

Het einde van de Auteurswet nadert. Veertig jaar harmonisatie van het auteursrecht in Europa (1977-2017)

Bernt Hugenholtz

Prof. mr. B.P. Hugenholtz is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR).

De geschiedenis van de harmonisatie van het auteursrecht valt samen met die van dit tijdschrift. Dit artikel is opgedragen aan J.H. (Jaap) Spoor, die als AMI-redactielid van het eerste uur veertig jaar harmonisatie onverschrokken aan zich voorbij zag gaan. Veertig jaar geleden, in de rubriek 'internationaal nieuws' van het allereerste nummer van *Auteursrecht*, werd bericht dat de Europese Commissie onderzoek had laten doen naar de verschillen tussen de nationale auteurswetten in de Europese Gemeenschap.¹ Het door dr. A. Dietz van het Max Planck Instituut in München in het Duits geschreven rapport was sinds kort 'als xerografische, in twee delen geniete uitgave verkrijgbaar bij de Europese Commissie'.² Dit was het begin van de harmonisatie van het auteursrecht in Europa, die in de decennia daarna diepe sporen zou trekken door het Nederlandse recht – sporen die slechts ten dele zichtbaar zijn in de huidige bewoordingen van de Nederlandse Auteurswet.

De harmonisering van het auteursrecht in Europa heeft zich na een periode van inleidende schermutselingen voltrokken in drie fasen: een eerste, uiterst productieve periode van tien jaar waarin de belangrijkste harmonisatierichtlijnen het licht zagen (1991-2001); een tweede decennium van consolidering en *soft law* (2002-2012); en een derde – nog steeds voortdurende – periode van 'harmonisering door rechtspraak', waarin het Hof van Justitie de harmonisatietoorts van de Europese wetgever goeddeels lijkt te hebben overgenomen. Dit artikel schetst de geschiedenis van de harmonisatie van het auteursrecht in Europa. In een slotbeschouwing wordt gespeculeerd op een mogelijke vierde fase: de unificatie (eenmaking) van het auteursrecht in de EU, die het einde zou betekenen van de Nederlandse Auteurswet.

De voorfase

Zoals de studie van Dietz duidelijk liet uitkomen, vertoonden de regels inzake het auteursrecht en de naburige rechten van

de (destijds) negen lidstaten van de EG onderling forse verschillen, waardoor het vrije verkeer van (cultuur)goederen binnen de Gemeenschap potentieel belemmerd werd. Harmonisering van het auteursrecht was derhalve noodzakelijk, concludeerde Dietz.³ Hij adviseerde echter niet om het auteursrecht in Europa in één klap gelijk te trekken, maar om een programma van stapsgewijze harmonisatie te initiëren. Volgens het door Dietz voorgestelde 'Harmonisierungsfahrplan' zou voorrang moeten worden gegeven aan de meest dringende dossiers: de duur van het auteursrecht, de privékopie, de reprografie, het leenrecht en (de uitputting van) het distributierecht.⁴ In een mededeling van de Commissie aan de Raad van 22 november 1977 nam de Commissie deze aanbevelingen *grosso modo* over.⁵ Naast de door Dietz aangedragen onderwerpen noemde de Commissie ook uitdrukkelijk het volgrecht (*droit de suite*).

De Nederlandse Vereniging voor Auteursrecht (VvA) had aanvankelijk enige moeite de auteursrechtelijke plannen van de Commissie serieus te nemen, maar in 1980 beviel de

1 A. Dietz, 'Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft', onderzoek in opdracht van de Europese Commissie, Brussel, december 1976, Baden-Baden: Nomos, 1978. Het rapport is uitgebreid besproken door R. du Bois, *Auteursrecht* 1977/2, p. 23-25 en 1977/3, p. 37-40.

2 P. Nijhoff Asser, *Auteursrecht* 1977, nr. 1, p. 13.

3 Dietz, a.w. p. 306.

4 Dietz, a.w. p. 309-310.

5 Europese Commissie, 'De communautaire actie in de culturele sector', Mededeling aan de Raad van 22 november 1977, COM(77) 560, Brussel, 2 december 1977, Bulletin van de EG, Supplement 6/77. Zie P. Nijhoff Asser, *Auteursrecht* 1978, nr. 2, p. 28.

studiecommissie 'nieuwe Europese plannetjes' toch nog van een volwassen, tamelijk kritisch rapport.⁶ Intussen waren de harmonisatieplannen van de Commissie steeds meer omvattend geworden, waardoor het auteursrecht enigszins uit het oog verloren werd.⁷ Wel kwam in 1986 een eerste harmonisatie-richtlijn op het terrein van de intellectuele eigendom, de Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten (chipsbescherming), tot stand.⁸

De vroegste auteursrechtelijke richtlijnen danken hun ontstaan uiteindelijk aan het belangrijke Groenboek *Copyright and the Challenge of Technology* dat de Europese Commissie in 1988 publiceerde.⁹ In het Groenboek werden zes terreinen geïdentificeerd waarop 'onmiddellijke actie' door de Europese wetgever noodzakelijk werd geacht: (1) piraterij; (2) de audiovisuele thuiskopie; (3) het distributierecht, met inbegrip van uitputting en verhuur; (4) computerprogramma's; (5) databanken; en (6) multilaterale en bilaterale externe betrekkingen. In een vervolgdokument van 1990 werden aan deze harmonisatieagenda nog enkele dossiers toegevoegd, te weten de duur van het auteursrecht, de morele rechten, de reprografie en het volgrecht.¹⁰

Veel van de onderwerpen die door de Commissie rijp voor harmonisatie werden bevonden hadden betrekking op (des-tijds) nieuwe informatietechnologie, en waren in zekere mate perifeer aan het traditionele auteursrecht. Dat was zeker niet toevallig; juist op deze gebieden was er van divergerende nationale regels en diepgewortelde 'doctrines' nog nauwelijks sprake, zodat harmonisering op relatief weinig politieke weerstand hoefde te stuiten.

Het Europese 'acquis' op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten heeft vervolgens in amper tien jaar vorm gekregen: van de Softwarerichtlijn van 1991 tot de Auteursrecht-richtlijn die in 2001 werd aangenomen.

Het decennium van richtlijnen (1991-2001)

Een belangrijk deel van het werkprogramma van de Commissie, zoals uiteengezet in het Groenboek en zijn 'Follow-Up', werd in de loop van de negentiger jaren gerealiseerd. Op 14 mei 1991 zag de Richtlijn bescherming computerprogramma's, de eerste harmonisatie-richtlijn op het terrein van het auteursrecht, het licht.¹¹ De richtlijn creëerde een

geharmoniseerd kader voor de bescherming van computerprogramma's als 'werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie' en voorzag onder meer in een aantal specifieke beperkingen, waarvan de decompilatieregule (art. 6), die *reverse engineering* onder strikte voorwaarden toeliet, de meest controversiële was. Achteraf gezien was de belangrijkste bijdrage aan het acquis de harmonisatie van de oorspronkelijkheidsstoets. 'Een computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen [intellectuele] schepping van de maker is', aldus art. 1 lid 3.¹²

De Softwarerichtlijn werd anderhalf jaar later gevolgd door de Verhuurrichtlijn, die niet alleen voorzag in geharmoniseerde rechten van commerciële verhuur en vergoedingsrechten voor de uitleen van werken, maar ook in harmonisatie op hoofdlijnen van de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, omroeporganisaties en filmproducenten.¹³ In Nederland gaf de richtlijn onder meer een belangrijke impuls aan de totstandkoming van de Wet op de naburige rechten.

In 1993 werden nog twee auteursrechtelijke richtlijnen aangenomen: de Satelliet- en Kabelrichtlijn,¹⁴ die de complexe logistiek van grensoverschrijdende rechtenvererving in de televisiesector stroomlijnde, en de Duurrichtlijn,¹⁵ die de beschermingstermijn opwaarts harmoniseerde naar zeventig jaar post mortem auctoris voor het auteursrecht respectievelijk vijftig jaar voor de naburige rechten.

Weer drie jaar later, in 1996, werd de Databankrichtlijn aangenomen. Deze voorzag in een tweevoudig regime: auteursrechtelijke bescherming voor oorspronkelijke gegevensverzamelingen en een recht *sui generis* voor databanken die het product zijn van substantiële investering.¹⁶ In ons land luidde de richtlijn het einde in van de aloude geschriftenbescherming. Het duurde echter nog tot 2014 voordat het lot van het geschriftenrecht formeel bezegeld werd,¹⁷ nadat het Hof van Justitie in de zaak *Football Dataco* bevestigd had dat de richtlijn voor laagdrempelige quasi-auteursrechtelijke bescherming geen ruimte liet.¹⁸

In 2001 baarde de Europese wetgever na een zeer zware bevalling de Volgrechrichtlijn, die geheel tegen de wens van de Nederlandse regering voorzag in een vergoedingsrecht bij de doorverkoop van werken van beeldende kunst. Inmiddels waren de harmoniseringsplannen van de Europese Commissie

6 Rapport van de Studiecommissie Nieuwe Europese Plannetjes (NEP), *Auteursrecht* 1980/4, p. 67.

7 European Commission, White Paper, 'Completing the Internal Market', COM (85) 310, Brussel, 14 juni 1985.

8 Richtlijn 87/54/EEG van 16 december 1986, *Pb L* 24/36, 27.01.1987.

9 Europese Commissie, Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie. Problemen op het gebied van het auteursrecht die onmiddellijke aanpak behoeven. Mededeling van de Commissie ['Copyright and the Challenge of Technology. Copyright issues requiring immediate action'], COM (88) 172 final, Brussel, 7 juni 1988.

10 European Commission, 'Follow-up to the Green Paper', COM (90) 584 final, Brussels, 17 January 1991.

11 Richtlijn 91/250/EEG van 14 mei 1991, *Pb L* 122/42, 17.05.1991.

12 Het woord 'intellectuele' komt in de Nederlandse versie van dit artikel merkwaardig genoeg niet voor. Vgl. de Engelse versie van art. 1 lid 3:

'A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation.' Latere richtlijnen spreken wél van de 'eigen intellectuele schepping van de maker'; zie bijv. art. 1 lid 1 van de Databankrichtlijn.

13 Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992, *Pb L* 346/61, 27.11.1992.

14 Richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993, *Pb L* 248/15, 6.10.1993.

15 Richtlijn 93/98/EEG van 29 oktober 1993, *Pb L* 290/9, 24.11.1993.

16 Richtlijn 96/9/EG van 11 maart 1996, *Pb L* 77/20, 27.03.1996.

17 Wet van 5 november 2014, *Stb.* 428.

18 HvJ EU 1 maart 2012 (*Football Dataco*), zaak C-604/10, *NJ* 2012/433, m.nt. P.B. Hugenholtz; *AMI* 2012, afl. 4, nr. 15, m.nt. A.C. Beunen.

echter nog ambitieuzer geworden. De opkomst van het Internet (in Europees jargon ‘de informatiemaatschappij’) bracht de belofte van onbeperkt grensoverschrijdende ‘content’ en gaf nieuw elan aan de harmonisatieagenda. Dit leidde al in 1995 tot een nieuw Groenboek ‘betreffende het auteursrecht en naburige rechten in de Informatiemaatschappij’.¹⁹ Tegelijkertijd raakten de onderhandelingen bij WIPO over een mogelijk Protocol bij de Berner Conventie in een stroomversnelling. Dit resulteerde in 1996 in een tweetal ‘Internet-verdragen’: het WIPO Auteursrechtverdrag en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT). Beide verdragen werden namens de Europese Unie door de Commissie ondertekend, waarmee de EU de verplichting op zich nam de nieuwe internationale normen eenvormig in de lidstaten in te voeren.

De Auteursrechtrichtlijn die als gevolg van deze initiatieven in 2001 werd aangenomen,²⁰ ging tot veler verrassing veel verder dan de ‘digitale agenda’ die ervoor de aanzet vormde. De richtlijn voorzag in de eerste plaats in – door de komst van de digitale netwerkmaatschappij onvermijdelijke – harmonisatie van de rechten van reproductie en mededeling aan het publiek (inclusief een recht van ‘making available’), alsook in de door de WIPO-verdragen vereiste bescherming van DRM-systemen. De richtlijn regelde echter ook allerlei niet of nauwelijks ‘digitale’ kwesties, zoals het distributierecht en de wettelijke beperkingen van het auteursrecht.

Het decennium van consolidatie (2002-2012)

Na dit uiterst productieve eerste decennium kwam de Europese wetgevingsmachine geleidelijk tot stilstand. Met uitzondering van de Handhavingsrichtlijn van 2004,²¹ die betrekking had op rechten van intellectuele eigendom in brede zin, werden lange tijd geen nieuwe richtlijnen op het terrein van het auteursrecht tot stand gebracht. Voor deze vertraging zijn diverse oorzaken aan te wijzen, waarvan de snelle groei van de Unie, waardoor het bereiken van consensus tussen de lidstaten steeds moeilijker werd, er zeker één was. Daarbij speelde ook een rol dat de nieuwe leden van de EU relatief minder ontwikkeld waren; deze lidstaten waren derhalve minder geneigd een beleid van sterke IE-rechten te steunen. Een andere factor was wellicht het afkalvende vertrouwen van het electoraat in de kwaliteit van de EU-wetgeving, en in de Unie als zodanig.

Dit alles verklaart waarom de Europese Commissie in haar auteursrechtbeleid in deze periode haar toevlucht zocht in ‘zachte’ wetgeving, zoals de Aanbeveling betreffende online-muziekdiensten (Online Music Recommendation) van 2005.²² Met deze niet-bindende aanbeveling aan de lidstaten probeerde de Commissie het verlenen van Unie-brede licenties voor het online gebruik van muziekwerken te bevorderen. De Aanbeveling liep vooruit op de Richtlijn collectief beheer, die uiteindelijk in 2014 werd aangenomen.²³

Verder werden in de loop van 2006-2009 drie richtlijnen om onduidelijke redenen ‘geconsolideerd’, dat wil zeggen van mineure wijzigingen en nieuwe nummering voorzien.²⁴ Een substantiële wijziging onderging in 2011 – na een succesvolle lobby van de platenindustrie – de Duurrichtlijn,²⁵ waardoor de beschermingsduur van de naburige rechten van fonogrammenproducenten en uitvoerend kunstenaars tot zeventig jaar verlengd werd.²⁶

Ten slotte kwam in 2012 een Richtlijn inzake ‘verweesde werken’ tot stand,²⁷ die tot doel had het digitale hergebruik door bibliotheken en andere erfgoedinstellingen te faciliteren van oude werken in de collecties waarvan de rechthebbenden niet meer traceerbaar waren. Veel verandering in het auteursrechtelijke acquis heeft deze richtlijn echter niet gebracht.

Het tijdperk van juridisch activisme

De afgelopen jaren is het zwaartepunt van de auteursrechtelijke harmonisatie van de Uniewetgever verschoven naar de Unierechter, het Hof van Justitie. Met het in 2009 gewezen *Infopaq*-arrest heeft het Hof een activistische agenda van ‘harmonisatie door interpretatie’ (in de woorden van Bently: *harmonization by stealth*²⁸) ingezet. In deze zaak, die handelde over het ongeoorloofde gebruik van korte fragmenten uit nieuwsartikelen door een attenderingsdienst, oordeelde het Hof dat het in de Auteursrechtrichtlijn geharmoniseerde reproductierecht zich uitstrekt ‘tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan’.²⁹ Daarmee verhief het Hof impliciet de voor maar drie werkcategorieën – computerprogramma’s, databanken en foto’s³⁰ – formeel geharmoniseerde werktroets tot een algemene Unierechtelijke norm, zoals in latere uitspraken van het Hof bevestigd werd.³¹ Deze rechtspraak heeft in de literatuur tot veel kritiek geleid. Het Hof zou zijn constitutionele

19 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende het auteursrecht en naburige rechten in de Informatiemaatschappij’, COM (95) 382 def, Brussel, 19 juli 1995.

20 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001, Pb L 167/10, 22.06.2001.

21 Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004, Pb L 195/16, 02.06.2004.

22 Aanbeveling van de Europese Commissie 2005/737/EG van 18 oktober 2005, L 276/54, 21.10.2005.

23 Richtlijn 2014/26/EU van 26 februari 2014, Pb L 84/72, 20.03.2014.

24 Richtlijn 2006/116/EG van 12 december 2006, Pb L 372/12, 27.12.2006 (Duurrichtlijn); Richtlijn 2006/115/EG van 12 december 2006, Pb L 376/28, 27.12.2006 (Verhuurrichtlijn); Richtlijn 2009/24/EG van 23 april 2009, Pb L 111/16, 05.05.2009 (Softwarerichtlijn).

25 Richtlijn 2011/77/EU van 27 september 2011, Pb L 265/1, 11.10.2011.

26 Zie N. Helberger, N. Dufft, S. van Gompel & B. Hugenholtz, ‘Never forever: why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea’, [2008] *EIPR* 174.

27 Richtlijn 2012/28/EU van 25 oktober 2012, Pb L 299/5, 27.10.2012.

28 L. Bently, ‘Harmonization by stealth’, paper presented at Fordham IP Conference, New York 2012. Zie ook G. Schulze, ‘Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH “Infopaq/DDF”’, *GRUR* 2009, p. 1019.

29 HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08 (*Infopaq*), NJ 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz, § 37; *AMI* 2009, afl. 5, nr. 20, m.nt. K.J. Koelman.

30 Art. 1(3) Richtlijn 2009/24/EG; art. 3(1) Richtlijn 96/9/EG; art. 6 Richtlijn 2006/116/EG.

31 Zie met name HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/09 (BSA), NJ 2011/289, m.nt. P.B. Hugenholtz; *AMI* 2011, afl. 3, nr. 6, m.nt. A. van Rooijen.

boekje te buiten zijn gegaan door 'uitleg' te geven aan regels die (nog) niet door de Europese wetgever zijn gecodificeerd. Zo sprak Griffiths van 'a striking example of judicial activism in the interests of harmonisation'.³²

Het Hof heeft zich van deze kritiek echter weinig aangetrokken, en is in latere arresten verdergegaan op het pad van juridische harmonisering. Zo heeft het Hof in de zaak *Luksan* zich vergaand ingelaten met het auteurscontractenrecht, niettegenstaande het nagenoeg ontbreken van enig 'acquis' op dit terrein. Omdat diverse richtlijnen de exploitatierechten initieel toekennen aan de auteurs, was volgens het Hof een Oostenrijkse wetsbepaling die exploitatierechten rechtstreeks aan de filmproducent toeweest in strijd met het Unierecht.³³ Opmerkelijk aan dit arrest is de nadruk die het Hof legt op het in art. 17 lid 2 van het EU-Handvest gewaarborgde grondrecht van de auteur: 'Het feit dat een nationale wettelijke regeling hem de betrokken exploitatierechten weigert, komt bijgevolg neer op het ontnemen van zijn rechtmatig verkregen intellectuele-eigendomsrecht', aldus het Hof.³⁴ In lijn met *Luksan* oordeelde het Hof in het latere *Reprobel*-arrest dat wettelijke reprorechtvergoedingen in beginsel toekomen aan de auteurs – niet aan de uitgevers, die in het Unierecht de status van rechthebbende immers ontberen.³⁵ Voorts is rondom de thuishopievergoeding, die in het acquis slechts rudimentair geregeld is,³⁶ een omvangrijk en barok jurisprudentieel bouwwerk opgetrokken.³⁷ Deze heffingenrechtspraak is voor Nederland niet zonder gevolgen gebleven. Zo heeft het arrest *ACI Adam*, waarin het Hof oordeelde dat het maken van thuishopieën enkel uit legale bron is toegestaan, tot forse verlaging van de thuishopievergoeding geleid.

Zonder meer radicaal is de Luxemburgse rechtspraak inzake de 'digitale uitputting'. In *UsedSoft* oordeelde het Hof dat de online verkoop van software als een distributiehandeling is aan te merken; 'tweedehands' verkoop van softwaregebruikslicenties is daarom (onder strikte voorwaarden) geoorloofd.³⁸ In de zaak *VOB/Leenrecht* heeft het Hof deze lijn doorgetrokken door het online uitlenen van e-books onder het leenrecht te brengen.³⁹ Of dit ook betekent dat het online doorverkopen van e-books en andere digitale 'con-

tent' voortaan onder de uitputtingsregel is toegestaan, mag het Hof in antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Den Haag binnenkort uitmaken.⁴⁰

In enkele andere arresten heeft het Hof het geharmoniseerde recht van mededeling aan het publiek zodanig opgerekt dat daaronder ook allerlei communicatievormen worden gerekend die van oudsher door het niet-geharmoniseerde uitvoeringsrecht worden begrepen, zoals het vertonen van sportwedstrijden op televisieschermen in een sportcafé of in de wachtkamers en trainingruimte van een revalidatiecentrum.⁴¹

Opvallend aan de Europese rechtspraak over het mededelingsrecht is verder de door het Hof in het leven geroepen 'nieuw publiek' doctrine. In gevallen van doorgifte van werken is van inbreuk op het mededelingsrecht enkel sprake als de auteursrechthebbende met de doorgifte geen rekening gehouden heeft.⁴² Met dit verwarringwekkende criterium had de Hoge Raad in de jaren '80 al eens nadrukkelijk afgezekend,⁴³ maar in de rechtspraak van het Hof neemt het 'nieuwe publiek' inmiddels een centrale plaats in.⁴⁴

In meer recente arresten heeft het Hof allerlei handelingen die naar algemeen werd aangenomen hooguit tot indirecte aansprakelijkheid konden leiden, zoals het plaatsen van hyperlinks of het verkopen van piraterij bevorderende apparatuur, ook binnen het bereik van het mededelingsrecht gebracht.

Relatief veel van deze Luxemburgse zaken hebben hun oorsprong in Nederland. Kennelijk zijn de rechters hier te lande zich er goed van bewust dat de Auteurswet in grote mate door het Unierecht gekleurd is. De vraag is zelfs of er in het auteursrechtelijke domein nog onderwerpen zijn aan te wijzen die immuun zijn voor Unierechtelijke interpretatie. De morele rechten misschien? Na het *Deckmyn*-arrest,⁴⁵ waarin het Hof overweegt dat een discriminerende parodie in strijd kan zijn met het geharmoniseerde auteursrecht, is dat niet zeker meer. Ook het auteurscontractenrecht en de regels inzake licentiëring en overdracht, vanouds terreinen die niet

32 J. Griffiths, 'Infopaq, BSA and the "Europeanisation" of United Kingdom Copyright Law', *Media & Arts Law Review*, Vol. 16, 2011, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1777027>.

33 HvJ EU 9 februari 2012, zaak C-277/10, *NJ* 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Luksan/Van der Let*); *AMI* 2012, afl. 5, nr. 18, met een verwijzing naar het artikel van J.J.C. Kabel, 'De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht: Commentaar bij het Hof van Justitie EU 9 februari 2012, C-277/10', *AMI* 2012, afl. 5, p. 195-201.

34 *Id.*, § 70.

35 HvJ EU 12 november 2015, zaak C-572/13, (*Luksan*), *NJ* 2016/370, m.nt. P.B. Hugenholtz.

36 Art. 5 lid 2(b) Auteursrecht richtlijn.

37 Zie o.m. HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12 (*ACI Adam e.a.*), *AMI* 2015, afl. 1, nr. 1, m.nt. D.M. Linders en Chr.A. Alberdingk Thijm; HvJ EU 5 maart 2015, zaak C-463/12 (*Copydan Båndkopi*), *NJ* 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz. Zie ook HvJ EU 12 oktober 2016, zaak C-166/15 (*Ranks*), *NJ* 2017/234, m.nt. J.H. Spoor.

38 HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11 (*UsedSoft*), *NJ* 2013/118, m.nt. P.B. Hugenholtz.

39 HvJ EU 10 november 2016, zaak C-174/15 (*Vereniging Openbare Bibliotheken*).

40 Rb. Den Haag 12 juli 2017, IEF 16941 (*NUV/Tom Kabinet*).

41 HvJ EU 4 oktober 2011, zaak C-429/08 (*Football Association Premier League e.a.*), *NJ* 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz; HvJ EU 31 mei 2016, zaak C-117/15 (*Reha Training*).

42 Zie o.m. HvJ EG 7 december 2006, zaak C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*) en HvJ EU 16 maart 2017, zaak C-138/16 (*AKM*), *AMI* 2017, afl. 2, nr. 12, m.nt. D.J.G. Visser.

43 HR 30 oktober 1981, nr. 11.739, *NJ* 1982/435. Zie J.H. Spoor & G.J.H.M. Mom, 'Van Léhar tot Haanstra. Kabel-tv en auteursrecht', *AMR* 1982, p. 37.

44 P.B. Hugenholtz & S.C. van Velze, 'Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a "New Public"', *IIC* 2016, p. 797.

45 HvJ EU 3 september 2014, zaak C-201/13, ro. 29-31 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds*), *NJ* 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz.

of nauwelijks zijn geharmoniseerd, zijn na *Luksan* geen rustig bezit meer van de lidstaten.⁴⁶

De steeds frequentere verwijzingen van het Hof naar de in het EU-Handvest verankerde grondrechten doen vermoeden dat er eigenlijk geen grenzen zijn aan de auteursrechtelijke bemoeienissen van de Unierechter. Als het in de richtlijnen gecodificeerde acquis niets anders is dan de uitdrukking van in het Handvest verankerde rechtsbeginselen, bestaat er voor het Hof geen enkele reden voor terughoudendheid, zelfs niet waar geen geschreven acquis valt aan te wijzen.

Het Luxemburgse activisme roept herinneringen op aan de belangrijke rol die het Hof van Justitie heeft gespeeld in de jaren die voorafgingen aan de harmonisatiegolf. In een reeks van baanbrekende, maar inmiddels bijna vergeten arresten uit de jaren '70 en '80, zette het Hof (de uitoefening van) rechten van intellectuele eigendom af tegen de economische vrijheden van de interne markt, in het bijzonder het vrije verkeer van goederen en diensten. Aan dit judiciële pionierswerk danken wij de Europese uitputtingsregel, die veel later in allerlei richtlijnen en verordeningen is gecodificeerd.⁴⁷ De vroege IE-jurisprudentie van het Hof vormde tevens de opmaat van de harmoniseringsagenda van de Europese wetgever.⁴⁸ Niet ondenkbaar is dat het huidige activisme van het Hof de Uniewetgever op zijn beurt stimuleert om de harmonisatie-agenda af te maken. Het thans in het Europees Parlement voorliggende pakket hervormingsvoorstellen wijst al voorzichtig in die richting.⁴⁹

De laatste fase: van harmonisatie naar unificatie?

Nu het Europese harmonisatieproject zijn voltooiing nadert, rijst de vraag wat hierna nog volgt. Ligt er nog een laatste fase in het verschiet? In een evaluatie van het acquis die tien jaar geleden werd uitgebracht aan de Europese Commissie constateerde het Instituut voor Informatierecht (IViR) dat het acquis in één belangrijk opzicht tekortschiet. Door de harmonisatie is het auteursrecht in de lidstaten weliswaar vergaand gelijkgetrokken, maar de territoriale begrenzing van het – nog steeds soevereine – nationale auteursrecht is goeddeels intact gebleven. Juist deze territorialiteit vormt echter een belangrijk obstakel voor de vorming van een eengemaakte markt ('single market'). Door de territoriale werking van de exploitatierechten kunnen rechten territoriaal worden gesplitst, waardoor de Europese markt wordt gefragmenteerd. In zijn studie voor de

Commissie concludeerde het IViR mede om die reden dat de logische volgende stap zou moeten zijn de daadwerkelijke eenmaking (unificatie) van het auteursrecht.⁵⁰

In de afgelopen jaren lijkt het idee van unificatie – lange tijd een taboe in het auteursrecht – langzamerhand aanvaard te worden, zowel in rechtswetenschappelijke als in politieke kringen. Zo stuurde de European Copyright Society, waarin meer dan twintig hoogleraren auteursrecht uit heel Europa zich verenigd hebben, eind 2014 een openbare brief aan de Europese Commissie waarin werd aangedrongen op het initiëren van een unificatieproject.⁵¹ Al eerder had de Wittemgroep met zijn European Copyright Code⁵² laten zien dat er voor Europese eenmaking althans in academische kringen voldoende draagvlak bestaat. Wat de Wittem-code ook bewijst, is dat resterende verschillen tussen de auteurswetten van de lidstaten niet onoverbrugbaar zijn.

In haar Mededeling 'Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten' van eind 2015 committeert nu ook de Europese Commissie zich tot het idee van een unitair auteursrecht.⁵³ Daarbij onderkent de Commissie dat de weg naar een Europese Auteurswet die voor de nationale auteurswetten in de plaats moet komen, nog lang en ingewikkeld is. "Om te waarborgen dat de regels op uniforme wijze worden toegepast, zou een eengemaakt rechtsgebied voor het auteursrecht met een eigen tribunaal nodig zijn, om te voorkomen dat inconsistente jurisprudentie tot meer versnippering leidt. Deze moeilijkheden mogen er niet toe leiden dat wordt afgezien van deze visie als langetermijndoelstelling."

Voor de Nederlandse beoefenaren van het auteursrecht behoeft een eengemaakt Europees auteursrecht geen schrikbeeld te zijn. Toegegeven, afscheid nemen van onze mooie Nederlandse wet zal voor velen – en ook voor schrijver dezes – even slikken zijn. Daar staat tegenover dat voor de schijnzekerheid van de huidige nationale wet de rechtszekerheid van een echte Europese Auteurswet, die inhoudelijk niet van het acquis hoeft af te wijken, in de plaats komt.

Dat het nog wel even zal duren voor het zover is, staat vast – maar ook dat het einde van de Nederlandse Auteurswet nadert. Voor Jaap Spoor en zijn medeauteurs van het handboek *Auteursrecht*, dat na 2005 geen nieuwe druk heeft beleefd, moet deze gedachte bevrijdend zijn.

46 Zie ook de 'bestsellerbepaling' in art. 15 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, Brussel, 14 september 2016, COM(2016) 593 final.

47 Zie o.a. HvJ EG 8 juni 1971, zaak 78/70 (*Deutsche Grammophon*), ECR [1971] 487; HvJ EG 19 maart 1980, zaak 62/79, ECR [1980] 881 (*Coditel I*); HvJ EG 22 januari 1981, zaak 58/80, ECR [1981] 181 (*Dansk Supermarked*); HvJ EG 17 mei 1988, zaak 158/86, ECR [1988] 2605 (*Warner Brothers*); HvJ EG 24 januari 1989, zaak 341/87, ECR [1989] 79 (*Patricia*).

48 Jean-François Verstryngue, 'Copyright in the European Economic Community', 4 *Fordham Intell. Prop., Media & Ent. LJ* 6.

49 Zie met name het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, Brussel, 14 september 2016, COM(2016) 593 final.

50 Institute for Information Law, 'The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, report to the European Commission', DG Internal Market, November 2006; Mireille van Echoud & P. Bernt Hugenholtz e.a., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Law-making*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 317 e.v.

51 European Copyright Society, Letter to Commissioner Oettinger on Unification of Copyright Law, Strasbourg, 19 December 2014, <https://europeancopyrightsociety.org/letter-to-commissioner-oettinger-on-unification-of-copyright-law/>.

52 Wittem Group, European Copyright Code, 26 april 2010, <https://www.ivir.nl/nl/copyrightcode/>.

53 Europese Commissie, Mededeling aan het Europees Parlement, etc., 'Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten', Brussel, 9 december 2015, COM(2015) 626 final.