CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 5 juni 2014[1]

Zaak C-117/13

Technische Universität Darmstadt
tegen
Eugen Ulmer KG

[verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Richtlijn 2001/29/EG — Auteursrecht en naburige rechten — Beperkingen en restricties — Artikel 5, lid 3, sub n — Gebruik voor onderzoek of privéstudie van werken en ander beschermd materiaal — Door middel van speciale terminals aan particulieren beschikbaar gesteld boek in een voor publiek toegankelijke bibliotheek — Begrip ‚niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen' werk — Recht van bibliotheek om werk dat deel uitmaakt van haar collectie te digitaliseren teneinde het door middel van speciale terminals beschikbaar te stellen — Beschikbaarstelling van het werk door middel van speciale terminals zodat het kan worden afgedrukt op papier of op een USB-stick kan worden opgeslagen"

I – **Inleiding**

1. Het prejudicieel verzoek heeft betrekking op de uitlegging van artikel 5, lid 3, sub n, 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[2].

2. In het hoofdgeding staan de Technische Universität Darmstadt (hierna: „TU Darmstadt") en een uitgeverij, Eugen Ulmer KG, tegenover elkaar omtrent de beschikbaarstelling aan het publiek door eerstgenoemde, door middel van in de ruimtes van een bibliotheek geplaatste terminals, van een wetenschappelijk boek dat deel uitmaakt van de verzameling van deze bibliotheek, waarvan de exploitatierechten worden gehouden door Eugen Ulmer KG.

3. De door het Bundesgerichtshof (hoogste Duitse rechter) voorgelegde prejudiciële vragen betreffen een voor het publiek toegankelijke bibliotheek en hebben betrekking op de uitlegging van het begrip „te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken", op de digitalisering van door bibliotheken gehouden werken en op de vraag of de gebruikers de gedigitaliseerde werken niet alleen kunnen raadplegen (lezen), maar ze eveneens op papier kunnen afdrukken en ze op een USB-stick kunnen opslaan.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 167, blz. 10.

4. Het hoofdgeding heeft het karakter van een „proefproces". De TU Darmstadt wordt ondersteund door het Deutscher Bibliotheksverband e.V. (Duits verbond van bibliotheken) en door de Europese tegenhanger van laatstgenoemde, het European Bureau of Library, Information and Documentation Associations (EBLIDA; Europees bureau van verenigingen van bibliotheken, informatie en documentatie). Eugen Ulmer KG wordt ondersteund door de Börsenverein des deutschen Buchhandels (Duitse vereniging van boekhandels). Dat duidt het belang aan dat de onderhavige zaak heeft voor de bibliotheken, de auteurs en de uitgeverijen, en met name de wetenschappelijke uitgeverijen. [3]

II – **Rechtskader**

A – *Recht van de Unie*

5. De punten 31, 34, 36, 40 en 44 van de considerans van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

„31. Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben directe negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.

[...]

34. Er moet aan de lidstaten de mogelijkheid worden geboden om in bepaalde beperkingen of restricties te voorzien, onder meer ten behoeve van onderwijs en wetenschappelijk onderzoek alsmede openbare instellingen zoals bibliotheken en archieven [...]

[...]

36. De lidstaten kunnen ook een billijke compensatie voor rechthebbenden voorschrijven wanneer zij de facultatieve bepalingen toepassen inzake beperkingen of restricties waarvoor zo'n compensatie niet verplicht is.

[...]

40. De lidstaten kunnen in een beperking of restrictie voorzien ten behoeve van bepaalde instellingen zonder winstoogmerk, zoals voor het publiek toegankelijke bibliotheken en soortgelijke instellingen, alsook archieven. Die beperking of restrictie dient evenwel beperkt te blijven tot bepaalde bijzondere gevallen welke onder het reproductierecht vallen. Die beperking of restrictie mag zich niet uitstrekken tot het gebruik in het kader van de on-linelevering van beschermde

3 — Ik herinner eraan dat de digitalisering van door de bibliotheken gehouden werken eveneens voorwerp van een geschil is geweest in het kader van het project Google Book Search. Zie United States District Court, Southern District of New York, arrest van 14 november 2013 in de zaak The Authors Guild e.a./Google Inc. (05 CIV 8136), en groenboek „Auteursrecht in de kenniseconomie" [COM(2008) 466 def., blz. 8].

werken en ander materiaal. [...] Het is derhalve wenselijk specifieke contracten en licenties te bevorderen die op een evenwichtige wijze deze instellingen begunstigen, evenals de doelstellingen die zij met deze verspreiding nastreven.

[...]

44. Gebruik van de bij deze richtlijn bepaalde beperkingen of restricties dient te geschieden in overeenstemming met de ter zake geldende internationale verplichtingen. Dergelijke beperkingen en restricties mogen niet op zodanige wijze worden toegepast dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad of afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van zijn werk of andere zaak. De lidstaten moeten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben. Bijgevolg zal het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal."

6. Artikel 2 van richtlijn 2001/29, met het opschrift „Reproductierecht", bepaalt sub a ervan dat de „lidstaten voorzien [...] in het uitsluitende recht de [...] [reproductie] [...] toe te staan of te verbieden", met name „ten behoeve van [...] auteurs, met betrekking tot hun werken".

7. Artikel 3 van genoemde richtlijn, met het opschrift „Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek", bepaalt in lid 1 ervan met name dat de „lidstaten [...] ten behoeve van auteurs [voorzien] in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek [...] toe te staan of te verbieden".

8. Artikel 5 van richtlijn 2001/29, met het opschrift „Beperkingen en restricties", bepaalt in lid 2 ervan:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:

a. de reproductie op papier of een soortgelijke drager, met behulp van een fotografische techniek of een andere werkwijze die een soortgelijk resultaat oplevert, met uitzondering van bladmuziek, op voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen;

b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privégebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal;

c. in welbepaalde gevallen, de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven;

[...]"

9. Artikel 5, lid 3, van genoemde richtlijn bepaalt:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

n. het gebruik van niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken of ander materiaal dat onderdeel uitmaakt van de verzamelingen van de in lid 2, [sub c], bedoelde instellingen, hierin bestaande dat het werk of materiaal, via speciale terminals in de gebouwen van die instellingen, voor onderzoek of privéstudie meegedeeld wordt aan of beschikbaar gesteld wordt voor individuele leden van het publiek;

[...]"

10. Artikel 5, lid 5, van dezelfde richtlijn bepaalt:

„De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad."

B – *Duits recht*

11. § 52b van de wet op het auteursrecht en de naburige rechten (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz; hierna: „UrhG")[4] van 9 september 1965, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie, luidt als volgt:

„Reproductie van werken op elektronische leesposten in openbare bibliotheken, musea en archieven

De beschikbaarstelling van openbaar gemaakte werken die deel uitmaken van de verzamelingen van voor het publiek toegankelijke bibliotheken, musea of archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven, uitsluitend in de gebouwen van de desbetreffende instelling op speciaal daartoe ingerichte elektronische leesplaatsen voor onderzoek en privéstudie, is toegestaan voor zover geen bepalingen van een overeenkomst zich daartegen verzetten. Het aantal toegankelijk gemaakte exemplaren van een werk op de elektronische leesposten mag in beginsel niet hoger zijn dan het in de verzameling van de instelling aanwezige aantal. De beschikbaarstelling geeft aanleiding tot betaling van een billijke vergoeding. Uitsluitend een collectieve beheersmaatschappij kan aanspraak maken op de desbetreffende vergoeding."

III – **Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen**

12. De TU Darmstadt beheert een voor het publiek toegankelijke bibliotheek. Zij heeft in de ruimtes daarvan elektronische leesposten ingericht waarop zij werken uit haar boekenverzameling beschikbaar stelt. Daaronder bevindt zich sinds januari of februari 2009 het handboek van Winfried Schulze, met als titel „Einführung in die neuere Geschichte" [Inleiding in de nieuwste geschiedenis], uitgegeven door Eugen Ulmer KG.

13. De TU Darmstadt heeft dat boek gedigitaliseerd om het op de elektronische leesplaatsen aan te bieden.[5] Op de leesplaatsen konden tegelijkertijd niet meer exemplaren van het werk worden geraadpleegd dan in het bibliotheekbestand aanwezig waren. De gebruikers van de leesplaatsen konden het werk geheel of gedeeltelijk op papier afdrukken of op een USB-stick opslaan en het in deze vorm uit de bibliotheek meenemen.

4 — BGBl. 1965 I, blz. 1273.

5 — In haar schriftelijke opmerkingen verduidelijkt de TU Darmstadt, zonder op dat punt te worden bestreden door Eugen Ulmer KG, dat de digitale bestanden van de verschillende hoofdstukken van genoemd boek eenvoudige grafische bestanden waren, die niet toegankelijk zijn voor moderne tekstverwerking (doorzoeken van de gehele tekst, knippen/plakken enz.).

14. De TU Darmstadt heeft het aanbod van Eugen Ulmer KG van 29 januari 2009 niet aanvaard om de handboeken die zij uitgeeft, in de vorm van elektronische boeken („E-books") aan te kopen en te gebruiken. Partijen zijn het niet eens over de vraag of het aanbod al of niet reeds aan verweerster in het hoofdgeding is gedaan ten tijde van de digitalisering van het litigieuze handboek.

15. Het door Eugen Ulmer KG aangezochte Landgericht Frankfurt am Main (regionale rechter te Frankfurt am Main) heeft bij vonnis van 6 maart 2011 geoordeeld dat de rechthebbende en de instelling vooraf een overeenkomst moeten hebben gesloten omtrent het digitale gebruik van het werk, om de toepasselijkheid van § 52b van de UrhG uit te sluiten. Deze rechter heeft bovendien de vordering van Eugen Ulmer KG om de TU Darmstadt te verbieden het litigieuze handboek te digitaliseren of te laten digitaliseren, afgewezen. Hij heeft echter de vordering om te verbieden dat gebruikers van de bibliotheek van de TU Darmstadt vanaf aldaar ingerichte elektronische leesposten dat werk kunnen afdrukken en/of opslaan op een USB-stick en/of deze reproducties uit de bibliotheek kunnen meenemen, toegewezen.

16. Het door de TU Darmstadt door middel van een „Sprungrevision" (sprongcassatie) aangezochte Bundesgerichtshof heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Is een werk te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen in de zin van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, wanneer de rechthebbende de in dat artikel bedoelde instellingen het afsluiten van licentieovereenkomsten voor het gebruik van dat werk onder redelijke voorwaarden aanbiedt?

2) Mogen de lidstaten op grond van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 de instellingen het recht toekennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, indien dat noodzakelijk is om deze werken via terminals beschikbaar te stellen?

3) Mogen de door de lidstaten overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 vastgestelde rechten zo ver gaan dat gebruikers van de terminals aldus beschikbaar gestelde werken op papier kunnen afdrukken of op een USB-stick kunnen opslaan?"

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de TU Darmstadt en Eugen Ulmer KG, door de Duitse, de Italiaanse, de Poolse en de Finse regering, evenals door de Europese Commissie, die allen vertegenwoordigd waren ter terechtzitting van 26 februari 2014, met uitzondering van de Poolse en de Finse regering.

IV – **Beoordeling**

A – *De vraag of een werk te koop is aangeboden of aan licentievoorwaarden is onderworpen, wanneer de rechthebbende de instellingen het afsluiten van licentieovereenkomsten voor het gebruik van dat werk onder redelijke voorwaarden aanbiedt*

18. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een werk „te koop is aangeboden of aan licentievoorwaarden" is onderworpen, in de zin van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, wanneer de rechthebbende de in dat artikel bedoelde bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea of archieven het afsluiten van licentieovereenkomsten voor het gebruik van dat werk onder redelijke voorwaarden aanbiedt.

19. Alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, met uitzondering van Eugen Ulmer KG, stellen voor deze eerste prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden.

20. Derhalve rijst de vraag of het simpele aanbod van een redelijke licentieovereenkomst met zich meebrengt dat sprake is van „te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen" werken en bijgevolg een beperking op grond van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 is uitgesloten of, in het tegenovergestelde geval, dat er redenen zijn om te eisen dat de rechthebbende en de instelling een overeenkomst ter zake afsluiten. Volgens de verwijzende rechter kan de rechtspraak van het Hof niet alle twijfel wegnemen met betrekking tot het antwoord op deze vraag.

21. Zoals de TU Darmstadt terecht opmerkt, wordt het verband tussen exploitatierechten enerzijds, en de bepalingen inzake restricties anderzijds, duidelijk bij lezing van de punten 45 en 51 van de considerans van richtlijn 2001/29. In deze laatstgenoemden wordt met name gesteld dat „[d]e [...] beperkingen of restricties [...] geen belemmering [dienen] te vormen voor het vaststellen van *contractuele betrekkingen* die tot doel hebben een billijke compensatie voor de rechthebbenden te waarborgen" en dat „[d]e lidstaten [...] de rechthebbenden [moeten] aansporen tot het nemen van vrijwillige maatregelen *waaronder het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten tussen rechthebbenden en andere betrokken partijen*, teneinde het doel van bepaalde beperkingen of restricties waarin het nationaal recht van de lidstaten overeenkomstig deze richtlijn voorziet, te helpen bereiken". [6]

22. Deze twee punten van de considerans hebben in de Duitse taalversie ervan ondubbelzinnig betrekking op *bestaande* contractuele betrekkingen en op het sluiten en uitvoeren van *bestaande* overeenkomsten, en niet op simpele vooruitzichten op een licentie. De verschillende taalversies van genoemde punten van de considerans bevestigen eveneens deze analyse. [7]

23. Het feit dat vrijwillige overeenkomsten moeten worden aangemoedigd, heeft derhalve geen invloed op het vereiste dat dergelijke overeenkomsten, met het oog op de litigieuze bepaling, daadwerkelijk zijn gesloten.

24. Noch de systematische uitlegging, noch de teleologische uitlegging leiden tot een verschillende conclusie. Volgens de systematische uitlegging moet de reikwijdte van een beperking van het exclusieve auteursrecht strikt worden uitgelegd. [8] Het gaat in het onderhavige geval evenwel om de uitlegging van de toepassingsvoorwaarde van een beperking, die de werken omschrijft waarop de beperking kan worden toegepast. Het in artikel 5, lid 5, van de richtlijn bedoelde evenwicht is bereikt, ofwel wanneer de auteur en de gebruiker het eens worden over de aankoop of de licentievoorwaarden, ofwel wanneer de voor de beperking in aanmerking komende persoon zich voegt naar de door de nationale wetgever bij de omzetting van genoemde richtlijn vastgestelde beperkende voorwaarden. [9] Vanuit dat gezichtspunt zou, door genoegen te nemen met een simpel aanbod van de auteursrechthebbende, de toepassing van genoemde beperking ondergeschikt kunnen worden gemaakt aan eenzijdige beslissingen, hetgeen bijgevolg de beperking haar nuttige werking voor de betrokken instellingen zou ontnemen. De teleologische uitlegging vereist op haar beurt eveneens, gelet op de door de wetgever van de Unie nagestreefde doelstelling van algemeen belang, namelijk het leren en de cultuur bevorderen, dat de gebruiker een beroep kan doen op deze beperking.

25. Ik geef het Hof derhalve in overweging op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een werk niet te koop is aangeboden of aan licentievoorwaarden is onderworpen, wanneer de rechthebbende de in dat artikel bedoelde instellingen het afsluiten van licentieovereenkomsten voor het gebruik van dat werk onder redelijke voorwaarden aanbiedt.

6 — Mijn cursivering.

7 — Zie bijvoorbeeld de Engelse en de Franse taalversie.

8 — Zie arrest ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punten 22 en 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 — Zie omtrent de bevoegdheid van de lidstaten om de reikwijdte van de beperkingen of restricties van de exclusieve rechten van de auteur te preciseren, arrest VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punten 52 en 53).

B – *De mogelijkheid voor de lidstaten om de instellingen het recht toe te kennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, indien dat noodzakelijk is om deze werken via speciale terminals beschikbaar te stellen*

26. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 de lidstaten de bevoegdheid verleent om de instellingen het recht toe te kennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, indien dat noodzakelijk is om deze werken via speciale terminals beschikbaar te stellen.

27. De verwijzende rechter is van mening dat dat het geval lijkt te zijn, maar voegt daar evenwel aan toe dat een zodanige bevoegdheid van de lidstaten, hoewel zij niet meteen al uit de genoemde bepaling als bijkomende bevoegdheid voortvloeit, kan worden afgeleid uit artikel 5, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29.

28. Alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, met uitzondering van Eugen Ulmer KG, zijn van mening dat artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 de lidstaten de bevoegdheid verleent om de instellingen het recht toe te kennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, voor zover dat noodzakelijk is om deze werken via speciale terminals beschikbaar te stellen.

29. Artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 is toepasselijk wanneer het gaat om „het gebruik van niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken of ander materiaal dat onderdeel uitmaakt van de verzamelingen van de in lid 2, onder c), bedoelde instellingen, hierin bestaande dat het werk of materiaal, via speciale terminals in de gebouwen van die instellingen, voor onderzoek of privéstudie meegedeeld wordt aan of beschikbaar gesteld wordt voor individuele leden van het publiek".

30. Volgens de eerste volzin van genoemd artikel 5, lid 3, hebben de bij dat lid vastgestelde beperkingen en restricties betrekking op het exclusieve reproductierecht en het exclusieve recht van mededeling van werken aan het publiek. In feite hebben bepaalde bij artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 vastgestelde beperkingen en restricties uitdrukkelijk betrekking op het exclusieve reproductierecht, evenals op het exclusieve recht van mededeling [bijvoorbeeld sub c], of op zijn minst impliciet [sub b], terwijl andere slechts op een enkel recht betrekking hebben [sub d].

31. Artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 vermeldt de mededeling en de beschikbaarstelling. Deze twee begrippen staan in artikel 3 van deze richtlijn, en meer in het bijzonder in elk van de drie leden ervan. In artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 wordt nergens uitdrukkelijk verwezen naar het reproductierecht. Daaruit concludeer ik dat de in artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 bedoelde specifieke beperking hoofdzakelijk een beperking is van het exclusieve recht van mededeling, als bedoeld in genoemd artikel 3.

32. Zoals het Hof heeft opgemerkt, vloeit uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort dat elke handeling bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek moet worden toegestaan door de auteursrechthebbende. Aldus volgt uit deze bepaling dat het begrip mededeling aan het publiek twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, namelijk een „handeling bestaande in een mededeling" van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek". Er is met name reeds van een „handeling bestaande in een mededeling" sprake wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruik maken van deze mogelijkheid. [10]

10 — Arrest Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 15-19).

33. Hieruit volgt dat, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, het feit dat aan het publiek, bestaande in gebruikers van speciale terminals die zich bevinden in de ruimtes van openbare bibliotheken en andere in artikel 5, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29 genoemde instellingen, toegang wordt verleend tot beschermde werken als een „beschikbaarstelling" moet worden gekwalificeerd en derhalve als een „handeling bestaande in een mededeling" als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. [11]

34. Niettemin omvatten, in dezelfde gedachtegang, de bewoordingen van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 naar mijn mening eveneens een met de mededeling verbonden reproductie, in het onderhavige geval in de vorm van het maken van een digitale kopie van een werk om dat mee te delen of beschikbaar te stellen door middel van speciale terminals. Nochtans gaat het in dat geval niet om een reproductiehandeling die van voorbijgaande of incidentele aard is en die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé, als bedoeld in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, welke betreffende de reproductie van het werk niet onder het exclusieve auteursrecht valt. [12]

35. Het voor reproductiehandelingen noodzakelijke recht kan eveneens worden ontleend aan een andere bepaling, namelijk artikel 5, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29. Deze bepaling geldt ten aanzien van „in welbepaalde gevallen, de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven".

36. De uitdrukking „de reproductie [in welbepaalde gevallen]" geeft aanleiding tot twee opmerkingen.

37. Naar mijn mening omvat zij in deze context met name de maatregelen die de bescherming van nog beschermde originelen van werken, hoewel oud, kwetsbaar of zeldzaam, beogen. Niettemin omvat zij eveneens een reproductie die noodzakelijk wordt geacht om met het oog op „het gebruik [ervan] [...] via speciale terminals [...] voor onderzoek of privéstudie [te worden] meegedeeld [...] of beschikbaar gesteld", zoals bedoeld in artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29. Dat kan met name het geval betreffen dat een groot aantal studenten in het kader van hun studie werken moeten raadplegen waarvan het maken van kopieën het risico meebrengt om een buitensporige slijtage te veroorzaken.

38. Niettemin, aangezien het gaat om „de reproductie [in welbepaalde gevallen]", staat noch artikel 5, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29, noch artikel 5, lid 3, sub n, daarvan, uitgelegd in het licht van de bij lid 5 van genoemd artikel vastgestelde algemene regel [13], een totale digitalisering van een *verzameling* toe, zodat het voorwerp van „de reproductie [in welbepaalde gevallen]" beperkt is tot *individuele* „werken en ander beschermd materiaal". Volgens mij vereist het evenredigheidsvereiste van de bij lid 5 van genoemd artikel voorziene restricties dat de mogelijkheid om speciale terminals te gebruiken niet wordt benut om te vermijden dat voldoende materiële exemplaren van het werk worden aangeschaft, door bijvoorbeeld een regel in te voeren zoals is voorzien bij § 52b van de UrhG, volgens welke het aantal toegankelijk gemaakte exemplaren van een werk op de elektronische leesposten niet hoger mag zijn dan het in de verzameling van de instelling aanwezige aantal.

39. Wanneer er met het oog op de toepassing van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 geen sprake is van een digitale kopie van een beschermd werk, is het bijgevolg mogelijk om er onder de voorwaarden van artikel 5, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29, een te maken. De latere mededeling van deze kopie van het werk is op haar beurt onderworpen aan de bij artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 gestelde voorwaarden.

11 — Zie in deze zin arresten Svensson e.a. (EU:C:2014:76, punt 18) en OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, punt 25).

12 — Arrest Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 60).

13 — Arrest ACI Adam e.a. (EU:C:2014:254, punt 25).

40. Ik geef het Hof derhalve in overweging voor recht te verklaren dat artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, uitgelegd in het licht van artikel 5, lid 2, sub c, van genoemde richtlijn, er niet aan in de weg staat dat de lidstaten de in deze bepaling bedoelde instellingen het recht toekennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, indien dat noodzakelijk is om deze werken via speciale terminals beschikbaar te stellen.

C – *De mogelijkheid van de lidstaten om gebruikers van de speciale terminals toe te staan om de hun aldus beschikbaar gestelde werken op papier af te drukken of op een USB-stick op te slaan*

41. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door de lidstaten overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 vastgestelde rechten zo ver mogen gaan dat gebruikers van de speciale terminals de hun aldus beschikbaar gestelde werken, geheel of gedeeltelijk, op papier kunnen afdrukken of op een USB-stick kunnen opslaan.

42. De verwijzende rechter oppert dat op het eerste deel een bevestigend antwoord, en op het tweede deel van deze prejudiciële vraag een ontkennend antwoord zou moeten worden gegeven. De TU Darmstadt stelt een bevestigend antwoord op beide delen van de prejudiciële vraag voor, terwijl de Italiaanse en de Finse regering een bevestigend antwoord op het eerste deel en een ontkennend antwoord op het tweede deel voorstellen. Eugen Ulmer KG en de Commissie stellen daarentegen een ontkennend antwoord op beide delen van de vraag voor. De Duitse regering is van mening dat de prejudiciële vraag niet door artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 wordt beheerst, maar door artikel 5, lid 2, sub a tot en met c, daarvan, terwijl de Poolse regering enkele overwegingen naar voren brengt zonder echter een duidelijk antwoord voor te stellen.

43. Bij de analyse van de in de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter bedoelde twee situaties met betrekking tot de mogelijkheid voor de gebruikers van de speciale terminals om de werken die hun beschikbaar zijn gesteld, geheel of gedeeltelijk, op papier af te drukken of op een USB-stick op te slaan, moet worden aangeknoopt bij het begrip „recht van mededeling”. Volgens de rechtspraak van het Hof moet een ruime uitlegging worden gegeven aan het in artikel 3 bedoelde begrip „mededeling” [14], terwijl elke beperking van dat recht eng moet worden uitgelegd. [15]

44. Zoals ik zojuist in het kader van de tweede prejudiciële vraag heb opgemerkt, bevat artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 hoofdzakelijk een beperking van het bij artikel 3 van genoemde richtlijn vastgestelde exclusieve recht van mededeling.

45. In het kader van artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, bestaat de restrictie van het recht van mededeling in het zonder toestemming van de auteur gebruiken van werken door middel van speciale terminals, door de beschikbaarstelling ervan aan leden van het publiek op zodanige wijze dat de gebruiker er in een instelling van zijn keuze toegang toe kan hebben.

46. Nagegaan moet worden of deze mededeling eveneens het opslaan op een USB-stick en het afdrukken op papier omvat. Ik merk om te beginnen op dat beide bedoelde hypotheses geen handelingen bestaande in een mededeling vormen, maar reproductiehandelingen: in het geval van een USB-stick gaat het om het vervaardigen van een kopie van een digitaal werk, in het geval van een kopie op papier gaat het om een kopie van het werk op een fysieke drager.

47. Wat in de eerste plaats het opslaan op een USB-stick betreft, houdt de wisselwerking tussen een terminal en een USB-stick in dat op de USB-stick een nieuwe digitale kopie wordt vervaardigd van de door de bibliotheek gemaakte digitale kopie. Hier komt het begrip speciale terminals in het spel. Richtlijn 2001/29 verduidelijkt echter niet wat onder deze uitdrukking moet worden verstaan.

14 — Arresten Svensson e.a. (EU:C:2014:76, punt 19) en OSA (EU:C:2014:110, punt 23).

15 — Zie in deze zin arrest Infopaq International (EU:C:2009:465, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48. In mijn ogen gaat het gebruik van een beschermd werk – zoals een literair, fonografisch of cinematografisch werk – door middel van speciale terminals samen met een waarneming [16], door het onmiddellijk lezen, beluisteren of bekijken ervan, die bovendien moet plaatsgrijpen in de ruimtes van de bibliotheek. Aldus doelt het begrip speciale terminal op de voor dat doel verstrekte installatie en niet op een specifieke technische oplossing. [17]

49. Volgens mij sluit het begrip „mededeling" in deze context de mogelijkheid het werk op een USB-stick op te slaan uit van de litigieuze beperking, omdat het daar niet gaat om een mededeling door de voor het publiek toegankelijke bibliotheek of een andere instelling in de zin als bedoeld door het Hof in zijn rechtspraak, maar om de vervaardiging van een digitale kopie door de gebruiker. Overigens is een dergelijke reproductie niet noodzakelijk om de nuttige werking van de betrokken beperking veilig te stellen, alhoewel deze voor de gebruiker wel nuttig zal zijn. Een dergelijke kopie kan overigens opnieuw worden gekopieerd en via het internet worden verspreid. De ten gunste van speciale terminals vastgestelde beperking omvat niet de handeling waarmee de bibliotheek digitale kopieën voor de gebruiker toegankelijk maakt, zodat deze een volgende kopie kan vervaardigen en op een USB-stick kan opslaan.

50. De analyse van het afdrukken op papier zal dezelfde logica moeten volgen. Een procedé dat leidt tot een (gedeeltelijke) kopie van een werk gaat naar mijn mening verder dan de in artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 voorziene beperkingen en restricties.

51. Ik concludeer hieruit dat artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 noch het opslaan op een USB-stick, noch het afdrukken op papier omvat.

52. Ik merk echter met betrekking tot het afdrukken ten overvloede eveneens het volgende op.

53. Het moderne technische fotokopieer procedé is voor een aanzienlijk deel gebaseerd op de digitalisering van het origineel en het afdrukken van een kopie. [18]

54. Krachtens artikel 5, lid 2, sub a en b, van richtlijn 2001/29 kan de vervaardiging van fotokopieën van werken binnen de bibliotheek onder bepaalde voorwaarden worden toegestaan. De huidige fotokopieerapparaten digitaliseren het origineel en drukken op papier een analoge kopie van het originele werk af, hetgeen overeenkomt met de fysieke reproductie van de originelen nadat deze zijn gedigitaliseerd.

55. Het Hof heeft in het arrest VG Wort e.a. [19] geoordeeld dat „uit de bewoordingen van artikel 5, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29 [volgt] dat daarmee niet alleen wordt gedoeld op fotografische techniek, maar tevens op ‚[enige] andere werkwijze die een soortgelijk resultaat oplevert', te weten elk ander medium waarmee een soortelijk resultaat wordt bereikt als met fotografische techniek, dat wil zeggen, de analoge weergave van een werk of ander beschermd materiaal".

16 — Arrest VG Wort e.a. (EU:C:2013:426, punt 67).

17 — Ik zie derhalve geen belemmeringen om bijvoorbeeld een PC of een draagbare computer als „speciale terminal" te kunnen gebruiken. Niettemin kan het begrip „speciale terminal" vereisen dat bepaalde technische mogelijkheden van de installatie in de instellingen voor de gebruikers niet toegankelijk zijn.

18 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak VG Wort e.a. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:34, punt 75 e.v.), waar zij een diepgaande analyse verricht van de reproductie, die een reeks van apparaten inhoudt.

19 — Arrest VG Wort e.a. (EU:C:2013:426, punt 68).

56. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat „[v]oor zover dit resultaat is verzekerd, het aantal handelingen of de aard van de gebruikte techniek of technieken in het betrokken reproductieproces niet ter zake [doet], mits evenwel de verschillende elementen of de verschillende niet-autonome fasen van die een geheel vormende werkwijze onder toezicht van dezelfde persoon plaatsvinden of verlopen en er allemaal op zijn gericht het werk of ander beschermd materiaal op papier of een soortgelijke drager te reproduceren”. [20]

57. Overeenkomstig deze benadering is het mogelijk om bladzijden van een reeds gedigitaliseerd werk af te drukken. Deze situatie gaat verder dan is voorzien in artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, maar kan vallen onder artikel 5, lid 2, sub a, b en/of c, van richtlijn 2001/29. Net zoals het de gebruiker van een bibliotheek, binnen de door de nationale wetgeving gestelde grenzen, vrij staat om de bladzijden van de in de verzameling aanwezige fysieke werken te fotokopiëren en een bibliotheek dat kan toestaan, kan de gebruiker bladzijden van een digitale kopie afdrukken, hetgeen de bibliotheek kan toestaan. Anders dan een op een USB-stick opgeslagen digitale kopie, roept de toestemming van een bibliotheek of andere in artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 bedoelde instelling om de gedigitaliseerde werken af te drukken dienaangaande geen nieuwe situatie in het leven, vergeleken met die waarin er geen sprake zou zijn van een speciale terminal. Het gevaar van een omvangrijke onwettige verspreiding, waarvan in het geval van digitale kopieën sprake is, zal zich evenmin voordoen.

58. Gelet op een en ander, geef ik in overweging de derde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat de door de lidstaten overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 vastgestelde rechten niet zo ver mogen gaan dat gebruikers van de speciale terminals de hun aldus beschikbaar gestelde werken op papier kunnen afdrukken of op een USB-stick kunnen opslaan.

V – **Conclusie**

59. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 5, lid 3, sub n, 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, moet aldus worden uitgelegd dat een werk niet te koop is aangeboden of aan licentievoorwaarden is onderworpen, wanneer de rechthebbende de in dat artikel bedoelde instellingen het afsluiten van licentieovereenkomsten voor het gebruik van dat werk onder redelijke voorwaarden aanbiedt.

2) Artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, uitgelegd in het licht van artikel 5, lid 2, sub c, van genoemde richtlijn, staat er niet aan in de weg dat de lidstaten de in deze bepaling bedoelde instellingen het recht toekennen, de in hun verzamelingen opgenomen werken te digitaliseren, indien dat noodzakelijk is om deze werken via speciale terminals beschikbaar te stellen.

3) De door de lidstaten overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29 vastgestelde rechten mogen niet zo ver gaan dat gebruikers van de speciale terminals de hun aldus beschikbaar gestelde werken op papier kunnen afdrukken of op een USB-stick kunnen opslaan.”

20 — Arrest VG Wort e.a. (EU:C:2013:426, punt 70).