Artikel L. 134-7

De uitvoeringsvoorwaarden van dit hoofdstuk, meer bepaald de voorwaarden voor toegang tot de in artikel L. 134-2 bedoelde databank, de aard alsmede het format van de verzamelde gegevens en de bekendmakingsmaatregelen die het meest passend zijn om te verzekeren dat de rechthebbenden zo goed mogelijk worden geïnformeerd, de voorwaarden tot afgifte en intrekking van de in artikel L. 134-3 bedoelde erkenning van de auteursrechtenorganisaties, worden nader bepaald bij decreet van de Conseil d'État.

Artikel L. 134-9

In afwijking van het bepaalde in de drie eerste alinea's van artikel L. 321-9, gebruiken de in artikel L. 134-3 genoemde erkende organisaties het geld dat is geïnd voor de exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken en dat niet kon worden verdeeld omdat degenen voor wie het was bestemd niet konden worden geïdentificeerd of teruggevonden vóór het verstrijken van de in artikel L. 321-1 bedoelde termijn, ter ondersteuning van creatieve activiteiten,

opleidingen van schrijvers en de bevordering van lezen door het publiek door bibliotheken.

[...]”

16 De uitvoeringsvoorwaarden van de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 CPI zijn, overeenkomstig artikel L. 134-7 van dat wetboek, later nader uitgewerkt in décret n° 2013-182, waarbij meer bepaald een artikel R. 134-11 in dit wetboek is ingevoegd. Dit artikel luidt als volgt:

„De in artikel L. 134-7 genoemde bekendmakingsmaatregelen omvatten een informatiecampagne die op initiatief van het ministerie van cultuur wordt gevoerd, in overleg met de auteursrechtenorganisaties en de beroeporganisaties in de boekensector.

Onderdeel van deze campagne zijn de presentatie van de opzet voor een dienst voor online mededeling aan het publiek, een online actie voor direct mail, de publicatie van bijvoegsels in de nationale pers alsmede de verspreiding van banners op informatieve websites.

Zij vangt aan op de datum als vermeld in artikel R. 134-1, eerste alinea, voor een duur van zes maanden.

### Hoofding en prejudiciële vraag

17 In de zin van de CPI, wordt onder „een niet meer verkrijgbaar boek” een boek begrepen dat vóór 1 januari 2001 in Frankrijk is uitgegeven en niet langer in de handel wordt gebracht of in gedrukte of digitale vorm wordt gepubliceerd. Bij de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 van dit wetboek is een regeling ingesteld om deze boeken opnieuw toegankelijk te maken door deze in digitale vorm commercieel te exploiteren. In décret n° 2013-182 zijn de uitvoeringsvoorwaarden van deze bepalingen nader uitgewerkt.

18 Bij op 2 mei 2013 neergelegd verzoekschrift hebben Soulier en Doke, beide auteur van literaire werken, de Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk) verzocht om nietigverklaring van décret n° 2013-182.

19 Tot staving van hun verzoek stellen zij met name dat de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 CPI een beperking of restrictie op het uitsluitende reproductierecht van artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 vormen en dat deze beperking en restrictie niet wordt genoemd onder degene die uitputtend staan vermeld in artikel 5.

(...)

24 In die omstandigheden heeft de Conseil d'État de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzetten de [artikelen 2 en 5] van richtlijn 2001/29 zich ertegen dat een regeling als die welke [is ingesteld bij de artikelen L. 134-1 tot en met L. 134-9 CPI], erkende auteursrechtenorganisaties belast met de uitoefening van het recht om de reproductie en de weergave in digitale vorm van ‚niet meer verkrijgbare boeken’ toe te staan, en daarbij de auteurs of de rechthebbenden van deze boeken de mogelijkheid biedt die uitoefening onder de bij deze regeling bepaalde voorwaarden te beletten of te beëindigen?”

### Beantwoording van de prejudiciële vraag

*Opmerkingen vooraf*

(...)

28 In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 2, onder a) en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een nationale regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, een auteursrechtenorganisatie belast met de uitoefening van het recht om toestemming te verlenen voor de reproductie en de mededeling aan het publiek, in digitale vorm, van niet meer verkrijgbare boeken, en daarbij de auteurs of rechthebbenden van deze boeken in staat stelt zich tegen deze uitoefening te verzetten of hieraan een einde te maken onder de voorwaarden die in deze regeling zijn vastgesteld.

*Antwoord van het Hof*

29 Artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 bepalen respectievelijk dat de lidstaten ten behoeve van de auteurs voorzien in het uitsluitende recht om de directe of indirecte reproductie van hun werken, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden, alsmede in het uitsluitende recht om mededeling aan het publiek van deze werken toe te staan of te verbieden.

(...)

33 Vervolgens moet worden benadrukt dat de rechten die bij artikel 2, onder a), en bij artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 ten behoeve van de auteurs zijn gewaarborgd, preventief van aard zijn, in die zin dat voor elke reproductie of mededeling aan het publiek van een werk door een derde, de voorafgaande toestemming van de auteur is vereist (zie in die zin, wat betreft het reproductierecht, arresten van 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punten 57 en 74, en 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 162, en, wat betreft het recht van mededeling aan het publiek, arresten van 15 maart 2012, SCF Consorzio Fonografici, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 75, en 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 15).

34 Hieruit vloeit, onder voorbehoud van de beperkingen en restricties die uitputtend in artikel 5 van richtlijn 2001/29 zijn bepaald, voort dat ieder gebruik van een werk door een derde zonder een dergelijke voorafgaande toestemming als inbreuk op de rechten van de auteur van dit werk moet worden beschouwd (zie in die zin arrest van 27 maart 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, punten 24 en 25).

35 Niettemin wordt in artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 niet nader bepaald welke vorm de voorafgaande toestemming van de auteur moet aannemen, zodat deze bepalingen niet aldus kunnen worden opgevat dat een dergelijke toestemming

noodzakelijkerwijze expliciet moet worden geuit. Deze bepalingen moeten juist worden geacht ook een impliciete uiting toe te staan.

36 Zo heeft het Hof in een zaak waarin het werd verzocht om uitlegging over het begrip „nieuw publiek” geoordeeld dat een auteur, in een situatie waarin hij vooraf, uitdrukkelijk en zonder voorbehoud toestemming had gegeven voor de 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 (zie in die zin arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punten 25-28 en 31).

37 Het doel om auteurs hoge bescherming te bieden, waarnaar door overweging 9 van richtlijn 2001/29 wordt verwezen, houdt echter in dat de voorwaarden waarin impliciete toestemming kan worden verondersteld te zijn gegeven, strikt moeten worden gedefinieerd om de omvang van het beginsel van voorafgaande toestemming van de auteur op zich niet in te perken.

38 Meer bepaald moet iedere auteur daadwerkelijk in kennis zijn gesteld van het gebruik dat een derde van zijn werk gaat maken en van de middelen waarover hij beschikt om dit gebruik desgewenst te verbieden.

39 Indien de auteur niet daadwerkelijk vooraf in kennis wordt gesteld van het toekomstige gebruik, 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.

40 Bijgevolg kunnen de auteurs, indien niet wordt gewaarborgd dat zij daadwerkelijk in kennis worden gesteld van het voorgenomen gebruik van hun werken en van de middelen die tot hun beschikking staan om dit te verbieden, de facto geen enkel standpunt innemen over een dergelijk gebruik.

41 Met betrekking tot een nationale regeling zoals die aan de orde is in het hoofdgeding moet worden opgemerkt dat zij een erkende vennootschap belast met de uitoefening van het recht toestemming te verlenen voor de digitale exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken, en tegelijkertijd de auteurs van deze boeken toestaat zich binnen een termijn van zes maanden nadat deze boeken in een hiertoe aangelegde databank zijn opgenomen, vooraf tegen deze uitoefening te verzetten.

42 De uitoefening van het recht tot verzet dat bij een dergelijke regeling voor alle rechthebbenden van de betrokken boeken is ingesteld, en met name voor de auteurs, heeft aldus tot gevolg dat het gebruik van deze werken wordt verboden, terwijl het niet-instellen van verzet door een bepaalde auteur binnen de gestelde termijn, in het licht van artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, kan worden beschouwd als de uitdrukking van zijn impliciete toestemming voor dit gebruik.

43 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt echter niet dat deze regeling een mechanisme bevat dat waarborgt dat de auteurs daadwerkelijk en persoonlijk in kennis worden gesteld. Het is dus niet uitgesloten dat enkele van de betrokken auteurs in werkelijkheid zelfs niet op de hoogte zijn van het voorgenomen gebruik van hun werken, en dus niet in staat zijn hierover een positief dan wel negatief standpunt in te nemen. In deze omstandigheden kan het loutere feit dat zij zich hiertegen niet hebben verzet, niet worden gezien als de uitdrukking van hun impliciete toestemming voor dit gebruik.

44 Dit is temeer het geval nu een dergelijke regeling is gericht op boeken die in het verleden wel werden gepubliceerd en in de handel verspreid, maar nu niet meer. Deze bijzondere context verzet zich ertegen dat redelijkerwijze kan worden verondersteld dat alle auteurs van deze „vergeten” boeken, bij gebreke van verzet hunnerzijds, dan toch voorstander zijn van de „wederopstanding” van hun boeken om deze in digitale vorm commercieel te gebruiken.

45 Richtlijn 2001/29 verzet zich er inderdaad niet tegen dat een nationale regeling zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding, een doel nastreeft als de digitale exploitatie van niet meer verkrijgbare boeken, in het cultureel belang van consumenten en van de maatschappij in haar geheel. Het nastreven van dit doel en van dit belang kan echter geen rechtvaardiging vormen voor een niet door de wetgever van de Unie bepaalde afwijking van de bescherming die deze richtlijn voor de auteurs biedt.

46 Tot slot moet worden opgemerkt dat een regeling als die aan de orde is in het hoofdgeding, de auteurs met name in staat stelt de commerciële exploitatie van hun werken in digitale vorm te beëindigen, dan wel in gezamenlijk overleg met de uitgevers van deze werken in gedrukte vorm, dan wel alleen, in dit laatste geval echter op voorwaarde dat zij het bewijs leveren de enige rechthebbende op deze werken te zijn.

47 In dit verband is van belang eraan te herinneren dat, ten eerste, uit de uitsluitende aard van de reproductierechten en de rechten van mededeling aan het publiek van artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voortvloeit dat de auteurs de enige zijn aan wie deze richtlijn oorspronkelijk de exploitatierechten van hun werk toekent (zie in die zin arrest van 9 februari 2012, Luksan, C-277/10, EU:C:2012:65, punt 53).

48 Hieruit volgt dat, ofschoon richtlijn 2001/29 de lidstaten niet verbiedt verder bepaalde rechten of bepaalde voordelen aan derden, zoals uitgevers, toe te kennen, dit moet gebeuren onder voorwaarde dat deze rechten en voordelen geen afbreuk doen aan de rechten die deze richtlijn aan de auteurs toekent (zie in die zin arrest van 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium, C-572/13, EU:C:2015:750, punten 47-49).

49 Derhalve moet worden overwogen dat wanneer de auteur van een werk, in het kader van de uitvoering van een regeling als die aan de orde is in het hoofdgeding, beslist om de toekomstige exploitatie van dit werk in digitale vorm te beëindigen, hij dit recht moet kunnen uitoefenen zonder in bepaalde gevallen afhankelijk te zijn van de overeenstemmende wil 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.

50 Ten tweede vloeit voort uit artikel 5, lid 2, van de Berner Conventie, die om de in punt 32 van dit arrest genoemde redenen bindend is voor de Unie, dat het genot en de uitoefening van de reproductierechten en de rechten van mededeling aan het publiek die bij dit verdrag aan de auteurs zijn toegekend en overeenstemmen met de rechten die zijn voorzien in artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, niet aan enige formaliteit kunnen worden onderworpen.

51 Hieruit vloeit met name voort dat de auteur van een werk, in het kader van een regeling als die in het hoofdgeding, de uitoefening door een derde van zijn rechten op exploitatie van dit werk in digitale vorm moet kunnen beëindigen, en deze derde hierdoor ieder toekomstig gebruik in een dergelijke vorm ervan moet kunnen verbieden, zonder zich, in bepaalde gevallen, vooraf te hoeven onderwerpen aan een formaliteit die erin bestaat dat hij moet aantonen dat er geen andere rechthebbenden van dat werk zijn, zoals de rechthebbenden van de exploitatie ervan in gedrukte vorm.

52 Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een nationale regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, een auteursrechtenorganisatie belast met de uitoefening van het recht om de reproductie en de mededeling aan het publiek, in digitale vorm, toe te staan van zogeheten „niet meer verkrijgbare” boeken, te weten boeken die vóór 1 januari 2001 in Frankrijk zijn gepubliceerd en niet langer in de handel worden gebracht of in gedrukte of digitale vorm worden gepubliceerd, en daarbij de auteurs of rechthebbenden van deze boeken in staat stelt zich tegen deze uitoefening te verzetten of hieraan een einde te maken onder de voorwaarden die in deze regeling zijn vastgesteld.

(...)



Dr. L. Guibault is universitair hoofddocent bij het Instituut voor Informatierecht (IVIR) van de Universiteit van Amsterdam.

Zoals vaker gebeurt de laatste jaren werd met smart gewacht op de uitspraak van het Hof van Justitie, zo ook op de uitspraak in de zaak *Soulier en Doke*: men was vooral benieuwd om te zien wat van het Franse systeem overeind zou blijven en welke impact deze uitspraak op bestaande of toekomstige *Extended Collective Licensing*-regelingen (ECL) zou hebben. De belangstelling hiervoor in Nederland was groot omdat de Tweede Kamer per brief van 12 oktober 2015 kenbaar had gemaakt dat de uitwerking van een wettelijke

ECL-regeling in 2016 ter hand zou worden genomen.<sup>1</sup> Dat dit nog niet is gebeurd, hangt niet alleen van deze zaak af maar ook van de door de Europese wetgever uitgesproken intentie om het probleem van de 'niet meer te verkrijgen werken' aan te pakken.<sup>2</sup> Zoals hierna zal blijken, zijn de omstandigheden in de zaak *Soulier en Doke* zo bijzonder, dat deze naar verwachting weinig tot geen invloed zal hebben op het handhaven of zelfs uitbreiden van ECL-regelingen in Europa.

### De werking van het *ReLIRE*-systeem

Het Franse regime met betrekking tot de 'niet meer te verkrijgen boeken' is uniek en is daardoor moeilijk te vergelijken met enig ander ECL-systeem of zelfs met een andere 'niet meer te verkrijgen werken'-regeling, zoals de Duitse '*vergriffene Werken*'-regeling van artikel 51 van de Wet op het beheer van auteursrechten en naburige rechten door auteursrechtenorganisaties.<sup>3</sup> Het Franse systeem is buitengewoon complex en in verschillende opzichten zeer nadelig voor auteurs. Bovendien heeft dit regime een doel dat afwijkt van het doel van elk ander vergelijkbaar regime: terwijl het Duitse systeem bijvoorbeeld gericht is op de verspreiding van kennis en cultuur door cultureel-erfgoedinstellingen, heeft het Franse systeem als voornaamste doel het stimuleren van de hernieuwde commerciële exploitatie door uitgevers van niet meer te verkrijgen boeken.

Het systeem werd in de artikelen L. 134-1 t/m 134-9 van de Franse 'Code de la propriété intellectuelle' (CPI) ingevoerd door Wet nummer 2012-287 van 1 maart 2012 betreffende de digitale exploitatie van niet meer te verkrijgen boeken uit de twintigste eeuw.<sup>4</sup> Een boek valt onder het bestek van deze regeling indien het vóór 1 januari 2001 is uitgegeven en niet langer door een uitgever in de handel wordt gebracht en thans niet in gedrukte of digitale vorm wordt uitgegeven. Op grond van de wet is het openbare, vrij toegankelijke en gratis *Registre des Livres Indisponibles en Réédition Electronique (ReLIRE)* opgesteld. Dit register staat onder beheer van de *Bibliothèque nationale de France (BNF)*. Vanaf 2013 wordt elk jaar op 21 maart de lijst van niet meer te verkrijgen boeken telkens met nieuwe boeken aangevuld. In november 2016 telde het *ReLIRE*-register een totaal van 204.000 boeken.<sup>5</sup>

Wanneer een boek langer dan zes maanden op de lijst staat, komt de uitoefening van het recht op digitale reproductie en op beschikbaarstelling aan het publiek aan de collectieve beheersorganisatie *SOFIA (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit)* toe. De auteurs van niet meer verkrijgbare boeken of uitgevers met een recht tot reproductie van deze boeken in gedrukte vorm hebben het recht om binnen zes maanden na de publicatie van de lijst in *ReLIRE*, dus vóór 21 september, hun bezwaar daartegen aan de *SOFIA* schriftelijk kenbaar te maken. Na verloop van de zes maanden kunnen auteurs bezwaar maken tegen de uitoefening van het recht van digitale reproductie of elektronische weergave van hun boek indien zij van mening zijn dat de reproductie of weergave ervan hun eer of reputatie zou kunnen aantasten. Daarnaast hebben auteurs en uitgevers het recht om op enig moment *gezamenlijk* de digitale exploitatie van een boek aan de *SOFIA* te ontnemen. De uitgever die bezwaar maakt tegen het opnemen van zijn boek op de lijst in *ReLIRE* moet binnen twee jaar na de notificatie van zijn

bezwaar tot de digitale exploitatie van het boek overgaan. Bij gebreke van exploitatie gaan de digitale exploitatierechten terug naar de SOFIA. Net als de uitgevers kunnen auteurs op enig moment de digitale exploitatie van hun werk aan de SOFIA ontnemen, mits zij aantonen de enige rechthebbende te zijn van het recht op digitale reproductie en beschikbaarstelling aan het publiek. Op grond van de wet en het uitvoeringsreglement moeten bekendmakingsmaatregelen worden genomen om te verzekeren dat de rechthebbenden zo goed mogelijk over het *ReLIRE*-systeem worden geïnformeerd.

Voor alle niet meer te verkrijgen boeken die wél op de lijst van *ReLIRE* blijven staan, staan er twee mogelijkheden open: of de SOFIA verleent aan derden, tegen vergoeding, een niet-exclusieve licentie om het boek in digitale vorm te reproduceren en aan het publiek ter beschikking te stellen; deze niet-exclusieve licentie heeft een maximale duur van vijf jaar, maar mag worden verlengd; of de SOFIA verleent aan de oorspronkelijke uitgever, dat wil zeggen de uitgever die het recht tot reproductie van dit boek in gedrukte vorm heeft, een exclusieve licentie voor de digitale exploitatie van zijn boek. Een exclusieve licentie is voor tien jaar geldig en kan stilzwijgend worden verlengd. Overigens kan een openbare bibliotheek pas na verloop van tien jaar na de inschrijving van een boek in het *ReLIRE*-register een niet-exclusieve licentie van de SOFIA verkrijgen om het werk te digitaliseren en beschikbaar te stellen aan het publiek, mits in deze periode geen verzoek door een uitgever is gedaan tot digitale exploitatie.

Uit de lijst van *ReLIRE* van 2013 hebben 234 uitgevers een exclusieve licentie van de SOFIA gekregen met betrekking tot 27.808 boeken; voor 2014 ging het om 76 uitgevers met betrekking tot 7.739 boeken. In dezelfde periode werd de digitale exploitatie van ruim 20.000 boeken onder een niet-exclusieve licentie door de SOFIA toegestaan.<sup>6</sup> Het aantal uitgevers dat in 2015 en 2016 een licentie van de SOFIA heeft verkregen, is onbekend. Dit zou kunnen betekenen dat van de 204.000 boeken die heden ten dage in het *ReLIRE*-register vermeld staan, slechts ruim een kwart (55.547 boeken) momenteel digitaal wordt geëxploiteerd – en driekwart ligt op de plank. Ook interessant om te melden is de genresamenstelling van de boeken in het *ReLIRE*-register: 42% boeken zijn op het gebied van geestes- en gedragswetenschap, 45% boeken zijn literaire werken, en 13% zijn geschiedenisboeken. De chronologische samenstelling van de boeken is ook vermeldingswaard: 5% uit de jaren 1901-1950, 19% uit de jaren 1951-1980, 75% uit de jaren 1981-2000, en 1% uit de jaren 2001-2013.<sup>7</sup> Dit betekent dat de overgrote meerderheid van de boeken in het register minder dan 35 jaar oud is.

### De juridische knelpunten van het *ReLIRE*-systeem

Het Hof toetst de Franse regeling aan de verenigbaarheid met Richtlijn 2001/29/EG en concludeert mijns inziens volkomen terecht, dat de regeling onder geen enkele beperking van artikel 5 van de Richtlijn 2001/29/EG, of van de Franse implementatie ervan, valt: voor de digitale exploitatie van de 'niet meer te verkrijgen boeken' hadden zowel de SOFIA als de onder licentie exploiterende uitgevers toestemming van de rechthebbenden nodig. De rede-

nering van het Hof had echter veel scherper kunnen zijn. Bovendien, zou de zaak door de nationale rechters op grond van het Franse auteurscontractenrecht beoordeeld zijn, dan was er geen aanleiding geweest voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Aangezien er geen wettelijke beperking op de digitale exploitatie van de niet meer te verkrijgen boeken van toepassing is, kon de SOFIA door de bijzondere wetsartikelen betreffende het *ReLIRE*-systeem geen rechtmatig mandaat voor het beheer van de desbetreffende rechten krijgen. De SOFIA had daarom rechtstreeks toestemming van de rechthebbenden moeten krijgen om rechtmatig licenties voor de digitale exploitatie van niet meer te verkrijgen boeken aan derden of aan uitgevers te kunnen verlenen. Er bestond eenvoudigweg geen mogelijkheid voor de Franse wetgever om dit anders te regelen, zonder dat dit spaak zou lopen met het Europees recht.<sup>8</sup>

De vraag aan wie precies (de auteur en/of de oorspronkelijke uitgever) de SOFIA toestemming had moeten vragen, werd overigens niet gesteld. De tekst van de Franse wet doet vermoeden dat de wetgever wel degelijk wist dat de oorspronkelijke uitgever de digitale rechten (hoogst)waarschijnlijk niet zelf in handen heeft. Dit is vooral te merken in de steeds terugkerende formulering die naar de 'uitgever met een recht tot reproductie van dit boek in gedrukte vorm' verwijst (art. L 134-4, 134-5, 134-6 CPI). Inderdaad, op grond van artikel L. 131-6 CPI en inmiddels sinds decennia vaste rechtspraak in Frankrijk, is het aannemelijk dat bij oudere werken de digitale rechten niet bij de oorspronkelijke uitgevers berusten maar bij de auteurs zelf.<sup>9</sup>

Toestemming had van de auteurs van de niet meer te verkrijgen boeken moeten worden verkregen. Maar de Franse wet maakte het voor auteurs nog kwalijker in mijn ogen door in artikel L. 134-6, tweede alinea, CPI te eisen dat auteurs die tegen de digitale exploitatie van hun werk bezwaar willen aantekenen, *moeten* aantonen dat zij de enige rechthebbende zijn van de bepaalde rechten. Dit is een onmogelijke opgave. Een auteur kan weliswaar bewijzen dat bepaalde rechten aan een derde wél zijn overgedragen, maar het valt nooit aan te tonen dat bepaalde rechten *niet* zijn overgedragen. Exclusiviteit is in het auteursrecht het uitgangspunt. De overdracht van auteursrechten wordt in het Franse recht normaliter strikt uitgelegd, waarbij alle rechten die niet uitdrukkelijk aan een uitgever zijn overgedragen geacht worden bij de auteur te berusten.<sup>10</sup> Bovendien vereist artikel L. 131-2 CPI dat overeenkomsten met betrekking tot de overdracht van rechten schriftelijk moeten worden aangegaan. In het bijzondere geval van uitgeefovereenkomsten bepaalt artikel L. 132-7 CPI dat het persoonlijke en schriftelijke akkoord van de auteur verplicht is. Als het gaat om de relatie tussen een auteur en een collectieve beheersorganisatie, bepaalt artikel L. 322-3, tweede zin, CPI dat de reikwijdte van het akkoord is vastgelegd in een document waarop de rechthebbende zijn akkoord heeft gegeven. Dit document mag ook in elektronische vorm zijn. Er was in casu geen sprake van een document dat de overdracht van de digitale rechten van de auteur bevestigt, noch aan de SOFIA en vermoedelijk evenmin aan de oorspronkelijke uitgever. Met deze

vaststelling had in deze zaak kunnen volstaan om de vorderingen af te wijzen.

Het is opmerkelijk dat deze zaak niet in een eerder stadium in Frankrijk is opgelost en dat het tot een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie heeft moeten komen. Dat het Hof zich bij de beantwoording van deze vraag ongemakkelijk voelt vanwege de vereiste uitleg van het Franse recht, op een niet geharmoniseerd gebied als het auteurscontractenrecht, valt enigszins te begrijpen. Spijtig is wel dat het Hof zijn beslissing op het concept van impliciete toestemming en op het formaliteitenverbod van de Berner Conventie heeft gebaseerd. Vooral in het licht van het Franse auteurscontractenrecht is het jammer dat het Hof de uitkomst van de zaak heeft laten afhangen van het recht tot verzet van de auteurs bij het opnemen van hun boeken in het *ReLIRE*-register. Het Hof had voorop moeten stellen dat voor het mandaat van SOFIA de expliciete toestemming van de auteur vereist is en dat het ontbreken daarvan zo ernstig is, dat het aan de interpretatie van de betekenis van het al dan niet aantekenen van verzet niet meer hoefde toe te komen. Want, zoals het Hof het zelf opmerkt, 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. Met andere woorden, het mandaat van de SOFIA rust simpelweg op drijfzand.

Het op artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie gebaseerde argument is evenmin overtuigend. Los van de vraag of het verzetsmechanisme als een verboden formaliteit gezien kan worden, is de toepassing van deze bepaling van de Conventie op een puur nationale aangelegenheid twijfelachtig. Het is een algemeen aanvaard beginsel uit de Conventie dat het aan Unielanden opgelegde formaliteitenverbod zich alleen op buitenlandse auteurs focust: wat een land op dit punt doet met zijn eigen onderdanen valt buiten het bestek van de Berner Conventie.<sup>11</sup> Het staat buiten kijf dat de onderhavige zaak geen enkele internationale component bevat: het *ReLIRE*-regime heeft alleen betrekking op in Frankrijk gepubliceerde boeken; de eisers Soulier en Doke zijn Franse burgers; en ook de gedaagden zijn Frans: de Franse overheid en de Franse SOFIA. Het Hof had er verstandig aan gedaan de zaak op een andere grondslag te beoordelen.

### Tot slot

Direct na de uitspraak van het Hof heeft de SOFIA haar activiteiten als licentieverlener gestaakt. De wet moet worden aangepast. Het valt echter te verwachten dat de Franse wetgever zal proberen het systeem te redden door ervoor te zorgen dat de auteurs daadwerkelijk en persoonlijk van de regeling op de hoogte worden gesteld. Maar dit zal naar mijn mening het mandaat van de SOFIA niet veel sterker maken, want daarmee zal het gebrek aan een expliciete, en gedocumenteerde, overdracht ten voordele van de organisatie immers niet gecompenseerd kunnen worden. Bovendien moet het nog grotere pijnpunt in het huidige systeem dringend worden verholpen, namelijk de eis dat de auteur moet aantonen de enige houder te zijn van het recht op digitale reproductie en beschikbaarstelling aan het publiek. Zolang het systeem deze eis blijft stellen, is de legaliteit ervan uiterst discutabel.

Gezien het unieke karakter van het *ReLIRE*-systeem lijkt mij het risico erg klein dat de uitspraak van het Hof in de *Soulier en Doke*-zaak een belemmering zal vormen op het voortbestaan, of zelfs het opstellen, van ECL-regelingen met het oog op het verspreiden van digitaal erfgoed door culturele instellingen.

- 1 Auteursrechtbeleid, *Kamerstukken II* 2015/16, 29 838, nr. 83.
- 2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016)593, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-directive-european-parliament-and-council-copyright-digital-single-market>
- 3 Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften, vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190), <https://www.gesetze-im-internet.de/vgg/BJNR119010016.html>
- 4 [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000025422700](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000025422700)
- 5 <https://relire.bnf.fr/accueil>
- 6 [http://www.la-sofialivresindisponibles.org/2015/licences\\_delivrees\\_editeur.php](http://www.la-sofialivresindisponibles.org/2015/licences_delivrees_editeur.php)
- 7 [http://www.la-sofialivresindisponibles.org/2015/repartition\\_titres\\_editeur.php](http://www.la-sofialivresindisponibles.org/2015/repartition_titres_editeur.php)
- 8 *Soulier en Doke*-zaak, C-301/15, HvJ EG 16.11.2016, r.o. 45.
- 9 *Plurimédia*, TGI van Straatsburg, 3 februari 1998, *Légipresse* 149-I, p. 19 and 149-III, p. 22; Cour d'appel de Colmar, 15 september 1998; TGI van Parijs, 14 april 1999 (*Le Figaro*), *Légipresse* 162-I, p. 69 en 162-III, p. 81; TGI van Lyon, 21 juli 1999 (*Le Progrès*), *Légipresse* 166-I, p. 132 en 166-III, p. 156; en Cour d'appel de Lyon, 9 december 1999, *Légipresse* 168-I, p. 9 and 168-III, p. 7.
- 10 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, rapport in opdracht van de WODC (Ministerie van Justitie), juni 2004, p. 46.
- 11 Zie: S. van Gompel, *Formalities in Copyright Law: An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011.