

De vermogensrechtelijke positie van de muziekliefhebber in tijden van iTunes en Spotify

Noreen Sturris & Evert Neppelenbroek*

In dit artikel staat de vraag centraal in hoeverre de vermogensrechtelijke positie van een gebruiker van downloads via iTunes en Spotify Premium vergelijkbaar is met die van de eigenaar van de muziek-cd. In een tijdperk van streamingabonnementen en digitale toegangsverleners moet men niet meer denken in obsoleet rakende termen als 'exemplaren'. Bepalend is het mede door techniek en contract ingevulde gebruiksrecht.

1 Inleiding

Dit artikel is het resultaat van een samenwerking tussen twee auteurs tussen wie zich een ware 'generatiekloof' bevindt. Sturris ruilde het kopen van een cd in haar tienerjaren al snel in voor het downloaden van nummers met behulp van computerprogramma's als Kazaa en LimeWire, en later voor een streamingsabonnement van Spotify. Neppelenbroek houdt daarentegen de voet nog wat meer op de rem. Hij ruilt de door hem zo geliefde 'ouderwetse' muziek-cd liever niet in voor moderne alternatieven zoals Spotify of iTunes, alhoewel hij deze laatste wel gebruikt als back-up en als mogelijkheid om voor zichzelf de liedjes af te spelen op een iPod. Het recht van Sturris kan worden getypeerd als een toegangsrecht, waar het bij Neppelenbroek een stoffelijk eigendomsrecht betreft.

iTunes lijkt een tussenstap te bieden voor de overstap van het in eigendom hebben van een muziek-cd naar een toegangsrecht tot muziek. Wanneer een koper een nummer via iTunes aanschafft, kan deze het gekochte digitale nummer downloaden en opslaan op de eigen computer. Net als Spotify heeft Apple haar zinnen erop gezet deze posi-

tie als verkoper van muziek via iTunes te upgraden naar de meer machtige positie van toegangsverlener tot de online opslagplaats iCloud. In de positie van toegangsverlener heeft Apple via enorme hoeveelheden data de macht over de muziekliefhebber. Immers: muziek luisteren is data aanschaffen. Apple wijst kopers van nummers uit de iTunes Store uitvoerig op de voordelen van het plaatsen van de zojuist gekochte nummers in de iCloud muziekbibliotheek.¹ Wanneer de gebruiker vervolgens de nummers in de iCloud plaatst, plaatst de gebruiker zichzelf in een nog in-niger afhankelijkheidsrelatie tot Apple. De gebruiker promoveert Apple (vaak onbewust) tot toegangsverlener.

Sturris ruilde het kopen van een cd al snel in voor het downloaden van nummers en later voor een streamingsabonnement van Spotify. Neppelenbroek houdt daarentegen de voet nog wat meer op de rem

* N.F.W. Sturris volgt als student de rechtswetenschappelijke onderzoeksmaster aan de Rijksuniversiteit Groningen; mr.dr. E.D.C. Neppelenbroek is universitair docent IT-recht in de vakgroep Transboundary Legal Studies aldaar.

1 www.Apple.com/lae/itunes/video/, o.a. het promoten van 'family sharing' en 'buy once, available everywhere'. Bovendien is er het abonnement op 'iTunes Match'. Dit biedt een iCloud-muziekbibliotheek waardoor gebruikers muziek kunnen streamen uit de iCloud, zodat de muziek niet meer lokaal op apparaten hoeft te worden opgeslagen. Apple promoot uitvoerig het nieuwe 'Apple Music'-streamingsabonnement, maar ook in deze promotie wordt aandacht besteed aan de reeds gekochte nummers via iTunes. Deze zullen ten gevolge van het abonnement op 'Apple Music' tevens geüpload worden naar de iCloud.



Spotify moedigt de gebruikers juist aan een betaald Spotify Premium-abonnement te nemen, dat de mogelijkheid biedt 'offline' muziek te luisteren doordat gebruikers nummers kunnen downloaden. Levert Spotify Premium een eigendomspositie op, waar iCloud deze juist afneemt? Of is dit schijn?

In de goede oude wereld van de muziek-cd is het nog overzichtelijk. Voor de muziek-cd geldt: de muzik liefhebber is heer en meester over zijn eigen exemplaar. De enige bijzonderheid die een beperkende invloed heeft op diens eigendomsrecht is het auteursrecht dat op het vastgelegde muziekwerk rust. Dit auteursrecht heeft de eigenaar te respecteren, maar verder is de vermogensrechtelijke positie die van een eigenaar, met alle vrijheden van dien: het eigen gebruik is vrij, het recht is absoluut en zonder goederenrechtelijke restricties overdraagbaar.²

In hoeverre is de vermogensrechtelijke positie van een gebruiker van iTunes en Spotify Premium nog vergelijkbaar met die van de eigenaar van de muziek-cd?

De vraag die wij in deze bijdrage stellen is de volgende: in hoeverre is de vermogensrechtelijke positie van een gebruiker van iTunes en Spotify Premium nog vergelijkbaar met die van de eigenaar van de muziek-cd? Het probleem van de juridische positie van de gebruiker van digitale inhoud mag zich op een grote juridische belangstelling verheugen.³ De belangrijkste vermogensrechtelijke beweging bestaat eruit dat de muzik liefhebber het abonnement voor streamingdiensten wordt ingeduwd. Dit blijkt een commercieel succesvolle manier om op legale wijze muziek aan de man te brengen. Naast de ongekende toegangsmogelijkheden die deze diensten bieden, staat een duidelijk nadeel: voor de toegang is de gebruiker in beginsel blijvend afhankelijk van de dienstverlener. Onze bijdrage beperkt zich tot de situatie dat de gebruiker van de muzik dienst (iTunes, Spotify) wel degelijk een download verricht, maar niettemin op een of andere manier afhankelijk blijft van de muzik aanbieder.⁴

Het verrichten van een analyse van de vermogensrechtelijke positie van de gebruiker van deze downloads vergt een beschrijving van drie bepalende aspecten. In

de volgende paragraaf komt de technische vormgeving van de diensten aan de orde. Wat de gebruiker met diens muziekdownload mag doen, wordt immers in de eerste plaats bepaald door wat deze ermee kan doen. Dit verschijnsel wordt in Nederland vaak onder de term technoregulering gevat.⁵ In paragraaf drie worden de relevante contractbepalingen van iTunes en Spotify onderzocht. Wat voor recht heeft de muzik liefhebber volgens de muzik aanbieder zelf? In de vierde paragraaf wordt uiteengezet welke vragen beantwoording behoeven als wij tot een conclusie over de vermogensrechtelijke positie van de gebruiker willen komen. Hierbij is de vergelijking met de positie van de eigenaar van een muziek-cd leidend. Met deze vragen gewapend kunnen wij in paragraaf vijf en zes voor de twee diensten de onderzoeksvraag beantwoorden. Aan het einde worden de belangrijkste bevindingen kort op een rij gezet.

2 Wat vermag de techniek?

Bij de aanschaf van een nummer via iTunes krijgt de gebruiker een recht een kopie van het originele exemplaar te downloaden. Het nummer wordt daarmee geheel los verkocht van een drager, waardoor het gebruiksexemplaar niet in het verkeer is gebracht. De koper kan technisch gezien macht uitoefenen over een gekocht nummer. De muziek die een gebruiker via iTunes koopt is sinds 2007 vrij van technologische beperkingen op de afspeelmogelijkheden.⁶ Het nummer kan worden gekopieerd naar een harde schijf, gebrand worden op een cd en geüpload worden naar de iCloud. Bovendien biedt iTunes de mogelijkheid het nummer onbeperkt opnieuw te downloaden uit de iTunes Store zolang deze daarin verkrijgbaar is.

Dit betekent echter niet dat de muziek volledig vrij van beperkingen wordt verkocht. De verkochte nummers dragen een watermerk, namelijk de naam en e-mail van de oorspronkelijke koper.⁷ Op deze manier is het nummer, of een gemaakte kopie daarvan, terug te leiden naar de koper.

Hoewel Apple niet direct toegang heeft tot de nummers van de gebruiker in iCloud kunnen er toch nummers verloren gaan ten gevolge van het synchronisatieproces

- 2 In het proefschrift van Neppelenbroek is dit basisuitgangspunt nader uitgewerkt. Daar is als voorbeeld een schilderij gebruikt. Zie: E.D.C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 6-12.
- 3 Zie in algemene zin de preadviezen van T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving* (Handelingen N.J.V.), Deventer: Wolters Kluwer 2016; J.H.M. van Erp & W. Loof, 'Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud' (preadvies KNB), Den Haag: Sdu 2016; M.B. Voulon, 'Digitalisering en het Nederlands Burgerlijk Wetboek' (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2017. Deze preadviezen bevatten veel verdere verwijzingen naar nationale en internationale literatuur. Zie voorts: F.M.J. Verstijlen, 'Goederenrecht 2.0', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitale Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 135-149.
- 4 We zijn voorzichtig onze specifieke technische en contractuele analyse over te zetten naar andere online diensten dan muzik diensten.
- 5 Zie over technoregulering in een privaatrechtelijk perspectief: J.E.J. Prins, 'Normering, regulering en rechtshandhaving door technologie: over de implicaties van technoregulering voor het privaatrecht', *WPNR* 2011, afl. 6912, p. 1075-1085.
- 6 'Apple: alle iTunes-muziek zonder kopieerbeveiliging', *NRC* 6 januari 2009.
- 7 K. Fisher, 'Apple hides account info in DRM-free music', *Ars Technica* 30 mei 2007. Zie ook het onderzoeksrapport: J. Weda e.a., *Digitale drempels*, Amsterdam 2012, p. 15. Hier wordt het watermerken aangeduid als *sociale DRM*. Wij vonden hierover geen informatie op de iTunes Store, hetgeen in het licht van art. 6:230m sub r BW opmerkelijk mag heten.

Een volgend probleem biedt het proces van synchronisatie. Dit houdt in dat Apple haar data in de iTunes Store vergelijkt met en synchroon maakt aan de data van de gebruiker in iCloud. Bij dit proces kunnen de gekochte nummers van de gebruiker verwijderd of aangepast raken. Hoewel Apple niet direct toegang heeft tot de nummers van de gebruiker in iCloud kunnen er toch nummers verloren gaan ten gevolge van dit synchronisatieproces, mochten deze nummers niet meer beschikbaar zijn in de iTunes Store. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als een artiest weigert om diens nummers nog langer via iTunes aan het publiek te laten verspreiden. Als de koper zeker wil zijn van het behoud van diens kopieën, zal deze moeten vertrouwen op een back-up. Dit betekent dat de nummers, indien de gebruiker deze niet uit eigen initiatief op een harde schijf heeft gekopieerd, in de macht van Apple blijven doordat de nummers in iTunes staan. Wanneer de koper de muziek niet op een harde schijf maar in de iCloud heeft geplaatst, geldt hetzelfde principe.

Spotify Premium biedt de mogelijkheid muziek 'offline' te luisteren door te downloaden. In totaal is het mogelijk 3.333 nummers per apparaat te downloaden, op een maximum van drie apparaten per gebruikersaccount.⁸ 'Muziek downloaden' lijkt te impliceren dat verschillende individuele nummers gedownload kunnen worden, maar dit blijkt onjuist. Het is voor een gebruiker slechts mogelijk gehele afspeellijsten te downloaden voor offline gebruik. Deze afspeellijsten zijn na het downloaden slechts offline af te spelen met behulp van de Spotify-app.⁹ Dit komt doordat de afspeellijsten niet in de vorm van een 'gebruikelijk' mp3-bestand opgeslagen worden in het geheugen van de telefoon. De gedownloade afspeellijst is gecodeerd met de extensie .file.¹⁰ Op deze wijze voorkomt Spotify Premium dat een gebruiker de bestanden kan kopiëren, en daardoor zonder het Premium-abonnement in staat is de bestanden te beluisteren. De gedownloade nummers blijven door deze codering in de beschikkingsmacht van Spotify, doordat de Spotify-app de enige mogelijkheid biedt voor de gebruiker de muziek te beluisteren.¹¹

Wanneer een nummer van Spotify verdwijnt doordat de licentie verloopt, betekent dit niet dat het nummer ook uit de gedownloade afspeellijst verdwijnt aangezien Spotify geen toegang heeft tot het interne geheugen van het apparaat van een gebruiker. Dit

is echter ook niet nodig, omdat de muziek slechts door middel van de Spotify-app afgespeeld kan worden, en deze het nummer simpelweg niet meer zal afspelen. De gebruiker heeft ten gevolge hiervan op geen enkele wijze toegang meer tot het nummer.

Wanneer een nummer van Spotify verdwijnt, betekent dit niet dat het nummer ook uit de gedownloade afspeellijst verdwijnt. Dit is echter ook niet nodig, omdat de muziek slechts door middel van de Spotify-app afgespeeld kan worden, en deze het nummer simpelweg niet meer zal afspelen

3 Contractuele bepalingen

Het verdient aandacht dat de algemene voorwaarden die betrekking hebben op de aankoop van een nummer via iTunes bijzonder lastig te vinden zijn. Apple heeft een 'algemene voorwaarden mediadiensten' opgesteld voor iedere mediaservice die wordt aangeboden, waaronder iTunes. Doordat de voorwaarden meerdere diensten betreffen zijn de voorwaarden vrij algemeen geformuleerd. Hierdoor is het behoorlijk graven voordat de toepasselijke voorwaarde is gevonden betreffende een gekocht nummer via iTunes. Specifiek met betrekking tot iTunes wordt vermeld dat de koper 'op een redelijk aantal compatibele apparaten dat uw eigendom of in uw bezit is DRM-vrije Content kan gebruiken'. Dit betreft een goed voorbeeld van een tamelijk onduidelijke bepaling aangezien 'een redelijk aantal' subjectief is. Wanneer men verder de algemene voorwaarden doorspilt, wordt daarin vermeld dat de gebruiker bij elke transactie (daaronder valt het kopen van een nummer) uitsluitend 'een licentie voor het gebruik van de content' verkrijgt. De gebruiker van iTunes verbindt zich de content op geen enkele wijze te reproduceren, wijzigen, verhuren, uitleenen, verkopen of distribueren.¹² De licentie voor het luisteren naar de muziek wordt na beëindiging van de dienst door Apple of de gebruiker echter niet aangetast. De gebruiker behoudt het recht naar de nummers te luisteren. Op grond van de techniek heeft

8 Spotify startpagina, basisprincipes, https://support.spotify.com/nl/using_spotify/the_basics/listen-offline/

9 Voor het inloggen en openen van de Spotify-app is echter geen internet benodigd, dus de formulering 'offline' is terecht.

10 Spotify, Systeem en instellingen, 'Opslaginformatie' https://support.spotify.com/nl/using_spotify/system_settings/storage-and-data-information/.

11 Hierbij wordt bedoeld op de legale mogelijkheden, zonder het gebruik van 'hacking'.

12 Zie reeds de analyse van T.H.M. van Wechem, 'Downloaden van muziek, enkele consumentenrechtelijke verstrooiingen...', *TvC* 2006, p. 105-107.

de koper veel beschikkingmogelijkheden, maar deze mogelijkheden worden aanzienlijk beperkt door de contractbepalingen.

De voorwaarden van Spotify zijn in vergelijking tot Apple gemakkelijk te vinden en duidelijk over de rechten die de gebruiker verkrijgt getuigende de volgende voorwaarde:

'We kennen u een beperkte, niet-exclusieve, intrekbare licentie toe om gebruik te maken van de Spotify-service, en een beperkte, niet-exclusieve, intrekbare licentie voor persoonlijk, niet-commercieel, entertainmentgericht gebruik van de inhoud (de "licentie"). Deze licentie zal van kracht blijven tot en tenzij het door u of Spotify beëindigd wordt.'

Bovendien wordt nogmaals uitdrukkelijk het volgende gesteld:

'De Spotify-softwaretoepassingen en de inhoud zijn onder licentie aan u gegeven, niet verkocht, en Spotify en zijn licentiegevers behouden eigendomsrechten op alle kopieën van de Spotify-softwaretoepassingen en inhoud, zelfs na installatie op uw persoonlijke computers, mobiele handset, tabletten en/of andere relevante toestellen.'

De gedownloade muziek mag dus net zoals de muziek van iTunes niet worden doorverkocht, verhuurd of gereproduceerd worden. De voorwaarden van Spotify benadrukken zelfs dat de licentie niet verkocht is, maar 'gegeven'. De beperkte beschikkingmogelijkheden door de technoregulering worden door de contractuele voorwaarden niet verder beperkt.

Volgens de Apple klantenservice verkrijgt een koper de volledige eigendom van een nummer, maar daarmee is nog niet duidelijk wat wij daaronder hebben te verstaan

Beide diensten stellen een licentie aan te bieden voor persoonlijk, niet-commercieel gebruik van de content. De nummers mogen op grond van beide licenties niet worden doorverkocht of aangepast. Spotify heeft deze mogelijkheid bovendien technisch onmogelijk gemaakt. De iTunes-koper heeft technisch gezien meer mogelijkheden dan een Spotify Premium-gebruiker, maar deze mogelijkheden worden door middel van de licentie grotendeels net zoveel beperkt als de techniek doet voor Spotify. Het verschil in voorwaarden betreft dat wanneer de dienst beëindigd wordt, de nummers gedownload van Spotify op grond van de licentie en door middel van technoregulering niet meer toegankelijk zijn voor de gebruiker, waar de nummers van iTunes toegankelijk blijven volgens de licentie. Het synchronisatieproces van Apple kan er echter

voor zorgen dat de content alsnog verloren kan gaan indien geen back-up gemaakt is. Volgens de Apple klantenservice verkrijgt een koper de volledige eigendom van een nummer, maar daarmee is nog niet duidelijk wat wij daaronder hebben te verstaan.

iTunes en Spotify Premium hebben beide weliswaar een download van het muziekbestand, maar wat technisch mogelijk is en contractueel is toegestaan, verschilt aanzienlijk

4 Vermogensrechtelijke vragen

Als we de technische omgeving en de contractuele bepalingen op ons in laten werken, dan blijkt dat er een groot verschil bestaat tussen de positie van de gebruiker van iTunes en die van Spotify Premium. Beide hebben weliswaar een download van het muziekbestand, maar wat technisch mogelijk is en contractueel is toegestaan, verschilt aanzienlijk. De gebruiker van een bestand van iTunes kan veel meer met het muziekbestand dan de gebruiker van Spotify Premium.

Wat betekent dit nu voor de vermogensrechtelijke positie van de beide typen gebruikers? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, halen we de gebruiker van de oude vertrouwde muziek-cd weer van stal. Deze heeft, zoals we al hebben geconstateerd, een overduidelijke positie als eigenaar van een stoffelijke zaak in de zin van artikel 5:1 BW. Hieraan kunnen wij vier ijkpunten ontleen die helpen bij de analyse.

In de eerste plaats staat het bij de muziek-cd vast wat voor recht rust op wat voor rechtsobject. Het eigendomsrecht rust immers op de stoffelijke zaak, de muziek-cd. Deze constatering lijkt een platitude, maar als we kijken naar de contractbepalingen bij zowel iTunes als Spotify, blijkt de gebruiker volgens de muzikaanbieder geen recht op een zaak te hebben, maar een licentie om gebruik te mogen maken van de muziek. Wat verklaart dat verschil en wat is de betekenis van die aanduiding?

Het tweede ijkpunt is dat de muziek-cd op basis van een koopovereenkomst wordt aangeschaft. De muzikliefhebber gaat bijvoorbeeld naar een winkel en koopt daar een muziek-cd, rekent af en wordt eigenaar op de

voet van artikel 7:1 BW. Als degene die een kopie downloadt bij iTunes of ter beschikking krijgt bij Spotify dan wordt van een licentie-overeenkomst gesproken. Klopt dit? Sluit deze kwalificatie die als koop (al dan niet in de zin van art. 7:1 BW) uit?

Ten derde volgt uit de doctrine van de auteursrechtelijke uitputtingsleer dwingend-rechtelijk dat wanneer een exemplaar rechtmatig in het eigendomsverkeer is gebracht, de verdere verspreiding van dat exemplaar vrij is.¹³ De koper van een muziek-cd weet dat het hem of haar vrij staat om de muziek-cd als tweedehands exemplaar door te verkopen (art. 12b Aw). Verder volgt, eveneens dwingend-rechtelijk, uit artikel 3:83 lid 1 BW dat geen goederenrechtelijk werkende contractuele bepaling aan de verdere overdracht van het exemplaar in de weg kan staan. Overdrachtsverboden kunnen bij muziek-cd's dus hoogstens met verbintenisrechtelijke werking worden gestipuleerd. Dit betekent per saldo dat de beschikkingsvrijheid van de verkrijger van een muziek-cd is gegarandeerd.¹⁴ Dit is nogal een contrast, vergeleken bij iTunes en Spotify Premium. Bij de laatste dienst is het niet alleen bij contract verboden om muziekbestanden over te dragen, maar belangrijker is dat de eventueel te maken kopie wegens de DRM buiten de Spotify-app geen afspeelbaar formaat heeft. Behalve als de smartphone van eigenaar verandert en de opvolgende eigenaar kan inloggen op de Spotify-app, kunnen de muziekbestanden dus niet overgaan van de ene naar de andere muziekliefhebber. In paragraaf 3 is uiteengezet dat een dergelijke overgang stuit tegen het contractuele overdrachtsverbod 'zelfs na installatie op uw persoonlijke computers, mobiele handset, tabletten en/of andere relevante toestellen'. Bij iTunes is het technisch wel mogelijk de muziekbestanden verder over te dragen, maar verbindt de gebruiker zich 'de content op geen enkele wijze te reproduceren, wijzigen, verhuren, uitlenen, verkopen of distribueren'. Wat op zich mogelijk is, blijkt dus volgens het contract niet te zijn toegestaan. Het 'watermerken' van de muziekbestanden lijkt in de eerste plaats een maatregel te zijn om te kunnen bewijzen dat de gebruiker tegen deze stipulatie heeft gezondigd.

Het laatste ijkpunt dat hier aan de orde komt, is dat de mogelijkheid voor de gebruiker om van de muziek te genieten alleen eindigt als het object, de cd, niet meer werkt (en bovendien geen reserve-exemplaren beschikbaar zijn). Men zou dit een eigenschap kunnen noemen van het eigendomsrecht in het algemeen. Het contrast met Spotify Premium kan

weer niet groter zijn: Spotify kan (technisch) en mag (contractueel) het gebruiksrecht te allen tijde intrekken, ook voor kopieën die zijn gedownload.¹⁵ De gebruiker kan dan afgesloten zijn van diens favoriete muziek waarvoor deze mogelijk jarenlang abonnementsgelden heeft betaald. In beginsel geldt bij iTunes dat men van de muziek kan blijven genieten, ook als Apple de dienst beëindigt. Maar we hebben ook gezien dat het risico's met zich brengt als de muziekliefhebber te veel steunt op de iCloud als 'back-up'. Dit staat nog los van de meer fundamentele vraag wat er gebeurt als de muzikaanbieder ermee ophoudt of failliet gaat. We weten dat de eigenaar van de muziek-cd helemaal niets te maken heeft met een failliete verkoper of auteursrechthebbende: die mag vrij van de cd gebruik blijven maken. Maar hoe zit dat bij muzikaanbieders die min of meer betrokken blijven bij de gebruiker die een exemplaar bij hen heeft gedownload? Hebben deze gebruikers ook een gegarandeerde 'separatistpositie'?

We weten dat de eigenaar van de muziek-cd helemaal niets te maken heeft met een failliete verkoper of auteursrechthebbende. Maar hoe zit dat bij muzikaanbieders die min of meer betrokken blijven bij de gebruiker die een exemplaar bij hen heeft gedownload?

5 Spotify

In dit artikel is de volgorde muziek-cd, iTunes, Spotify aangehouden omdat dit een goede tijdlijn betreft voor de ontwikkeling van de positie van de muziekliefhebber: van eigendomsrecht (muziek-cd) naar toegangsrecht (Spotify). Voor een duidelijke bespreking van de vermogensrechtelijke ijkpunten ten gevolge van deze ontwikkeling is het echter op zijn plaats allereerst Spotify te bespreken omdat dit een duidelijk contrast biedt tegen de muziek-cd. iTunes zal in de volgende paragraaf aan bod komen.

Eigendom en toegang

Het eerste ijkpunt betreft de vraag waarom een koper van een muziek-cd een eigendomsrecht op een stoffelijk exemplaar verkrijgt,

¹³ Zie over uitputting: Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/564.

¹⁴ Wij presenteren het onderscheid tussen de muziek-cd en de elektronische diensten nogal absoluut. Het is niet onterecht om tegen te werpen dat ook het gebruik van muziek-cd's aan technische beperkingen onderhevig kan zijn. Wel zijn in het verleden pogingen om cd's met DRM te bezwaren weinig succesvol gebleken. Verder moet niet gedacht worden dat uitputting voor andere gebruiks- of verspreidingsvormen dan verdere overdracht een vrijbrief geeft.

¹⁵ Gebruiksvoorwaarden Spotify, nr. 16 duur en beëindiging.

waar een Spotify Premium gebruiker slechts een toegangsrecht tot de muziek verkrijgt. Dit onderscheid resulteert in het feit dat het natuurlijk is om te spreken van een ‘koper’ van een cd en een ‘gebruiker’ van Spotify. Dit verschil wordt verklaard doordat Spotify slechts toegang verleent en geen recht biedt tot een bepaald fysiek product zoals een muziek-cd.

Zelfs wanneer de gebruiker van de ‘offline’ modus gebruik maakt en de muziek downloadt, betreft dit ten gevolge van technoregulering desalniettemin slechts een toegangsrecht. De gebruiker kan de gedownloadde muziek slechts afspelen met behulp van de Spotify-app. Daar zou men tegenover kunnen stellen dat een koper van een cd ook een cd-speler nodig heeft om de muziek-cd te kunnen afspelen. Dit betreft echter geen juiste vergelijking omdat de gebruiker van het betaalde Spotify-abonnement in een afhankelijkheidsrelatie verkeert ten opzichte van Spotify. Zodra deze het abonnement opzegt zal de offline toegang tot de gedownloadde muziek ontzegd worden omdat de app van Spotify vanaf dat moment geen toegang meer geeft tot de muziek. De eigenaar van een muziek-cd daarentegen verkrijgt de volledige beschikingsmacht van de cd, waardoor het vanzelfsprekend is dat deze een eigendomsrecht verkrijgt. De muziek-cd-eigenaar verkeert niet in een afhankelijkheidsrelatie met de verkoper van de muziek-cd.¹⁶

Naar onze opvatting kan een overeenkomst die niet leidt tot een vermogensrechtelijk zelfstandige, ‘vrije’ positie van een gebruiker geen koopovereenkomst worden genoemd

Spotify Premium en kooprecht

Het tweede ijkpunt betreft de vraag of, door te spreken van een licentieovereenkomst in de voorwaarden van Spotify met betrekking tot een download, de kwalificatie koop wordt uitgesloten. De ‘gewone’ Spotify Premium gebruiker betaalt 10 euro per maand,¹⁷ waardoor deze naast de toegang tot alle nummers ook in staat gesteld wordt om afspeellijsten te downloaden. Wanneer de gebruiker van Spotify via de Premiumdienst een dergelijke lijst downloadt, kan echter niet gesproken worden van koop. De kopie van de gedownloadde muziek komt, zoals eerder gesteld, niet in de (exclu-

sieve) macht van de gebruiker, doordat deze slechts een toegangsrecht tot de afspeellijst heeft. In het geval van Spotify is het dus juist te spreken van een licentieovereenkomst. Het recht dat verkregen wordt is daarmee slechts verbintenisrechtelijk, namelijk een gebruiksrecht (licentie, toegangsrecht). De ‘offline’ service betekent niets voor de goederenrechtelijke positie van de gebruiker, het betreft slechts een uitbreiding van de verbintenisrechtelijke dienst. Naar onze opvatting kan een overeenkomst die niet leidt tot een vermogensrechtelijk zelfstandige, ‘vrije’ positie van een gebruiker geen koopovereenkomst worden genoemd, noch via artikel 7:1 BW, noch via artikel 7:47 BW.¹⁸ In termen van artikel 7:5 lid 5 BW: de digitale inhoud wordt weliswaar geïndividualiseerd van A naar B gebracht, maar B mag daarover niet de in dat artikel genoemde ‘feitelijke macht’ uitoefenen.¹⁹

Spotify Premium en uitputting

Het derde ijkpunt betreft de doctrine van de auteursrechtelijke uitputtingsleer waaruit voortvloeit dat wanneer een exemplaar rechtmatig in het eigendomsverkeer is gebracht, de verdere verspreiding van dat exemplaar vrij is. Bij Spotify komt deze uitputtingsleer echter helemaal niet in beeld. Spotify maakt het namelijk via technoregulering onmogelijk het muziekbestand met enig nuttig effect over te dragen, door de manier waarop het bestand gecodeerd is. De gebruiker kan slechts door middel van zijn eigen account de muziek beluisteren. De overdracht van het account, een contractovername ex artikel 6:159 BW, kan met succes worden uitgesloten. Voor elke contractovername is immers de medewerking van de wederpartij nodig.

Spotify Premium en het recht op blijvend gebruik

Het laatste ijkpunt betreft de positie van de Spotify-gebruiker wanneer Spotify om enige reden (bijvoorbeeld faillissement) de dienst beëindigt. In dit artikel is al vastgesteld dat de gebruiker van Spotify Premium, ondanks de mogelijkheid tot downloaden slechts een verbintenisrechtelijke positie heeft ten opzichte van Spotify. De mogelijkheid om muziek te downloaden en offline te beluisteren dient los gezien te worden van enig eigendomsrecht, aangezien het slechts een extra service betreft bij het abonnement. In de algemene voorwaarden heeft Spotify opgenomen dat wanneer Spotify de overeenkomst beëindigt, of de toegang tot de Spotify-service opschort, gebruiker ermee instemt dat Spotify geen

¹⁶ Dit kan gezien worden als een nuancering van de analyse van Neppelenbroek, dat DRM ertoe leidt dat de verkrijger een door de techniek ingevuld eigendomsrecht verkrijgt op het exemplaar. Die analyse is correct als men een exemplaar koopt, maar slechts binnen de kaders van de DRM mag gebruiken. Hier echter is de download enkel een extra dienst binnen de toegangsrelatie. Vergelijk Neppelenbroek 2013, p. 143-144.

¹⁷ Mits geen bijzondere actievoorwaarden gelden.

¹⁸ Zie, vergelijkbaar, over het verband tussen het goederenrecht en het verbintenisrecht in het verband met de aanschaf van computerspellen: E.D.C. Neppelenbroek, ‘Een koopactie in een fictieve wereld’, in: E. Koops e.a. (red.), *Digitale Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 169. Vergelijkbaar over Spotify Premium ook: V. van Druenen & R. Westerdijk, ‘Renovatie in het vermogensrecht: digitale inhoud, streaming en het kooprecht’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2015, p. 12-13.

¹⁹ Vergelijk hierbij H. Spath, ‘Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?’, *NTBR* 2015/15, p. 101-103. Zij verdedigt, naar onze opvatting terecht, dat een streamingdienst het best kan worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht. Deze overeenkomst zou wel vallen binnen de nog niet ingevoerde richtlijn levering digitale inhoud, art. 2 lid 1 van de richtlijn. Zie COM(2015) 634 final. Zie voorts over de reikwijdte: D.J.B. Op Heij, ‘De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip “digitale inhoud”’, *TvC* 2017, p. 157-165.

aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid zal hebben naar de gebruiker, en dat geen enkel bedrag dat reeds betaald is, terugbetaald zal worden.²⁰ Ten gevolge van deze contractuele bepaling houdt de gebruiker niets meer over wanneer de dienst wordt beëindigd. De gebruiker heeft dus geen recht op restitutie van het betaalde abonnementsgeld en geen recht meer om muziek te beluisteren. Dit staat in schril contrast met de eigenaar van een muziek-cd, aangezien daar nooit iets 'lopends' wordt beëindigd en dus het muziekgenot nooit hoeft op te houden, ook niet in het geval van het faillissement van de verkoper of de auteur.

iTunes is de moeilijkste noot om te kraken. De koper van een cd verkrijgt duidelijk een zaak; de toegang tot Spotify biedt dat niet. Maar wat verkrijgt de gebruiker van iTunes nu eigenlijk vanuit vermogensrechtelijk oogpunt als deze een muziekstuk downloadt?

6 iTunes

Uit het voorgaande is wel gebleken dat iTunes de moeilijkste noot is om te kraken. De koper van een cd (Neppelenbroek) verkrijgt duidelijk een zaak; de toegang tot Spotify, al dan niet Premium, (Sturris) biedt dat niet. Maar wat verkrijgt de gebruiker van iTunes nu eigenlijk vanuit vermogensrechtelijk oogpunt als deze een muziekstuk downloadt? Twee intuïties strijden hier om voorrang.

Een eerste intuïtie kan zijn dat de muzikliefhebber in precies dezelfde positie komt als de koper van een cd. De muziekstukken staan in de iTunes Store nota bene voor een vergelijkbare prijs te koop als in de cd-winkel. Waarom zou de muzikliefhebber die prijs betalen als deze een betere vermogensrechtelijke positie kan verkrijgen door het doosje in de winkel aan te schaffen? Kunnen we wat we weten over stoffelijke zaken niet gewoon het best overbrengen op wat in essentie hetzelfde is (digitale muziekbestanden) maar wat enkel op een andere manier wordt aangeleverd (via een download in plaats van via een drager)? Deze redenering ligt ten grondslag aan de soms nog geuite gedachte dat digitale inhoud als een stoffelijke zaak moet worden gezien, of

in ieder geval via artikel 3:2 BW een vermogensrechtelijke plek onder de zon moet krijgen.²¹

Vanuit een ander perspectief is het echter helemaal niet zo vanzelfsprekend om de download bij iTunes gelijk te stellen met de verschaffing van de muziek-cd. Een kenmerkend verschil is dat de muziek-cd het officiële exemplaar behelst en dat bij iTunes enkel een kopie wordt gedownload. Men kan zelfs afzien van dat downloaden en vanaf iCloud de muziekstukken oproepen. Zowel vanuit het auteursrecht als vanuit het vermogensrecht is de kopieerbaarheid van digitale inhoud, zoals het muziekbestand van iTunes, reden om nu juist niet de vergelijking met de stoffelijke zaak te maken. Er bestaat geen uniek, centraal rechtsobject meer waaraan de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger kan worden opgehangen.

Een interessant auteursrechtelijk voorbeeld van deze benadering biedt Lessig, die, weliswaar in een iets ander verband, heeft betoogd dat de jurist zijn obsessie met de kopie eens moet loslaten. Naar de mening van Lessig moet het auteursrecht niet draaien om het kunnen controleren van kopieën, maar om het controleren van soorten van gebruik.²² Voulon kan worden aangehaald als iemand die, nadenkende over het thema software, tot de conclusie komt dat we helemaal niet bij de kopie kunnen aanhaken als het gaat over de vermogensrechtelijke positie van de gebruiker.²³ Loof & Van Erp zien meer in het nadenken over de positie van de gebruiker als rechthebbende op een licentie met absolute trekken.²⁴ Voor software is Neppelenbroek eerder ook tot een vergelijkbare conclusie gekomen.²⁵

Het is in ieder geval duidelijk dat iTunes, in techniek en contract, zoveel mogelijk de associatie met exemplaren, koop en eigendom wenst te vermijden.²⁶ Gezien de Anglo-Amerikaanse juridische basis van Apple hoeft dit niet te verbazen.²⁷ Dat wij ons hier op een belangrijk kruispunt van mogelijke kwalificaties bevinden, wordt duidelijk als wij de geformuleerde ijkpunten langslopen.

iTunes, kooprecht en het voortdurend gebruik
Merkwaardig genoeg is het naar Nederlands recht niet zo moeilijk om de vraag te beantwoorden of op de overeenkomst voor de aanschaf van een muziekwerk via iTunes het (consumenten)kooprecht van toepassing kan zijn. Ingevolge artikel 7:5 lid 5 BW, dat al even aan de orde kwam, gaat het bij het downloaden van liedjes via iTunes om het

20 Gebruiksvoorwaarden Spotify, nr. 16 duur en beëindiging.

21 Een klassiek voorbeeld biedt P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, pregnant op p. 188-189.

22 L. Lessig, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, London: Penguin Books 2008, p. 268. Veel van de paniek vanuit zowel het goederenrecht als het auteursrecht om als het ware 'te redden wat er te redden valt' aan het goederenrechtelijke systeem, valt aan deze obsessie toe te schrijven.

23 Voulon 2017, p. 341-343.

24 Van Erp & Loof 2016, p. 63.

25 Neppelenbroek 2013, p. 189-193.

26 Hier lijkt wat men aantreft in de iTunes Store soms toch ook weer van af te wijken: wie een volledig album wenst aan te schaffen ziet wel degelijk 'koop' bij een volledig album staan. Bij 'help' wordt ook gesproken over 'aankopen', wel in combinatie met downloads.

27 Zie de beschrijving van het Anglo-Amerikaanse recht door Van Erp & Loof 2016, p. 34-38.

leveren van ‘digitale inhoud zonder materiële drager’, ‘die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend’.²⁸ Daarmee staat vast dat bij deze verkrijging van liedjes het kooprecht kan worden toegepast. We bevinden ons kennelijk in een ‘koopachtige’ situatie.

Artikel 7:5 lid 5 BW is mede geïnspireerd op het arrest *Beeldbrigade / Hulskamp* van de Hoge Raad uit 2012.²⁹ Voor software (computerprogrammatuur) besliste de Hoge Raad dat het kooprecht van toepassing is op de aanschaf van software waarbij, kort gezegd, de verkrijger in de eerste plaats iets individua-liseerbaars verkrijgt en in de tweede plaats daarbij het recht om daarvan blijvend gebruik te mogen blijven maken.

Wat de Hoge Raad niet duidelijk heeft gemaakt (en dat hoefde ook niet voor het beantwoorden van de verbintenisrechtelijk kwalificatievraag) is hoe deze kwalificatie past in het vermogensrechtelijke systeem. Is het kooprecht van toepassing omdat een zaak in eigendom (of iets wat past binnen art. 3:2 BW) wordt overdragen of is het kooprecht van toepassing ondanks het feit dat geen zaak wordt overgedragen?

Hoe dan ook, als Apple in de voorwaarden heeft staan dat de gebruiker uitsluitend de beschikking krijgt over ‘een licentie voor het gebruik van de content’, dan wil dat nog niet zeggen dat het kooprecht niet van toepassing is. Er moet door de juridische voorwaarden heengekeken worden naar de positie van de gebruiker. Wat verwacht deze en wat mag deze verwachten?

Eerst en vooral moet de verkrijger de mogelijkheid krijgen om voor onbeperkte duur van de muziek kunnen genieten. Wie een muziek-cd koopt mag, zolang deze de muziek op een drager heeft staan, deze gebruiken.³⁰ Daarbij doet de gebruiker er verstandig aan de gekochte muziek niet alleen op de gekochte drager te bewaren, maar ook in een ander geheugen (bijvoorbeeld op de harde schijf van een pc met gebruikmaking van iTunes). In dat geval verzekert de gebruiker zich niet alleen *de jure*, maar ook *de facto* van oneindig gebruik. Op dit punt achten wij de positie van de verkrijger van een muziekstuk via iTunes voldoende vergelijkbaar met die van de koper van de muziek-cd. Ook deze gebruiker heeft, weliswaar via een download, de beschikking gekregen over het muziekbestand die deze mag vastleggen, eventueel met een back-up. Wie zorgvuldig met de discografie omgaat, zal eindeloos van de muziek kunnen genieten.

Iets wat het voortdurende gebruik niet in de weg mag zitten is de aandrang van iTunes om van de iCloud gebruik te maken. Wie zijn of haar muziekbibliotheek ‘toevertrouwt’ aan de cloud kan, zo hebben we gezien, het risico lopen niet meer bij de muziek te kunnen komen als iTunes dit nummer niet meer in het aanbod heeft en daarom het nummer schrapt uit verzameling van de gebruiker. De gebruiker zou dan *de jure* het recht hebben verkregen om de muziek te downloaden, maar *de facto* geen toegang meer hebben tot de muziek. De koper moet daarvoor niet bang hoeven zijn als hij door middel van koop aan zijn downloadrecht is gekomen. De gebruiker die vertrouwt op iCloud zou daarom op grond van artikel 7:17 BW altijd de mogelijkheid moeten blijven houden om alsnog de eigen muziek te kunnen downloaden op een eigen drager. Als de aanbieder overweegt een nummer uit het aanbod te schrappen, dan dient de gebruiker daarvoor te worden gewaarschuwd en dient deze de mogelijkheid te krijgen om het bestand binnen een redelijke termijn alsnog kosteloos veilig te stellen. De rauwelijkse afsluiting waarop iTunes zich denkkelijk meent te mogen beroepen, strookt niet met het conformiteitsbeginsel.³¹

Het is een ding dat degene die van iTunes downloadt in principe eenmalig het recht heeft gekocht om oneindig van de muziek te mogen blijven genieten. De vervolgvraag is of dit een vermogensobject betreft waarover de gebruiker mag beschikken.

iTunes en de uitputtingsregel

Het is een ding dat degene die van iTunes downloadt in principe eenmalig het recht heeft gekocht om oneindig van de muziek te mogen blijven genieten. De vervolgvraag is of dit een vermogensobject betreft waarover de gebruiker mag beschikken. Mag de muziek zonder meer verder worden overgedragen of bijvoorbeeld verpand? Het antwoord op deze vraag is onzeker. Grofweg geldt een economisch argument ten faveure van de toepassing van de uitputtingsregel en een juridisch argument ertegen.

Het zou stroken met de eerste intuïtie als het antwoord op de vraag bevestigend luidt. Waarom zou een koper van een cd

²⁸ Wij gaan er hier aan voorbij dat op de keper beschouwd deze bepaling nogal vaag en omvattend is geformuleerd. Hierover kritisch: V. van Druenen & R. Westerdijk, ‘Renovatie in het vermogensrecht: digitale inhoud, streaming en het kooprecht’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2015, p. 11-12.

²⁹ HR 27 april 2012, ECLI: NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012/293.

³⁰ Dat staat er overigens los van dat het gebruik niet moet leiden tot schending van het auteursrecht van de maker van de muziek. Diens eigendomsrecht ex art. 5:1 lid 2 BW wordt door dit ‘recht van anderen’ beperkt.

³¹ In de voorgestelde richtlijn voor de levering van digitale inhoud vloeit dit naar onze mening voort uit de eis van continuïteit uit art. 6 lid 1 sub a, luidende: ‘Om in overeenstemming met de overeenkomst te zijn, dient de digitale inhoud, voor zover relevant: (a) wat betreft [...] continuïteit, te voldoen aan de voorschriften van de overeenkomst, met inbegrip van alle precontractuele informatie die daarvan integrerend deel uitmaakt; [...]’.

deze wel mogen doorverkopen en de koper van een download niet de kopie? Wat zou de vermogensrechtelijke achterstelling van de downloader met die van de exemplaarkoper rechtvaardigen? Ook vanuit auteursrechtelijk perspectief laat dit zich verdedigen. Waarom zou een auteur de doorverkoop tegen mogen houden terwijl deze al een koopprijs heeft ontvangen? Is de betaling van deze koopprijs niet al voldoende beloning voor de auteur. Wordt het auteursrecht niet te veel uitgemolken als elke koper van de muziekdownloads tevens eindgebruiker is? Deze (economische) beloningstheorie is een belangrijke basis voor het Europese *UsedSoft*-arrest, in welke de uitputtingsregel van toepassing wordt geacht voor software.³²

We wezen echter ook op het kenmerkende verschil dat bij de aanschaf van een muziek-cd een officieel exemplaar kan worden aangewezen, terwijl bij de download enkel een bestand in een bepaald formaat wordt aangeleverd. Er is dus geen exemplaar meer dat in het verkeer is gebracht en kan worden doorverkocht en in eigendom overgedragen, terwijl dat ingevolge artikel 12b Aw wel is vereist. Verder kan uit de Europese Auteursrechtlijn worden afgeleid dat de uitputtingsregel juist niet van toepassing is als de kopie niet als materieel exemplaar in het verkeer is gebracht, maar online (zoals via een download).³³ Als we vervolgens kijken naar de technische en contractuele inrichting van iTunes, dan blijkt dat Apple zwaar inzet op de niet-toepasselijkheid van de uitputtingsregel. Doorverkoop is niet toegestaan en wie dat wel doet, kan worden geïdentificeerd door middel van het watermerk in de bestanden.

Wij zijn er in beginsel voor dat gekochte informatieproducten mogen worden doorverkocht

De vraag is hier wat leidend moet zijn. Moet de trom worden geslagen door de auteursrechtindustrie (hier: Apple)? In dat geval blijft de doorverkoop zoveel mogelijk contractueel en technisch dichtgetimmerd. Of moet de eerste intuïtie bepalend zijn en moet de industrie zich daar maar aan aanpassen? Het is lastig hier een rechtvaardig evenwicht te vinden.³⁴ Wij zijn er in beginsel voor dat gekochte informatieproducten mogen worden doorverkocht. Als dit *stante pede* mogelijk is, dan loopt de auteursrechtelijke kans dat de potentiële verkoopmarkt wordt verkleind, omdat velen het informatieproduct uit de tweede (of

verdere) hand zullen kopen. Men zou daarom, afhankelijk van het soort informatieproduct, kunnen denken aan een embargo van korte tijd voordat de gebruiker het mag/kan doorverkopen. Het lijkt bijvoorbeeld redelijk dat de koper van een roman een jaar moet wachten voordat deze mag worden doorverkocht. Zoals Seignette terecht opmerkt, zou het de eerste verkoop erg hinderen als dergelijke boeken na lezing direct zouden kunnen worden doorgegeven.³⁵ Wij zouden echter niet weten waarom de koper van software, een computergame of een muziekalbum via iTunes zou moeten wachten voordat uitputting intreedt.

Uitputting moet dus na koop leidend zijn. Dit is eenvoudiger gesteld dan in de praktijk gebracht. Een van de kenmerkende vereisten voor uitputting bij downloads die naar voren kwam in het *UsedSoft*-arrest is dat de eerste verkrijger ervoor moet zorgen dat deze geen beschikking houdt over een kopie van de software na de doorverkoop aan de tweede verkrijger. Als Neppelenbroek zijn verzameling cd's wil overdragen dan zal hij dus de kopieën op zijn computer en iPod effectief moeten verwijderen. Anders komt er kopie op kopie in het verkeer, en dat is niet de bedoeling. Alleen de officiële exemplaren zijn immers uitgeput. Een praktisch kernprobleem betreft de bewijslast voor de doorverkoper. Deze kan wel zeggen dat het eerste exemplaar gewist is, maar heeft deze dat daarmee ook aannemelijk gemaakt? Men moet zich realiseren dat in de *UsedSoft*-casus de uitputting principieel haar beslag kreeg, maar dat *UsedSoft* uiteindelijk het benodigde bewijs voor de Duitse rechter niet kon leveren.³⁶

De downloadindustrie heeft enige tijd geleden in de startblokken gestaan om de doorverkoop van informatieproducten mogelijk te maken. Met name e-boeken zouden praktisch 'doorverkoopbaar' worden gemaakt, door middel van het principe dat het bestand bij de oorspronkelijke verkrijger automatisch gewist zou worden. Hiermee zou het principe kunnen worden gehandhaafd dat een verkochte kopie door niet meer dan een gebruiker zou worden benut ('one copy, one use') en zou het bewijsprobleem zijn opgelost.³⁷ Een universele invoering van dit principe is gesneefd doordat in de Verenigde Staten in de *Redigi*-casus uitputting voor muziekdownloads is afgewezen.³⁸ Het lijkt erop dat de rechter aldaar de industrie is gevolgd. Het is maar zeer af te wachten of de Europese rechter anders zal beslissen.³⁹ Wellicht is de door ons gewenste uitkomst te politiek voor rechterlijke beoordeling en

32 HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407.

33 Zie overweging 29 in de considerans voor 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, welke aanvangt met: 'Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten.' In deze richting wijst ook de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake *Pictoright*, alhoewel dit arrest niet een online-geval betrof. In overweging 40 stelt het hof vast: 'De uitputting van het distributierecht is dus van toepassing op de tastbare zaak waarin een beschermd werk of een kopie daarvan is belichaamd indien deze zaak met toestemming van de auteursrechtelijke in de handel is gebracht.' HvJ EU 22 januari 2015, C 419-13 (*Art & Allposter / Stichting Pictoright*). Vergelijk: Gielen 2017/633.

34 Vergelijk hierbij Van Erp & Loof 2016, p. 41-43.

35 Seignette aan het eind van haar annotatie bij Rb. Den Haag 12 juli 2017, IER 2018/4 (*NUV/Tom Kabinet*).

36 BGH 17 juli 2013 – I ZR 129/08, r.o. 64, *MMR* 2014, 232 (*Usedsoft II*). Uit het vervolg OLG München 2 maart 2015, 6 – U – 2759/08, *MMR* 2015, 397 blijkt dat *Usedsoft* dat bewijs niet kan leveren.

37 Zie over dit principe en de uitwerking daarvan in de casus inzake Tom Kabinet nader onder meer: E. Louwers & S. van Rienen, 'One copy, one use?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014, p. 154-157.

38 *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.*, No. 12 Civ. 95 (RJS), 934 F.Supp.2d 640 (2013).

39 Juli vorig jaar heeft de Rechtbank Den Haag daarover prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. Zie: Rb. Den Haag 12 juli 2017, IER 2018/4 (*NUV/Tom Kabinet*).

moet deze problematiek in de politieke arena tot een einde worden gebracht. In de digitale omgeving moet de technologie de oplossing voor het juridische probleem faciliteren, welke oplossing ook gevonden wordt.

Neppelenbroek met zijn cd-verzameling begint zo langzamerhand een wandelend anachronisme te worden. Sturris heeft intussen de mogelijkheid om via Spotify Premium muzieklijsten samen te stellen uit tientallen miljoenen nummers

Conclusie

In dit artikel hebben wij de vermogensrechtelijke positie van een eigenaar van de muziekcd (Neppelenbroek) vergeleken met de positie van een gebruiker van Spotify (Sturris) en een gebruiker van iTunes. In deze analyse is aandacht besteed aan de contractuele bepalingen en de technische vormgeving van zowel iTunes als Spotify Premium. Beide diensten verschaffen de gebruiker een downloadbare kopie van een muzieknummer. Toch verschilt de vermogensrechtelijke positie van een gebruiker van iTunes van die van een Spotify Premium gebruiker. Dit komt doordat de vermogensrechtelijke positie van een gebruiker mede bepaald wordt door het contract en de techniek. Technische maatregelen bepalen immers of een gebruiker de 'feitelijke macht' kan uitoefenen over een gedownloade kopie. Daarmee in lijn legt de aanbieder aan de gebruiker bijbehorende contractuele verplichtingen op.

Bij Spotify Premium is het verschaffen van een kopie zo ingekapseld in het systeem van toegangverlening, dat het verkrijgen van een kopie niet meer samenhangt met een eigendomsverzekering of de verkrijging van een recht dat vermogensrechtelijke onafhankelijkheid oplevert voor de gebruiker. De gebruiker heeft 'een recht op toegang'.

Bij iTunes kan nog wel over koop gesproken worden aangezien voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 7:5 lid 5 BW. De techniek brengt het muziekbestand in de feitelijke macht van de koper, maar diens technische mogelijkheden worden grotendeels beperkt door licentievoorwaarden. De koopachtige situatie waarin de iTunes-gebruiker verkeert, levert nadere verplichtingen op voor de 'downloaddienstverlener' voor conformiteit in verband met het toevertrouwen van de muziekstukken in iCloud. Zeker een consument mag niet zonder waarschuwing bestanden kunnen kwijtraken. Het is een rechtspolitieke kwestie of de uitputtingsregel van toepassing is voor de doorverkoop: techniek en contract zijn op dit moment erop ingericht dat deze regel niet geldt. Wij zijn van mening dat het bij de positie van een koper hoort, dat deze het gekochte verder mag overdragen. Bij gekochte muzieknummers zou wet, techniek, noch contract aan de onmiddellijke werking van de uitputting in de weg behoren te staan.

Uit voorgaande blijkt dat de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger afhankelijk is van de waardering van de in praktijk verleende gebruiksrechten en toegangsrechten. Daarbij geldt dat waar het kooprecht van toepassing is, het recht van de verkrijger die kwalificatie moet rechtvaardigen. Doordat de vermogensrechtelijke positie niet slechts meer bepaald wordt door de verschaffing van een kopie of een exemplaar, zijn wij van mening dat het denken in exemplaren en kopieën losgelaten zou moeten worden. Wij prefereren dan ook te spreken van gebruiksrechten, al dan niet met goederenrechtelijke werking.

De kopie raakt obsoleet. Dit betekent dat Neppelenbroek met zijn cd-verzameling, bestaande uit meer dan 11.500 muzieknummers, zo langzamerhand een wandelend anachronisme begint te worden. Hij blijft zich echter dapper verweren tegen de pogingen van iTunes om hem iCloud te laten installeren. Verder weigert hij zich halsstarrig over te geven aan de totale beschikbaarheid van alle muziekopnames. Sturris heeft intussen de mogelijkheid om via Spotify Premium muzieklijsten samen te stellen uit tientallen miljoenen nummers.