



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De sluipende unificatie van het auteursrecht in Europa

Hugenholtz, B.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Berichten Industriële Eigendom

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hugenholtz, B. (2018). De sluipende unificatie van het auteursrecht in Europa. *Berichten Industriële Eigendom*, 2018(4), 157-161.

https://www.ivir.nl/publicaties/download/BIE_2018_4.pdf

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.

De sluipende unificatie van het auteursrecht in Europa

Bernt Hugenholtz*

1. Inleiding

Nu de harmonisatie van de auteursrechtwetgeving in Europa bijna is afgerond, wint het idee van daadwerkelijke eenmaking van het auteursrecht in de Europese Unie terrein. In een mededeling over het EU-auteursrechtbeleid heeft de Europese Commissie de invoering van een unitair auteursrecht, dat voor de nationale auteurswetten van de lidstaten in de plaats zou moeten komen, als ‘langetermijnvisie’ vastgelegd.¹ Desalniettemin lijkt formele unificatie in de vorm van een Auteursrechtverordening nog ver weg. Ondertussen maken de Europese wetgever en het Hof van Justitie stap voor stap een einde aan de territorialiteit van het auteursrecht, waardoor een eengemaakt Europees auteursrecht langzaam maar gestaag toch dichterbij komt. In dit artikel wordt dit proces van sluipende unificatie van het auteursrecht geschetst.

2. Harmonisatie van het auteursrecht

De harmonisatie van het auteursrecht nadert haar voltooiing. Sedert de aanvaarding van de Software-richtlijn in 1991 is een dozijn Europese richtlijnen tot stand gekomen, waardoor het auteursrecht in de lidstaten in belangrijke mate gelijk is getrokken.² Dat geldt in de eerste plaats voor de inhoud en reikwijdte van de belangrijkste door het auteursrecht verleende exploitatierechten: de rechten van reproductie, mededeling aan het publiek en distributie. Ook geharmoniseerd zijn de belangrijkste vergoedingsrechten, zoals het leenrecht, de thuishopievergoeding, het reproductie- en het *droit de suite*. Dat geldt ook voor de duur van het auteursrecht, dat overal in de EU zeventig jaar na de dood van de maker ten einde komt.³ De wettelijke beperkingen van het auteursrecht zijn globaal geharmoniseerd door de ‘boodschappenlijst’ van de Richtlijn Informatiemaatschappij,⁴ waarin één verplichte en twintig facultatieve beperkingen zijn opgesomd. De Richtlijn auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (de DSM-richtlijn),⁵ die naar verwachting eind 2018 wordt aangenomen, voorziet daarnaast in enkele nieuwe

verplichte beperkingen, waarvan er één voorziet in de vrijheid van *tekst- en datamining* door niet op winst gerichte onderzoeksinstituten (art. 3) – in wezen een auteursrechtelijke onderzoeksexceptie.

Ook het toezicht op het collectieve rechtenbeheer is sinds enkele jaren geharmoniseerd.⁶ Met dat al zijn er nog maar enkele onderdelen van het auteursrecht vrij gebleven van Brusselse bemoeienissen. Dat geldt in het bijzonder voor de morele rechten (persoonlijkheidsrechten), die voor de economische exploitatie van het auteursrecht en het functioneren van de interne markt van secundair belang zijn en daardoor tot op heden aan de aandacht van de Europese wetgever zijn ontsnapt. Grotendeels ongeharmoniseerd zijn daarnaast de regels inzake het makerschap en de ‘eigendom’ van het auteursrecht, die nationaal sterk plegen te verschillen. In het verlengde daarvan is ook het auteurscontractenrecht goeddeels onaangeroerd gebleven, met dien verstande dat de DSM-richtlijn voorziet in enkele rudimentaire regels van dwingend contractenrecht (art. 14 en 15). Indachtig Overweging 7 bij de Richtlijn Informatiemaatschappij⁷ zijn, ten slotte, ook enkele uitsluitende rechten met beperkte invloed op de interne markt ongeharmoniseerd gebleven, zoals het recht van openbare uitvoering en het bewerkingsrecht, hoewel dat laatste niet helemaal zeker is.

Dat brengt mij op de belangrijke rol die het Hof van Justitie EU de afgelopen jaren heeft gespeeld – en nog speelt – bij de voltooiing van de Europese harmonisatieagenda, waardoor diverse leemten in de harmonisatie alsnog zijn gedicht. In een reeks van arresten heeft het Hof aan termen en concepten die niet of slechts ten dele onderworpen zijn aan formele harmonisatie de status van ‘autonome Unierechtelijke begrippen’ toegekend. Dat geldt in de eerste plaats voor het object van auteursrechtelijke bescherming, het ‘werk’, dat formeel slechts geharmoniseerd is met betrekking tot drie specifieke werk-categorieën: computerprogramma’s, databanken en foto’s.⁸

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

- 1 Europese Commissie, Mededeling aan het Europees Parlement, etc., ‘Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten’, Brussel, 9 december 2015, COM(2015) 626 final.
- 2 Zie P.B. Hugenholtz, ‘Het einde van de Auteurswet nadert. Veertig jaar harmonisatie van het auteursrecht in Europa (1977-2017)’, AMI 2017, afl. 5, p. 177-181.
- 3 Richtlijn 2011/77/EU van 27 september 2011, Pb L 265/1, 11.10.2011.
- 4 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001, Pb L 167/10, 22.06.2001.
- 5 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.
- 6 Richtlijn 2014/26/EU van 26 februari 2014, Pb L 84/72, 20.3.2014.
- 7 Overweging 7 bij de Richtlijn Informatiemaatschappij luidt: “De communautaire rechtsregels inzake de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten moeten bijgevolg eveneens worden aangepast en aangevuld, voorzover dit voor de goede werking van de interne markt noodzakelijk is. Te dien einde moeten die nationale bepalingen inzake het auteursrecht en de naburige rechten welke tussen de lidstaten aanzienlijk verschillen of welke rechtsonzekerheid veroorzaken, waardoor de goede werking van de interne markt en de adequate ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa worden belemmerd, worden bijgesteld en moeten inconsistente nationale reacties op de technische ontwikkelingen worden voorkomen, terwijl verschillen die de werking van de interne markt niet ongunstig beïnvloeden, niet opgeheven of voorkomen behoeven te worden.”
- 8 Art. 1(3) Richtlijn 2009/24/EG; art. 3(1) Richtlijn 96/9/EG; art. 6 Richtlijn 2006/116/EG.

- 9 Zie met name HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/09 (BSA), NJ 2011/289, m.nt. P.B. Hugenholtz.
- 10 Art. 5 lid 2 Berner Conventie; HvJ EU 14 juli 2005, zaak C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast*), r.o. 46.
- 11 Art. 8 Rome II-Verordening.
- 12 HvJ EU 22 januari 2015, zaak C-441/13 (*Hejduk*).
- 13 Zie o.a. HvJ EU 8 juni 1971, zaak 78/70 (*Deutsche Grammophon/Metro SB*), ECR [1971] 487.
- 14 HvJ EU 19 maart 1980, zaak 62/79 (*Coditel/Ciné Vog Films*), ECR [1980] 881.

Het Hof heeft in zijn jurisprudentie de voor deze categorieën geformuleerde werktoets – de “eigen intellectuele schepping van de maker” – naar alle werksoorten geëxtrapoleerd.⁹

Ook bij de interpretatie van het recht van “mededeling aan het publiek” (in Nederland onderdeel van het openbaarmakingsrecht), waaraan inmiddels bijna twintig arresten zijn gewijd, is het Europese Hof veel verder gegaan dan het gecodificeerde Unierecht. Een ander terrein waar het Hof harmoniserend is opgetreden is de wettelijke beperking voor het maken van privékopieën en de daarvoor verschuldigde thuiskopievergoeding. Terwijl de Richtlijn informatiemaatschappij de invulling hiervan grotendeels aan de lidstaten leek te hebben overgelaten, heeft het Hof – in een dozijn arresten – hieromtrent een barok complex van regels opgetrokken.

Met dat al is zeker driekwart van het materiële auteursrecht inmiddels geharmoniseerd en de vrijheid van nationale wetgevers om naar eigen goeddunken auteursrechtelijke regels te scheppen dienovereenkomstig gereduceerd. Maar het Europese auteursrechtelijke bouwwerk is daarmee nog niet voltooid.

3. De strijd tegen de territorialiteit

De Achilleshiel van de harmonisatie is de territorialiteit. Ondanks drie decennia harmonisatie is het auteursrecht in de EU nationaal recht gebleven, met voor iedere lidstaat een eigen auteurswet. Evenals bij andere rechten van intellectuele eigendom blijft de bescherming die uit deze wetten voor de auteursrechthebbers voortvloeit beperkt tot de grenzen van iedere lidstaat. Dit beginsel van territorialiteit is inherent aan het ‘Schutzland’-principe van de Berner Conventie, dat door het HvJ EU uitdrukkelijk is bevestigd in het *Lagardère*-arrest.¹⁰

De rechthebbende beschikt zodoende in alle landen waar zijn werk auteursrechtelijk beschermd is over een ‘bundel’ van nationale auteursrechten, enigszins vergelijkbaar met de bundel octrooirechten die voortvloeit uit een Europees octrooi. Ieder nationaal recht uit deze bundel kan in beginsel afzonderlijk worden uitgeoefend, in licentie gegeven of (geheel of gedeeltelijk) overgedragen. Het territoriaal opsplitsen van nationale auteursrechten komt in de praktijk inderdaad veelvuldig voor. Zo plegen film distributie- en vertoningsrechten per lidstaat (of voor een aantal lidstaten) te worden verleend en geëxploiteerd. Territorialiteit staat ook aan de basis van het collectief beheer van muziekauteursrechten. Componisten en tekstdschrijvers plegen hun rechten per territoir toe te vertrouwen aan een lokaal opererende collectieve beheersorganisatie (in Nederland: BUMA) met een in beginsel tot de landsgrenzen beperkt mandaat.

Een ander aspect van territorialiteit is dat naar regels van Europees conflictenrecht het recht van het land waar bescherming wordt ingeroepen (het *Schutzland*) bepaalt of er sprake is van auteursrechtinbreuk.¹¹ Deze regel leidt ertoe dat het online (via het internet) beschikbaar stellen van een werk auteursrechtelijke gevolgen heeft in alle jurisdicties waar het werk online kan worden geraadpleegd.¹² Dientengevolge is een online aanbieder die een contentdienst in de gehele EU wil aanbieden verplicht om licenties te verkrijgen van alle rechthebbenden in alle (momenteel 28) lidstaten.

Het territoriale karakter van het auteursrecht vormt daarmee een directe bedreiging voor de eenwording van de Europese markt. Het Europese Hof en de Europese wetgever hebben in de loop der jaren dan ook gezocht naar oplossingen die de negatieve gevolgen van territorialiteit voor de interne markt wegnemen of verzachten. Deze oplossingen zijn echter onvolledig, en bieden met name ten aanzien van het grensoverschrijdend exploiteren van werken via het internet nog onvoldoende soelaas. Hieronder wordt een aantal van deze deeloplossingen op een rij gezet.

Communautaire uitputting

Het Hof van Justitie heeft al in een vroeg stadium erkend dat de territoriale uitoefening van intellectuele eigendomsrechten een negatief effect heeft op het vrije verkeer van goederen. In een reeks van arresten die dateren van voor het begin van de harmonisatie van het auteursrecht, oordeelde het Hof dat het distributierecht is uitgeput zodra door IE-rechten beschermde goederen met toestemming van de rechthebbenden voor het eerst in de Gemeenschap op de markt zijn gebracht.¹³ Deze regel van communautaire uitputting is voor wat betreft het auteursrecht eerst in 2001 gecodificeerd in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn Informatiemaatschappij. Als gevolg van deze uitputtingsregel is parallelimport van auteursrechtelijk beschermde goederen (zoals boeken en cd’s) binnen de EU toegestaan en kunnen markten voor auteursrechtelijk beschermde goederen niet langer worden verdeeld volgens nationale grenzen.

Er is echter vooralsnog geen vergelijkbare regel ontwikkeld met betrekking tot het aanbieden van werkgerelateerde diensten. In het *Coditel I*-arrest heeft het Europese Hof van Justitie uitdrukkelijk geweigerd een regel van communautaire uitputting te erkennen ten aanzien van secundaire kabeltransmissie.¹⁴ De rechthebbende in een aangrenzende lidstaat (in dit geval België) kon zich met recht verzetten tegen de ongeoorloofde doorgifte van een speelfilm die in een andere staat (Duitsland) via de televisie was uitgezonden en in België via kabelnetwerken werd doorgegeven, zonder de handel tussen de lidstaten onnodig te beperken. De EU-wetgever heeft de *Coditel I*-regel veel later gecodificeerd ten aanzien

van het recht van mededeling aan het publiek. Volgens artikel 3 lid 3 van de Richtlijn Informatie-maatschappij is dit recht niet aan uitputting onderhevig.

De opmars van land-van-oorsprong-regels

Een andere deeloplossing voor het probleem van marktfragmentatie door territoriale rechten is te vinden in de Satelliet- en kabelrichtlijn van 1993.¹⁵ Volgens artikel 1 lid 2 (b) van deze richtlijn geldt een satellietuitzending alleen als mededeling aan het publiek in het land van oorsprong van het signaal, dat wil zeggen het land waar de 'injectie' van het programmadragende signaal heeft plaatsgevonden. Sinds de omzetting van de richtlijn zijn auteursrechtlicenties voor satellietomroep dus alleen in het land van herkomst van de uitzending vereist. Hoewel het land-van-oorsprong-model van de Satellietrichtlijn geknipt lijkt te zijn voor het internet, waar evenals bij satellietomroep grensoverschrijdende communicatie bijna onvermijdelijk is, bestaat er voor het digitale netwerk nog geen vergelijkbare regel. Wel wordt momenteel in Brussel onderhandeld over een voorstel voor een verordening die ertoe strekt voor de gelijktijdige doorgifte van omroepuitzendingen via het internet een vergelijkbare land-van-oorsprong-regel in te voeren.¹⁶ Ook in de Portabiliteitsverordening die in 2017 werd aangenomen, is een land-van-oorsprong-regel te herkennen.¹⁷ Deze verordening verplicht aanbieders van audiovisuele diensten die via het internet op abonnementsbasis worden aangeboden (bijv. Netflix) om abonnees die tijdelijk in een andere lidstaat verblijven hetzelfde filmaanbod te leveren als zij in hun 'thuisland' gewend zijn. Om deze verplichting effectief te maken, voorziet de verordening in de auteursrechtelijke fictie dat het online beschikbaar stellen van films aan reizende abonnees geldt als mededeling aan het publiek in de 'woonlidstaat' van de abonnee.¹⁸ Zo kan Netflix zijn in Frankrijk vakantie houdende Nederlandse abonnees toegang blijven bieden tot Nederlandse speelfilms en televisieseries, ook al zijn de rechten daarvan voor Frankrijk niet geregeld.

Remedies in het mededingingsrecht

Minder structureel, maar soms ook effectief, zijn de oplossingen die in het Europese mededingingsrecht kunnen worden gevonden om territoriale markt-scheiding door uitoefening van nationale auteursrechten te verhinderen. In het arrest *Premier League* oordeelde het Europese Hof dat het verlenen van uitzendlicenties met absolute territoriale exclusiviteit in strijd is met het kartelverbod van artikel 101 VWEU.¹⁹ Het ging in deze zaak om een door de Premier League aan een Griekse betaalomroep verleende exclusieve uitzendlicentie, die onder meer voorzag in een verbod om satellietdecoder-kaarten te verkopen aan personen die deze buiten het gelicentieerde gebied (Griekenland) zouden gebruiken. Geïnspireerd door deze uitspraak is de Europese Commissie enkele

jaren gelden begonnen met een grootschalig onderzoek naar mogelijke mededingingsbeperkende contractspatijs in de betaaltelevisiesector. Het onderzoek heeft inmiddels geleid tot een bindend commitment door de Amerikaanse filmstudio Paramount, maar het einde van deze exercitie is nog niet in zicht.²⁰

Multiterritoriale licenties

Een andere benadering van het territorialiteitsprobleem is te vinden in de Richtlijn collectief beheer die in 2014 is aangenomen.²¹ Behalve gedetailleerde regels over 'good governance' en transparantie van collectieve beheersorganisaties (CBO's) voorziet deze richtlijn in de verplichting voor CBO's om namens hun aangesloten auteurs(rechthebbenden) multiterritoriale licenties voor online muziekgebruik af te sluiten. Rechthebbenden die zijn aangesloten bij een CBO die hertoe niet bereid of in staat is, mogen hun rechten terugtrekken en bij een andere rechten-beheerder die wel multiterritoriaal wil licentiëren onderbrengen. Langs deze weg hoopt de EU-wetgever de territoriale marktverdeling door collectief beheerde muziekrechten te doorbreken en de verlening van pan-Europese licenties voor het internet te bevorderen.

Met dat al is de EU op verschillende manieren doende de voor de interne markt meest schadelijke gevolgen van de territoriale uitoefening van het auteursrecht te mitigeren. Opvallend is dat de Uniewetgever daartoe steeds vaker naar het middel grijpt van de land-van-oorsprong-regel, waarvan de communautaire uitputtingsregel in wezen een voorloper is. Door te bepalen dat auteursrechtelijke relevante handelingen rechtens in slechts één lidstaat (het land van oorsprong) plaatsvinden, wordt voorkomen dat rechthebbenden door territoriale opsplitsing van rechten de interne markt fragmenteren. Daarmee komt de daadwerkelijke eenmaking van het auteursrecht in Europa naderbij.

4. Groeiende invloed van het EU-Handvest en het primaire Unierecht

Parallel aan deze stapsgewijze 'deterritorialisering' van het auteursrecht vindt in de Europese jurisprudentie een kleine revolutie plaats die de ontwikkeling naar een eenvormig Europees auteursrecht verder versterkt. Door de opneming van het recht van intellectuele eigendom in het EU-Handvest (art. 17 lid 2 Handvest) hebben auteursrechtelijke aanspraken grondrechtelijke status verkregen. Dat geldt omgekeerd eveneens voor allerlei wettelijke beperkingen van het auteursrecht die hun rechtvaardiging vinden in fundamentele vrijheden, zoals de uitsluitingsvrijheid (art. 11 Handvest).

Zo kwam het Hof van Justitie in de zaak *Luksan* onder verwijzing naar artikel 17 Handvest tot het oordeel

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

16 Europese Commissie, 'Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's', Brussel, COM(2016) 594 final, 14.9.2016.

17 Verordening (EU) 2017/1128 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 betreffende grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt, *Pb L 168/1*, 30.6.2017.

18 Art. 4 Verordening (EU) 2017/1128.

19 HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 (*Football Association Premier League e.a.*) en C-429/08 (*Murphy*), *NJ 2012/164*, m.nt. P.B. Hugenholtz, r.o. 146.

20 Zie 'Commission accepts commitments by Paramount on cross-border pay-TV services' (persbericht van de Europese Commissie), Brussel, 26 July 2016, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2645_en.htm.

21 Richtlijn 2014/26/EU van 26 februari 2014, *Pb L 84/72*, 20.3.2014.

- 22 HvJ EU 9 februari 2012, zaak C-277/10 (*Luksan*), NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz.
- 23 HvJ EU 3 september 2014, zaak C-201/13, ro. 29-31 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds*), NJ 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz.
- 24 HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 (*Football Association Premier League e.a.*) en C-429/08 (*Murphy*), r.o. 85 e.v.
- 25 HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11 (*UsedSoft/Oracle International*), NJ 2013/118, m.nt. P.B. Hugenholtz, r.o. 62-63.
- 26 HvJ EG 19 november 1991, zaak C-6/90 (*Francoovich/Italy*), ECR 1991 I-05357.
- 27 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 Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 317 e.v.
- 28 Zie als een der eersten R. Hilty, 'Copyright in the internal market', *IIC* 2004, p. 760. Zie voorts E. Derclaye & T. Cook, 'An EU Copyright Code: what and how, if ever?', *Intellectual Property Quarterly* 2011, p. 259; R. Hilty, 'Reflection on a European Copyright Codification', in: T.-E. Synodinou (red.), *Codification of European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 355.
- 29 European Copyright Society, Letter to Commissioner Oettinger on Unification of Copyright Law, Strasbourg, 19 December 2014, te vinden op <https://europeancopyrightsociety.org/letter-to-commissioner-oettinger-on-unification-of-copyright-law/>.
- 30 Europese Commissie, Mededeling aan het Europees Parlement, etc., 'Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten', Brussel, 9 december 2015, COM(2015) 626 final.
- 31 Wittem Group, European Copyright Code, 26 april 2010, te vinden op <https://www.ivir.nl/nl/copyrightcode/>.

dat een bepaling in de Oostenrijkse auteurswet die voorzag in de wettelijke overdracht van exploitatierechten van filmmakers aan filmproducenten in strijd is met het Unierecht.²² In het *Deckmyn*-arrest oordeelde het Hof dat de in artikel 5 lid 3 van de Richtlijn informatiemaatschappij geregelde parodiebeperking is ingegeven door de uitingvrijheid, en derhalve zeer ruim is uit te leggen.²³ Opmerkelijk is dat het hier ging om een wettelijke beperking die voor de lidstaten facultatief is; zo heeft maar een beperkt aantal lidstaten (waaronder Frankrijk, Nederland en België) een parodiebeperking gecodificeerd. De uitdrukkelijk verwijzing in het arrest naar de in het Handvest gewaarborgde uitingvrijheid doet de vraag rijzen of een parodiebeperking niet ook in alle andere lidstaten moet worden ingevoerd, of mogelijk zelfs als ongeschreven beperking rechtens nu al erkenning verdient.

Ook het primaire Unierecht wordt door het Europese Hof incidenteel aangeprepen om de interne markt te beschermen tegen fragmentatie door het auteursrecht. Zo oordeelde het Hof in de eerder genoemde *Premier League*-zaak niet alleen dat een verbod op de doorverkoop van Griekse decoderkaarten strijd oplevert met het kartelverbod, maar ook met het vrije verkeer van diensten gewaarborgd in artikel 56 VWEU.²⁴ In het roemruchte *Usedsoft*-arrest, waarin het Hof de uitputtingsregel van toepassing verklaarde op computersoftware die vanaf het internet was gedownload, beriep de Europese rechter zich op zijn aloude uitputtingsjurisprudentie, die gebaseerd is op het vrije verkeer van goederen.²⁵

In samenhang met de hiervoor geschetste judiciële harmonisatie door het Hof neemt de vrijheid van de lidstaten om binnen de bestaande geharmoniseerde kaders eigen oplossingen te formuleren hand over hand af. Mede gedreven door angst voor staatsaansprakelijkheid voor schade ten gevolge van (achteraf gezien) onjuiste transpositie²⁶ brengt dit de lidstaten er steeds vaker toe harmonisatierichtlijnen vrijwel letterlijk om te zetten. Daarmee leidt harmonisatie de facto tot materiële eenmaking.

5. De laatste stap: formele unificatie

Ondanks bijna dertig jaar van harmonisatie is een daadwerkelijk geünificeerd Europees auteursrecht echter nog niet gerealiseerd. Tegelijkertijd wordt door de inzet van een versche idenheid van juridische instrumenten (het land-van-oorsprong-beginsel; het mededingingsrecht; de toepassing van het EU-Handvest en het primaire Unierecht) de eenmaking van het auteursrecht gaandeweg gerealiseerd. De laatste stap naar een eenvormig Europees auteursrecht moet echter nog gezet worden: formele unificatie. Deze zou idealiter haar beslag moeten krijgen in een 'Auteursrechtverordening' die voorziet in een unitaire auteursrechtstitel en materieel voor de bestaande

nationale auteurswetten in de plaats treedt. Het Verdrag van Lissabon van 2007 heeft de Uniewetgever hiertoe uitdrukkelijk gemachtigd. Artikel 118 VWEU bepaalt:

In het kader van de totstandbrenging en de werking van de interne markt stellen het Europees Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de maatregelen vast voor de invoering van Europese titels om een eenvormige bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten in de hele Unie te bewerkstelligen, en voor de instelling van op het niveau van de Unie gecentraliseerde machtigings-, coördinatie- en controleregelingen.

De Raad stelt, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, bij verordeningen de talenregelingen met betrekking tot de Europese titels vast. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na raadpleging van het Europees Parlement.

In een omvangrijke evaluatie van het auteursrechtelijke acquis die het Instituut voor Informatierecht (IViR) een aantal jaren geleden op verzoek van de Europese Commissie heeft verricht, is unificatie van het auteursrecht uitdrukkelijk geagendeerd.²⁷ Volgens het IViR zijn de voordelen van een unitaire titel onmiskenbaar. Door een geünificeerd auteursrecht zou aan de fragmentatie van de interne markt door territoriale uitoefening van auteursrecht effectief een einde kunnen worden gemaakt. Unificatie zou tevens de rechtszekerheid en transparantie vergroten, zowel voor rechthebbenden als voor gebruikers, en transactiekosten bij het verlenen en verkrijgen van licenties aanmerkelijk verlagen. Een Auteursrechtverordening zou bovendien de normatieve asymmetrie kunnen herstellen die inherent is aan het huidige acquis, dat de belangrijkste exploitatierechten aan de lidstaten voorschrijft, maar de meeste wettelijke beperkingen slechts facultatief regelt.

In de afgelopen jaren lijkt het idee van unificatie langzamerhand aanvaard te worden, zowel in rechts-wetenschappelijke²⁸ als in politieke kringen. Zo stuurde de *European Copyright Society*, een genootschap van hoogleraren, eind 2014 een openbare brief aan de Europese Commissie waarin werd aangedrongen op het opstarten van een unificatieproject.²⁹ Een jaar later, eind 2015, committeerde de Europese Commissie zich aan het idee van een unitaire auteursrecht in een officiële Mededeling aan de Raad en het Europees Parlement.³⁰ Daarbij onderkende de Commissie dat de weg naar een Europees Auteursrechtverordening nog lang en ingewikkeld is. Volgens de Commissie zou invoering van een unitaire auteursrecht gepaard moeten gaan met het aanwijzen van

een exclusief bevoegde Unierechtbank “om te voorkomen dat inconsistente jurisprudentie tot meer versnippering leidt”. Maar “deze moeilijkheden mogen er niet toe leiden dat wordt afgezien van deze visie als langetermijndoelstelling.” Al eerder had de Wittem-groep met zijn *European Copyright Code*³¹ laten zien dat er voor Europese eenmaking in academische kringen voldoende draagvlak bestaat, en dat resterende verschillen tussen de auteurswetten van de lidstaten bepaald niet onoverbrugbaar zijn.

Met dat al lijkt een overgang van het huidige, vergaand geharmoniseerde stelsel naar een unitair auteursrecht materieelrechtelijk nog maar een kleine stap, en op lange termijn onvermijdelijk. Het belangrijkste

obstakel op de kortere termijn is politiek. Diverse grote stakeholders, zoals de CBO's en de filmproducenten, zullen niet graag hun op territoriale exclusiviteit gebaseerde exploitatiemodellen willen aanpassen. En de lidstaten staan vermoedelijk niet te springen om hun autonomie op het terrein van het auteursrecht, ook al stelt die door de vergaande harmonisatie weinig meer voor, definitief op te geven. Of de Europese Unie politiek kapitaal wil investeren in een auteursrechtelijk unificatieproject lijkt in het huidige, door de Brexit beheerste klimaat, bovendien niet erg waarschijnlijk.

Amsterdam, augustus 2018