



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Formalities in copyright law: an analysis of their history, rationales and possible future

van Gompel, S.

Publication date
2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Gompel, S. (2011). *Formalities in copyright law: an analysis of their history, rationales and possible future*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Samenvatting en conclusie

In het afgelopen decennium is in toenemende mate gepleit voor herinvoering van formaliteiten in het auteursrecht. Aan formaliteiten wordt een aantal belangrijke functies toegeschreven die zouden kunnen helpen bij het aanpakken van enkele van de voornaamste uitdagingen waarmee het auteursrecht in het digitale tijdperk wordt geconfronteerd. In het pre-digitale tijdperk waren de meeste voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende werken neergelegd in fysieke informatie-producten en waren de distributiekosten hoog. De digitale netwerkomgeving heeft het echter mogelijk gemaakt om werken op een interactieve, gelijktijdige en gedecentraliseerde manier te creëren, toegankelijk te maken en te consumeren. Nooit eerder zijn creatieve werken op zo'n grote schaal beschikbaar gesteld voor het publiek dan nu. Dit heeft het auteursrecht voor nieuwe uitdagingen gesteld. Zoals toegelicht in Hoofdstuk 1, liggen deze uitdagingen in het creëren van rechtszekerheid omtrent auteursrechtelijke claims, het faciliteren van het regelen van toestemming en het verbeteren van de informatievrijheid. Formaliteiten zouden hierop kunnen inspelen, onder meer vanwege hun capaciteit om het publieke domein te verrijken met werken waarvoor de formaliteiten niet zijn vervuld.

Dit boek onderzoekt of herinvoering van formaliteiten in het auteursrecht juridisch haalbaar is. Het doel is niet om een concreet plan voor te stellen voor de implementatie ervan, maar om te bepalen in welke mate het auteursrecht een introductie van formaliteiten toelaat met als doel het aanpakken van de uitdagingen waar het auteursrecht in het digitale tijdperk voor staat. Dit onderzoek bevat daarom geen economische of procedurele analyse, maar is gericht op het bestuderen van de geschiedenis, ratio en mogelijke toekomst van formaliteiten in het auteursrecht vanuit een nationaal en internationaal juridisch en theoretisch perspectief.

Dit hoofdstuk vat de bevindingen van dit onderzoek samen en bespreekt wat de implicaties daarvan zijn in het licht van de mogelijke toekomst van formaliteiten in het auteursrecht. Allereerst beschrijft het de rol en functies van formaliteiten, zoals geïdentificeerd in Hoofdstuk 2, en de geschiedenis van formaliteiten en de motieven voor de afschaffing daarvan op nationaal en internationaal niveau, zoals besproken in de Hoofdstukken 3 en 4. Vervolgens wordt ingegaan op de bevindingen van de Hoofdstukken 5 en 6 om te zien of een herinvoering van formaliteiten mogelijk is vanuit het perspectief van het internationale auteursrecht en vanuit juridisch-theoretisch perspectief. Hoewel het vanuit juridisch-theoretisch oogpunt heel goed mogelijk is om de bescherming van de economische rechten van auteurs (mede) afhankelijk te stellen van formaliteiten, concludeert dit boek dat het internationale

verbod op het stellen van formaliteiten in het auteursrecht weinig ruimte biedt voor een herinvoering ervan met als doel de uitdagingen waarmee het auteursrecht wordt geconfronteerd in het digitale tijdperk aan te pakken.

Hieruit volgt dat, als beleidsmakers de uitdagingen in het auteursrecht van vandaag willen aanpakken door herinvoering van formaliteiten, dit alleen kan geschieden als de Berner Conventie op dit punt wordt gewijzigd. Voortbouwend op deze conclusie test dit hoofdstuk de haalbaarheid van een mogelijke herziening van het formaliteitenverbod in de Berner Conventie. Overwegende dat formaliteiten belangrijke functies kunnen vervullen bij het aanpakken van de uitdagingen in het huidige auteursrecht en dat, in het digitale tijdperk, de historische redenen voor de afschaffing van auteursrechtformaliteiten grotendeels zijn verdwenen, concludeert dit boek dat een herziening van de Berner Conventie niet geheel inopportuun is. Tegen deze achtergrond presenteert dit hoofdstuk een paar alternatieve regels om de naleving van formaliteiten op internationaal niveau in goede banen te leiden, mocht het verbod op formaliteiten in de Berner Conventie ooit worden verzacht of zelfs geschrapt. Het hoofdstuk sluit af met een aantal opmerkingen over toekomstige beleidsimplicaties in verband met de economische en praktische impact die een herintroductie van formaliteiten in het auteursrecht met zich mee kan brengen.

De rol en functies van formaliteiten in het auteursrecht

Bij het bestuderen van de vraag of een herinvoering van auteursrechtformaliteiten juridisch haalbaar is, is uitgegaan van de veronderstelling dat formaliteiten een nuttige rol kunnen spelen bij het aanpakken van de uitdagingen waarmee het auteursrecht thans wordt geconfronteerd. Hoofdstuk 2 test deze hypothese door het analyseren van formaliteiten in het twintigste-eeuwse Amerikaanse auteursrecht en door het maken van een vergelijking met bestaande formaliteiten in het octrooirecht, het tekeningen- en modellenrecht en het merkenrecht.

Deze analyse toont aan dat formaliteiten een aantal belangrijke functies vervullen in het intellectuele eigendomsrecht. Afhankelijk van het type formaliteiten en de juridische gevolgen die daaraan zijn gekoppeld, kunnen formaliteiten helpen om (1) bij voorbaat beschermde van onbeschermde objecten te filteren; (2) het object van bescherming te definiëren en de reikwijdte van bescherming af te bakenen; (3) het immateriële object van bescherming te identificeren en mensen te attenderen op het bestaan ervan; (4) de rechthebbenden met hun intellectuele eigendom te verbinden, waardoor ze als juridisch eigenaar/rechthebbende zijn te identificeren; en (5) adequate informatie te geven waarmee derden, door onderzoek, (beter) in staat zijn het object, de reikwijdte en de duur van bescherming alsmede de identiteit van rechthebbenden vast te stellen.

Afhankelijk van het type formaliteiten en de aard en rechtsgevolgen die daaraan worden toegekend, kunnen auteursrechtformaliteiten dus helpen bij het aanpakken van de uitdagingen in het hedendaagse auteursrecht. Zij kunnen bijdragen aan de

verbetering van de informatievrijheid door het publieke domein te vergroten en door derden in staat te stellen om onderscheid te maken tussen beschermde en onbeschermde werken. Ook kunnen zij helpen om rechtszekerheid te creëren met betrekking tot auteursrechtelijke claims door beschermde werken te identificeren en te assisteren bij de berekening van de beschermingsduur van het auteursrecht. Ten slotte kunnen ze een sleutelrol spelen bij het vergemakkelijken van het regelen van toestemming door adequate informatie te verstrekken over de rechtensituatie.

Auteursrechtformaliteiten en de afschaffing ervan in historisch perspectief

De recente voorstellen voor een herinvoering van auteursrechtformaliteiten vormen geen juridische anomalie zonder precedent in de rechtspraak en theorie van het auteursrecht. Hoewel, in de meeste landen, het auteursrecht thans onafhankelijk is van formaliteiten, heeft Hoofdstuk 3 aangetoond dat verschillende landen, waaronder Frankrijk, Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, in ieder geval tot in de late negentiende of vroege twintigste eeuw auteursrechtformaliteiten hebben gekend. In Amerika was tot het eind van de twintigste eeuw het vervullen van formaliteiten een voorwaarde voor het verkrijgen van auteursrechtelijke bescherming. Op dit moment is het in Amerika nog steeds verplicht om bepaalde formaliteiten te vervullen om het auteursrecht in rechte te handhaven bij de rechter, althans voor wat betreft werken van Amerikaanse oorsprong.

De redenen waarom in Europa auteursrechtformaliteiten in de negentiende eeuw uit de gratie begonnen te raken zijn ideologisch en pragmatisch. De overtuiging ontstond dat de grondslag van het auteursrecht uitsluitend ligt in de kwaliteit van de persoonlijke schepping van de auteur. Uit de natuurrechtstheorie kwam de gedachte voort dat het auteursrecht automatisch, dus zonder enige formaliteit, ontstaat met de creatie van een werk. Er was een groeiende consensus dat de originele *verkrijging* van het auteursrecht niet aan formaliteiten mag worden onderworpen en dat het niet vervullen van formaliteiten niet (automatisch) mag leiden tot het verval van het auteursrecht. Dit bleek fataal voor constitutieve formaliteiten. Toch was er geen absolute weerstand tegen formaliteiten in Europa in de negentiende eeuw. Er werden belangrijke functies betreffende de *uitoefening* van het auteursrecht aan formaliteiten toegeschreven. Dit is in overeenstemming met het op dat moment algemeen aanvaarde en gangbare idee dat, hoewel een effectieve auteursrechtelijke bescherming gewenst is, het bieden van goede bescherming altijd moet geschieden met inachtneming van het publieke belang en de maatschappelijke orde.

Naast deze ideologische redenen hebben ook enkele pragmatische beweegredenen bijgedragen aan de geleidelijke verzwakking van de koppeling van het auteursrecht aan formaliteiten. In de eerste plaats pasten formaliteiten niet goed bij het abstracte werkbegrip. Het was niet mogelijk om middels formaliteiten de karakteristieke (i.e., subjectieve en originele) kenmerken van werken te registreren en aldus de aard en grenzen van bescherming af te bakenen. Ook kon aan formaliteiten (zoals een depot

of inschrijving) niet worden voldaan als een werk niet was vastgelegd in een tastbare vorm. Dit botste met het idee dat het auteursrecht werken moet beschermen, ongeacht de wijze of de vorm van uitdrukking waarin zij zijn vastgelegd. Voor bepaalde nieuwe categorieën van werken bleek het vervullen van formaliteiten ook uitermate moeilijk of kostbaar te zijn. Daarnaast werden formaliteiten steeds vaker overbodig dankzij het bestaan van alternatieve juridische middelen voor het bewijzen van het makerschap en voor de berekening van de beschermingsduur.

Daarenboven was het voor auteurs in de negentiende eeuw erg lastig om zich van internationale bescherming te verzekeren. Vaak moesten zij daarvoor in allerlei landen (van elkaar verschillende) formaliteiten vervullen. Om auteurs van deze last te bevrijden, bepaalde de Berner Conventie in eerste instantie dat alle verdragsluitende staten gehouden waren bescherming te bieden aan buitenlandse werken ten aanzien waarvan in het land van oorsprong de formaliteiten waren vervuld. In 1908 werd deze bepaling omgezet in een verbod voor verdragsluitende staten om de bescherming van buitenlandse werken aan formaliteiten te onderwerpen. Dit gebeurde gelijktijdig met de invoering van de regel volgens welke het bestaan van bescherming in het land van oorsprong geen voorwaarde was voor het kunnen genieten en uitoefenen van het auteursrecht in andere landen (Hoofdstuk 4). Voor de meeste landen die partij waren bij de Berner Conventie (of zich daar later bij aansloten) was de invoering van het formaliteitenverbod de uiteindelijke reden om dan ook maar de eigen nationale auteursrechtformaliteiten af te schaffen. Terwijl in Duitsland formaliteiten reeds in 1907 waren afgeschaft, gebeurde dat in het Verenigd Koninkrijk in 1911, in Nederland in 1912 en in Frankrijk in 1925. Ook werden de meeste Amerikaanse auteursrechtformaliteiten afgeschaft of werd de toepassing ervan beperkt tot binnenlandse werken toen Amerika in 1989 toetrad tot de Berner Conventie.

De herinvoering van formaliteiten vanuit internationaalrechtelijk perspectief

Hoezeer formaliteiten ook kunnen helpen bij de aanpak van de uitdagingen in het hedendaagse auteursrecht, vanuit het perspectief van het internationale auteursrecht lijkt de herinvoering ervan op moeilijkheden te stuiten. Uitgaande van het verbod op formaliteiten, dat is neergelegd in de Berner Conventie (art. 5 lid 2) en door verwijzingsbepalingen is meegenomen in het TRIPS-Verdrag (art. 9 lid 1) en de WCT (art. 1 lid 4), lijkt het internationale auteursrecht, althans op het eerste gezicht, erg weinig speelruimte te bieden aan verdragsluitende staten om over te gaan tot een herinvoering van auteursrechtformaliteiten.

Toch is herinvoering van formaliteiten binnen het bestaande internationaal auteursrechtelijke kader niet volstrekt onmogelijk. Zoals we gezien hebben in Hoofdstuk 5, laat het internationale kader daarvoor ruimte. Zo strekt het formaliteitenverbod zich louter uit tot internationale situaties. Dit betekent dat alle

verdragsluitende staten vrij zijn om het genot en de uitoefening van het auteursrecht, zolang het daarbij gaat om de bescherming van binnenlandse werken, aan formaliteiten te onderwerpen. Daarnaast lijken de internationale auteursrechtverdragen het toe te staan dat verdragsluitende staten, op specifieke deelgebieden, formaliteiten invoeren. Zo is het ogenschijnlijk toegestaan om de bescherming van informatie over het beheer van rechten afhankelijk te maken van de registratie of het depot van dergelijke informatie in een openbaar toegankelijke databank. Het formaliteitenverbod lijkt zich namelijk alleen uit te strekken tot formaliteiten die zien op het ontstaan, de uitoefening en het behoud van het *auteursrecht* en niet tot formaliteiten betreffende de aanvullende bescherming van informatie over het beheer van rechten. Ook lijkt het internationale formaliteitenverbod zich niet uit te strekken tot formaliteiten die de wijze van effectueren van een overdracht van het auteursrecht vaststellen of die het bestaan of de omvang van de relevante transactie aantonen. Verdragsluitende staten zouden dus een systeem kunnen invoeren waarbij de overdracht van het auteursrecht alleen juridisch effect zou sorteren wanneer (een uittreksel van) de relevante transactie wordt geregistreerd in een openbaar toegankelijk register.

Binnen het bestaande internationaal auteursrechtelijke kader is het dus mogelijk om bepaalde formaliteiten in te voeren. Dit stelt verdragsluitende staten in staat om in elk geval een deel van de huidige problematiek omtrent het verkrijgen en nader regelen van toestemming van de auteursrechthebbenden aan te pakken. Het vragen en regelen van toestemming zou enorm veel baat hebben bij de beschikbaarheid van voldoende publiek toegankelijke databanken met betrouwbare informatie over het beheer van rechten. Ook zouden auteursrechthebbenden makkelijker kunnen worden opgespoord indien elke overdracht van het auteursrecht in een openbaar register zou worden geregistreerd. Het opsporen en vinden van de betrokken rechthebbenden kan door raadpleging van zo'n register. Als daarin geen gegevens over overdracht van het auteursrecht zijn opgenomen, kan worden aangenomen dat het auteursrecht bij de auteur berust. Landen kunnen er, ten slotte, ook voor kiezen om de bescherming in hun land van de eigen, binnenlandse werken te onderwerpen aan formaliteiten. Te denken valt aan het invoeren van een registratieplicht of aan de verplichting om de exemplaren van een binnenlands werk te voorzien van een copyright notice. Op voorwaarde dat de registers wereldwijd toegankelijk zijn en copyright notices aan alle exemplaren van het werk verbonden blijven, kan dit bijdragen aan het vereenvoudigen van het vragen en regelen van toestemming, zelfs buiten de grenzen van het land dat bedoelde formaliteiten oplegt.

Anderzijds biedt het bestaande internationaal auteursrechtelijke kader geen ruimte om formaliteiten in te voeren met als doel op een adequate manier (meer) rechtszekerheid te creëren omtrent auteursrechtelijke claims of om de informatievrijheid te verbeteren, althans op het internationale niveau. Verdragsluitende staten zijn weliswaar vrij om binnenlandse werken aan nationale formaliteiten te onderwerpen, maar zelfs indien zij de bescherming afhankelijk maken van constitutieve formaliteiten, zouden de werken buiten het land van

oorsprong toch beschermd zijn zonder enige formaliteit. Het niet vervullen van nationale formaliteiten zou dus tot gevolg hebben dat werken alleen in het land van oorsprong in het publiek domein vallen, dus niet in de rest van de wereld. Omgekeerd worden buitenlandse werken niet geraakt door een puur binnenlandse regeling van auteursrechtformaliteiten, om de eenvoudige reden dat buitenlandse werken niet aan zulke formaliteiten mogen worden onderworpen.

Buiten het land van oorsprong kunnen nationale formaliteiten evenmin rechtszekerheid scheppen omtrent auteursrechtelijke claims. De bescherming van een werk wordt uitsluitend bepaald door de inhoudelijke criteria van bescherming (e.g., de originaliteitsstandaard) in het land waar de bescherming wordt ingeroepen. Buitenlands werk dient te worden beschermd ongeacht het al dan niet vervuld zijn van de formaliteiten in het land van oorsprong. Hooguit kunnen formaliteiten in het land van oorsprong helpen bij het berekenen van de beschermingstermijn van werken ten aanzien waarvan de formaliteiten zijn vervuld. Als de termijn wordt berekend op basis van het leven van de maker, zou met behulp van openbare registers bijvoorbeeld de identiteit van de maker kunnen worden bepaald indien hij of zij niet is aangeduid op het werk. Dit kan helpen bij het bepalen van de status van bescherming van deze werken, zelfs buiten het land van oorsprong.

Geconcludeerd kan worden dat landen die partij zijn bij de Berner Conventie, het TRIPS-Verdrag en de WCT op dit moment vrij zijn om auteursrechtformaliteiten te herintroduceren, zij het in beperkte vorm. Een aantal modellen maakt het mogelijk om het vragen en regelen van toestemming te vergemakkelijken. Dit varieert van de registratie van informatie over het beheer van rechten tot de registratie van gegevens omtrent de overdracht van rechten en het invoeren van formaliteiten met betrekking tot binnenlandse werken. Tenzij het doel is om slechts in het land van oorsprong de juridische gevolgen van auteursrechtformaliteiten te verbinden aan binnenlandse werken, zijn de bestaande mogelijkheden voor het herintroduceren van formaliteiten echter niet geschikt voor het op wereldwijde schaal aanpakken van de uitdagingen van het creëren van rechtszekerheid omtrent auteursrechtelijke claims enerzijds en het verbeteren van de informatievrijheid anderzijds.

De herinvoering van formaliteiten vanuit juridisch-theoretisch perspectief

De mogelijkheid om auteursrechtformaliteiten te herintroduceren is ook afhankelijk van de juridisch-theoretische aanvaardbaarheid van die formaliteiten. Een der hoofdargumenten tegen formaliteiten, dat zowel in historische als in hedendaagse context naar voren wordt gebracht, is dat het auteursrecht een natuurlijk eigendoms- of persoonlijkheidsrecht is dat automatisch zou moeten ontstaan bij de creatie van een werk en om die reden niet aan formaliteiten mag worden onderworpen. Zoals aangetoond in dit boek is dit argument gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de leer van het natuurrecht (Hoofdstuk 6). Locke's arbeidstheorie van de eigendomsverwerving, die de basis legt voor het idee dat het auteursrecht een

‘natuurlijk eigendomsrecht’ van de auteur is, kan verklaren waarom het auteursrecht toekomt aan de auteur als de schepper van het werk. Deze theorie onderschrijft evenwel niet het idee dat het auteursrecht een absoluut en onvoorwaardelijk recht is. Als de theorie in de volledige context van Locke’s *Second Treatise* wordt gelezen, dan wordt duidelijk dat het idee dat eigendom door arbeid kan worden verworven op zichzelf nog geen reden is om het eigendomsrecht niet aan formaliteiten te kunnen onderwerpen. Zolang er maar een legitiem publiek belang is om dit te doen, kunnen natuurlijke eigendomsrechten altijd door de wet worden beperkt of afhankelijk worden gemaakt van formaliteiten.

De situatie is enigszins anders indien het auteursrecht wordt beschouwd als een persoonlijkheidsrecht. De persoonlijkheidstheorie van het auteursrecht, die afgeleid kan worden uit de geschriften van Kant, Fichte en Hegel, suggereert dat auteurs bescherming verdienen, niet omwille van de intellectuele arbeid die zij steken in het maken van hun creaties, maar om de in hun werken tot uitdrukking gebrachte persoonlijkheid te beschermen. Omdat deze theorie de rechtvaardiging van het auteursrecht vindt in het natuurlijke recht op zelfexpressie, een persoonlijke vrijheid die ieder mens geniet vanaf zijn geboorte, wordt het algemeen geaccepteerd dat het bestaan van dit recht niet kan worden onderworpen aan formaliteiten. Enkel in specifieke gevallen, zoals bij een conflict van rechten of bij een concurrerend belang, kan de uitoefening van een persoonlijkheidsgerelateerd recht door de wet worden beperkt of afhankelijk worden gemaakt van voorgeschreven formaliteiten.

Deze bevindingen toepassend op het huidige auteursrecht heeft dit onderzoek tot de conclusie geleid dat, vanuit een juridisch-theoretisch perspectief, een herinvoering van formaliteiten in het auteursrecht acceptabel is, mits een en ander beperkt blijft tot de economische rechten van de auteur. Omdat morele rechten tot doel hebben de waardigheid van auteurs te beschermen, zijn ze verwant aan persoonlijkheidsrechten en dienen ze om die reden beschermd te zijn zonder formaliteiten. De economische rechten van de auteur zijn daarentegen eigendomsgerelateerd. Dit impliceert dat er voldoende ruimte is om de bescherming van deze economische rechten wel aan formaliteiten te onderwerpen. Dit vindt steun in het juridische kader van de mensenrechten. Het fundamentele recht van eigendom maakt het mogelijk om eigendomsrechten te onderwerpen aan zowel constitutieve formaliteiten als aan formaliteiten die een beperking vormen op de uitoefening van het eigendomsrecht. Vanuit het oogpunt van de juridische theorie en rechtsfilosofie is het dus heel goed mogelijk om het genot of de uitoefening van de economische rechten van de auteur afhankelijk te maken van formaliteiten.

De toekomst van formaliteiten: een herziening van het formaliteitenverbod?

Zoals de voorgaande paragrafen aantonen, is een herintroductie van formaliteiten volstrekt haalbaar vanuit juridisch-theoretisch perspectief. Desondanks biedt het internationale auteursrecht op dit moment weinig speelruimte voor het invoeren van

formaliteiten met als doel de uitdagingen van het creëren van rechtszekerheid omtrent auteursrechtelijke claims en het verbeteren van de informatievrijheid aan te pakken. In het land van oorsprong mogen binnenlandse werken weliswaar worden onderworpen aan formaliteiten, maar de juridische gevolgen daarvan strekken zich niet verder uit dan tot binnenlandse werken in het land van oorsprong. Vanuit een internationaal perspectief zou een herinstructie van auteursrechtformaliteiten langs deze lijnen dus een vrij marginaal effect hebben.

De uitdagingen die door formaliteiten moeten worden aangepakt hebben evenwel belangrijke internationale dimensies en vereisen dus een internationale benadering. In de online omgeving, waar de distributie van content van nature een internationaal karakter heeft, kan een oplossing die beperkt is tot binnenlandse werken in het land van oorsprong niet echt doeltreffend zijn. De informatievrijheid wordt feitelijk niet veel groter als een werk slechts in het land van oorsprong in het publieke domein valt, maar niet in de rest van de wereld. Ook is het onmogelijk om rechtszekerheid te creëren omtrent auteursrechtelijke claims buiten het land van oorsprong. Aangezien het niet altijd helder is welk land als het land van oorsprong van het werk is te kwalificeren, kan ook in het land van oorsprong niet altijd worden afgegaan op binnenlandse formaliteiten aan de hand waarvan de geldigheid van auteursrechtelijke claims zou kunnen worden bepaald.

Hieruit volgt dat, als de doelstelling is het creëren van rechtszekerheid omtrent auteursrechtelijke claims of het verbeteren van de informatievrijheid, het verbod op formaliteiten in de Berner Conventie zou moeten worden gewijzigd of misschien zelfs helemaal worden afgeschaft. Dit is makkelijker gezegd dan gedaan, omdat een substantiële herziening van de Berner Conventie de unanieme steun vereist van alle verdragsluitende staten. Bovendien moet er in de context van het TRIPS-Verdrag en de WCT consensus worden bereikt over wijziging van het bestaande internationale juridische kader, omdat het formaliteitenverbod door verwijzingsbepalingen ook in deze twee verdragen is opgenomen. Het bereiken van die consensus kan wel eens behoorlijk lastig blijken te zijn.

Het idee om het formaliteitenverbod in de Berner Conventie te wijzigen of af te schaffen is echter niet alleen maar academisch en theoretisch. Met name omdat het hedendaagse auteursrecht in de online omgeving niet effectief te handhaven valt, zouden beleidsmakers zich vroeg of laat kunnen realiseren dat de uitdagingen in het huidige auteursrecht moeten worden aangepakt. In dat geval zou een introductie van auteursrechtformaliteiten tot een van de mogelijke modellen kunnen behoren. Zoals opgemerkt kunnen formaliteiten belangrijke functies vervullen, die helpen bij het aanpakken van de uitdagingen waarmee het auteursrecht thans geconfronteerd wordt. Mochten beleidsmakers deze uitdagingen willen aanpakken, dan is de optie om het formaliteitenverbod in de Berner Conventie te wijzigen of af te schaffen om verdragsluitende staten in staat te stellen auteursrechtformaliteiten op volle schaal te herintroduceren wellicht het overwegen waard.

Dit is met name het geval nu de historische beweegredenen achter de afschaffing van formaliteiten op het nationale en internationale niveau grotendeels lijken te zijn

verdwenen. Zoals reeds werd geconcludeerd, kan de claim dat het auteursrecht als ‘natuurrecht’ niet aan formaliteiten mag worden onderworpen gemakkelijk worden weerlegd. In het digitale tijdperk zijn ook de praktische overwegingen die ooit hebben bijgedragen aan het afschaffen van formaliteiten in het nationale en internationale auteursrecht niet meer geldig. Tegenwoordig kan registratie en depot efficiënter worden georganiseerd en op vrijwel elk soort werk van toepassing zijn. Dankzij moderne (digitale) opname- en reproductietechnologieën is het maken van exacte kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken, waardoor ook de karakteristieke (i.e., subjectieve en originele) kenmerken van deze werken kunnen worden geregistreerd, erg eenvoudig en naar verhouding kosteneffectief.

In het digitale tijdperk lijkt het verbod op formaliteiten bovendien niet langer een *conditio sine qua non* te zijn om een efficiënte internationale auteursrechtelijke bescherming te (kunnen) garanderen. Het succes en de alomtegenwoordigheid van het wereldwijde web heeft het mogelijk gemaakt om online databanken te creëren, waarin iedereen met een computer en internettoegang op afstand zijn auteursrecht kan laten registreren of een werk digitaal kan deponeren. Er zou derhalve een internationaal registratiesysteem kunnen worden geïntroduceerd. Als alternatief zou de internationale bescherming afhankelijk kunnen worden gemaakt van een uniforme formaliteit, te vergelijken met de copyright notice onder de Universele Auteursrecht Conventie. Deze en andere juridische instrumenten om de naleving van auteursrechtformaliteiten in de internationale context te vergemakkelijken worden besproken in de volgende paragraaf, die alternatieve regels presenteert voor het formaliteitenverbod.

Alternatieve regels voor de naleving van formaliteiten op internationaal niveau

Mochten internationale beleidsmakers ooit besluiten om het formaliteitenverbod in de Berner Conventie te wijzigen of af te schaffen om de uitdagingen in het huidige auteursrecht tegemoet te treden, dan rest de vraag met wat voor regel dit verbod kan worden vervangen. Ter voorkoming van een teruggang naar de situatie zoals die was vóór de Berner Conventie, waarin auteurs in verschillende landen uiteenlopende en soms onverenigbare formaliteiten moesten vervullen om internationale bescherming te verzekeren, is een internationale regel onontbeerlijk. Er bestaan twee regels, die beide zijn beschreven – zij het in een andere context – in Hoofdstuk 4 van dit boek, die het formaliteitenverbod in principe zouden kunnen vervangen.

Een mogelijkheid zou zijn om terug te keren naar de land-van-oorsprong regel die tot 1908 was neergelegd in de Berner Conventie. Daarmee zou de bescherming van het internationale auteursrecht afhankelijk worden gemaakt van de naleving van binnenlandse formaliteiten in het land van oorsprong van het werk, i.e., het land van eerste publicatie van het werk of het land waarvan de auteur onderdaan is.

Materieel zou de land-van-oorsprong regel weinig verandering brengen in de manier waarop verdragsluitende staten in internationale situaties met formaliteiten kunnen en mogen omgaan. Net als onder het huidige formaliteitenverbod mogen buitenlandse werken niet aan formaliteiten worden onderworpen en wordt het overgelaten aan de discretie van verdragsluitende staten om de bescherming van binnenlandse werken te onderwerpen aan formaliteiten. Aan de andere kant zijn de juridische gevolgen van de land-van-oorsprong regel ingrijpender. Anders dan in de huidige situatie, waarin binnenlandse formaliteiten alleen rechtsgevolgen sorteren op het nationale niveau, zouden de juridische gevolgen van binnenlandse formaliteiten onder de land-van-oorsprong regel zich gaan uitstrekken tot het internationale niveau.

Een land-van-oorsprong regel zou dus doeltreffender zijn in de aanpak van de uitdagingen van het creëren van rechtszekerheid omtrent auteursrechtelijke claims en het verbeteren van de informatievrijheid. Uiteindelijk is het echter de bereidheid van verdragsluitende staten om althans nationale werken aan formaliteiten te gaan onderwerpen die de mate bepaalt waarin deze uitdagingen daadwerkelijk op wereldwijde schaal kunnen worden aangepakt. Dit kan wellicht worden beschouwd als een zwakte van het model. Indien er consensus kan worden bereikt over het veranderen van de Berner Conventie om een herinvoering van formaliteiten mogelijk te maken, dan lijkt het echter waarschijnlijk dat landen ook positiever zullen aankijken tegen het idee van een herinvoering van auteursrechtformaliteiten op nationaal niveau.

Een bekend nadeel van de land-van-oorsprong regel is echter dat het kennis van buitenlands recht vereist en, afhankelijk van het type formaliteit, noodzaakt tot het verkrijgen van toegang tot buitenlandse registers om te kunnen vaststellen of de auteursrechtformaliteiten in het land van oorsprong naar behoren zijn vervuld. Zoals opgemerkt in Hoofdstuk 4, was dit een van de belangrijkste redenen achter de vervanging in 1908 van de land-van-oorsprong regel door het verbod op auteursrechtformaliteiten.

Als gevolg van internationaal privaatrecht en contractuele rechtskeuzes wordt op dit moment nogal eens buitenlands recht toegepast op internationale gevallen. Het zou dus vreemd zijn om de vereiste kennis van buitenlands recht aan te dragen als argument tegen het opnemen van een land-van-oorsprong regel. Voor een succesvolle toepassing van de land-van-oorsprong regel moet echter wel door een ieder zijn na te gaan of de binnenlandse formaliteiten zijn vervuld. Om hieraan tegemoet te komen zou de toepassing van de regel kunnen worden beperkt tot online registers die openbaar toegankelijk zijn en tot formaliteiten waaraan geen registers te pas komen, zoals het aanbrenge van copyright notices. Ook zou het mogelijk zijn om een variant van de land-van-oorsprong regel te introduceren, op grond waarvan formaliteiten waaraan binnenlandse werken in het land van oorsprong kunnen worden onderworpen, een specifieke vorm dienen te hebben of aan een aantal voorgeschreven criteria moeten voldoen. Een dergelijke variant zou kunnen leiden tot standaardisering van nationale formaliteiten en zou aldus een

belangrijke harmoniserende werking hebben. Op deze wijze zouden de nadelige effecten, die een mengelmoes van nationale formaliteiten heeft op de bescherming van het internationale auteursrecht, kunnen worden vermeden.

Een ander alternatief zou zijn om een uniforme, universeel toepasbare formaliteit te introduceren. Dit betekent dat de bescherming van het internationale auteursrecht afhankelijk zou zijn van één op internationaal niveau vastgestelde formaliteit. Een voorbeeld van zo'n regeling is te vinden in de Universele Auteursrecht Conventie. Volgens die regeling (in art. III) worden buitenlandse werken die in aanmerking komen voor bescherming vrijgesteld van het vervullen van formaliteiten van een verdragsluitende staat, op voorwaarde dat alle exemplaren van het werk zijn gemarkeerd met een voorgeschreven copyright notice. In plaats dat het vervullen van zo'n universele formaliteit het effect heeft dat werken zijn vrijgesteld van het vervullen van formaliteiten buiten het eigen land van oorsprong, kan er ook voor gekozen worden om het internationale auteursrecht rechtstreeks aan één universele formaliteit te onderwerpen. Dat zou deze formaliteit een bredere en meer algemene toepassing geven op het internationale niveau.

Vergeleken met de land-van-oorsprong regel heeft een uniforme formaliteit het voordeel dat de introductie van formaliteiten niet is overgelaten aan de discretie van verdragsluitende staten, maar een kwestie is van internationale beleidsvorming. Dit maakt het wellicht niet eenvoudiger om formaliteiten te herintroduceren, aangezien elke verdragsluitende staat een stem heeft in de besluitvorming. Maar er kan zo wel een coherent internationaal beleid ten aanzien van auteursrechtformaliteiten worden ontwikkeld. Er moet onder meer beslist worden over het type formaliteit dat wordt ingevoerd en de juridische gevolgen die daaraan toegekend worden. Mogelijkheden zijn bijvoorbeeld het introduceren van een universele copyright notice, zoals geregeld in de Universele Auteursrecht Conventie, of het creëren van een centraal register op internationaal niveau. Daarnaast moet worden beslist of de uniforme formaliteit een constitutief of een declaratoire werking heeft. Hoewel constitutieve formaliteiten de uitdagingen die in dit onderzoek zijn besproken wellicht op een meer effectieve manier kunnen aanpakken, kan een adequaat systeem van declaratoire formaliteiten zeker ook verlichting geven (zie par. 2.3.1). Welke formaliteit het meest geschikt is hangt af van de doelstellingen die worden nagestreefd en uiteraard van de consensus die kan worden bereikt tussen de verschillende verdragsluitende staten.

Afsluitende opmerkingen

Het idee om auteursrechtformaliteiten te herintroduceren is van vrij recente datum. Hoewel het onderwerp nog niet hoog op de agenda van beleidsmakers staat, groeit de aandacht in (inter)nationale politieke en academische kringen. Sinds 2005 heeft WIPO twee onderzoeken uitgevoerd naar nationale wetgeving op het gebied van

(vrijwillige) registratie en depotvereisten in het auteursrecht.¹⁶⁴⁹ In 2009 heeft het *Intellectual Property Office* in het Verenigd Koninkrijk formaliteiten besproken in het rapport over een auteursrechtstrategie voor het digitale tijdperk¹⁶⁵⁰ en is tijdens het ALAI congres ‘From 1710 to Cyberspace’ in Londen een hele middagsessie gewijd aan formaliteiten.¹⁶⁵¹ Tot slot heeft het Comité des Sages, een reflectiegroep inzake de digitalisering van het Europese culturele erfgoed, in 2011 aanbevolen een registratieplicht als voorwaarde voor een volledige uitoefening van auteursrechten in overweging te nemen, om in de toekomst de problematiek van verweesde werken te voorkomen. De groep riep de Europese Commissie daarom op een discussie te starten bij WIPO om de Berner Conventie op dit punt aan te passen en aldus klaar te maken voor het digitale tijdperk.¹⁶⁵² Deze voorbeelden tonen aan dat de discussie langzaam maar zeker verschuift, zowel op nationaal als op internationaal niveau. Het besef is gegroeid dat formaliteiten een steeds belangrijker rol kunnen vervullen in het digitale tijdperk.

Dit boek wil bijdragen aan het huidige debat door de juridische haalbaarheid en juridisch-theoretische implicaties van invoering van auteursrechtformaliteiten te bestuderen. De complexiteit van een herinstructie van formaliteiten wordt echter niet alleen door juridische vragen gekenschetst. Alvorens een nieuwe regeling van auteursrechtformaliteiten te kunnen invoeren moeten de economische gevolgen ervan voor auteurs, gebruikers en de samenleving als geheel worden onderzocht. Ook zijn er praktische en organisatorische problemen die onderzoek vereisen. De praktische en economische haalbaarheid van een herinstructie van formaliteiten in het auteursrecht is echter niet in het algemeen te bepalen, maar is volledig afhankelijk van het type formaliteiten dat wordt ingevoerd en de juridische gevolgen die daaraan verbonden zullen zijn. Daarom rijzen deze vragen alleen in het stadium van implementatie, dat in dit onderzoek niet is behandeld, omdat de herinstructie van formaliteiten uiteindelijk afhangt van beleidsbeslissingen en te bereiken doelstellingen.

Een andere vraag die in dit onderzoek bewust onbeantwoord is gebleven is of het wenselijk of ‘billijk’ is om auteurs formaliteiten op te leggen, gezien de praktische problemen en kosten die daarmee gepaard gaan. Deze vraag vereist een kwalitatieve beoordeling van nationale of internationale beleidsmakers. Uiteindelijk zal de wenselijkheid van een regeling wederom afhangen van het type formaliteiten en

¹⁶⁴⁹ WIPO, ‘Survey of national legislation on voluntary registration systems for copyright and related rights’, WIPO document (SCCR/13/2), 9 November 2005. Het eindrapport van de ‘Second Survey on Voluntary Registration and Deposit Systems’ is nog niet gepubliceerd, maar de reacties op de questionnaire, alsmede de nodige achtergrondinformatie, is reeds beschikbaar via de volgende link: <http://www.wipo.int/copyright/en/registration/registration_and_deposit_system_03_10.html>.

¹⁶⁵⁰ Intellectual Property Office, ‘© the way ahead: A Copyright Strategy for the Digital Age’ (2009), <<http://www.ipo.gov.uk/c-strategy-digitalage.pdf>>, p. 41-42.

¹⁶⁵¹ De op dit congres gepresenteerde papers zijn gepubliceerd in Bently et al. 2010, p. 367-477.

¹⁶⁵² Report of the Comité des Sages, ‘The New Renaissance’, Brussels, 10 January 2011, <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reflection_group/final-report-cdS3.pdf>, p. 5, 18-19 (para. 5.3.3 tot 5.3.5) en 20-21 (Key recommendation no. 2).

van de juridische gevolgen die daaraan gekoppeld worden. Om de negatieve effecten en het risico van per ongeluk gemaakte fouten bij de nakoming van formaliteiten te verminderen moeten de formaliteiten relatief eenvoudig te vervullen zijn. Dit kan een reden zijn om het Amerikaanse auteursrechtelijke systeem van vóór 1989 niet als voorbeeld te nemen, omdat dit systeem een groot aantal formaliteiten kende die in veel gevallen leidden tot een verlies van bescherming.¹⁶⁵³ Om te voorkomen dat een toekomstige regeling van auteursrechtformaliteiten de rechten en belangen van auteurs onnodig zal schaden, zou zij idealiter uit één enkele formaliteit moeten bestaan die universeel toepasbaar is en die eenvoudig en tegen lage kosten is te vervullen.

Ongeacht de uitkomst van een economische en praktische analyse kan vanuit een juridisch perspectief worden geconcludeerd dat formaliteiten een belangrijk aandeel kunnen hebben bij het aanpakken van de huidige problemen in het auteursrecht. Op voorwaarde dat zij duidelijk en eenvoudig te vervullen zijn, kunnen formaliteiten in belangrijke mate bijdragen aan het creëren van evenwicht tussen de bescherming van de rechten van auteurs en de bescherming van de belangen van gebruikers van beschermde werken. Dit is in het voordeel van de samenleving als geheel. Hoewel herinvoering van auteursrechtformaliteiten een ingrijpende verandering van aanpak meebrengt en zeker niet oncontroversieel is, is het de moeite waard het idee verder te verkennen. Nationale en internationale beleidsmakers dienen hiermee rekening te houden bij het uitwerken van plannen, bij de vaststelling van nieuw beleid of bij de uitvoering van maatregelen die erop zien het auteursrecht klaar te stomen voor het digitale tijdperk.

¹⁶⁵³ Zie Ginsburg 2010a en Ginsburg 2010b, die in antwoord op de voorstellen voor een herinvoering van auteursrechtformaliteiten een 'realiteits-check' uitvoert, door een vergelijking te maken met het voormalige systeem van formaliteiten in het Amerikaanse auteursrecht.