

## HET COMMUNAUTAIR ACQUIS VOOR AUTEURSRECHT EN NABURIGE RECHTEN: ZEVEN ZONDEN OF ZESTIEN GELUKKIGE JAREN?

Mireille van Eechoud  
(senior onderzoeker, Instituut voor Informatierecht UvA)

*De vereenvoudiging en verbetering van regelgeving maakt deel uit van de Lissabon agenda van de Europese Unie. In dat kader achtte de Europese Commissie (DG Markt) de tijd rijp voor een kritische en integrale analyse van de zeven verschillende richtlijnen die sinds 1991 het licht zagen op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Na een openbare aanbesteding<sup>1</sup> kreeg het Instituut voor Informatierecht de opdracht te rapporteren over 'The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy'. In deze bijdrage komen de belangrijkste bevindingen aan bod.*

Centraal in de Lissabon agenda staat de totstandkoming van een dynamische en concurrerende kenniseconomie. Passende regelgeving van goede kwaliteit wordt gezien als een belangrijk middel om dat doel te bereiken. Het team<sup>2</sup> dat onder leiding van Hugenholtz aan het werk toog, diende daarom in de *review* van de zeven auteursrechtelijke richtlijnen op samenhang en (onderlinge) consistentie ook de rol van het auteursrecht in de kenniseconomie te betrekken. Naast de hoofdpdracht, gaf de Europese Commissie nog een lijstje mee. Daarop stonden de punten die de Commissie na een algemene consultatieronde onder belanghebbenden in 2004 op haar werkprogramma had gezet.<sup>3</sup> Vertaald naar vragen waren de belangrijkste: Moet er een termijnverlenging komen voor de naburige rechten? Moet er voor muziekwerken een auteursrechtelijke regel komen voor de bepaling van de beschermingsduur vergelijkbaar met die voor filmwerken? Kan de Europese wetgever iets doen aan het gebrek aan respect voor intellectuele eigendomsrechten dat rechthebbenden alom ervaren van de zijde van consumenten? Het antwoord op deze vragen luidt respectievelijk: echt niet, beter van niet, en niet echt. Voor de onderbouwing van die resultaten zij de lezer verwezen naar respectievelijk hoofdstuk 3, 4 en 6 van het volledige rapport.

In deze bijdrage staat de eigenlijke *review* centraal. De opbouw is als volgt: na een korte uiteenzetting over de aanleiding voor de review, volgen enkele observaties over de doelstellingen van de richtlijnen in relatie tot de bevoegdheden van de Europese wetgever. Dan volgt een samengevatte analyse van het acquis op hoofdpunten, geordend naar het object van bescherming, de exclusieve rechten die geharmoniseerd zijn, en de daarbij behorende beperkingen. De voor- en nadelen van het harmonisatieproces zoals dat tot nu toe verlopen is komen apart aan de orde, vooruitlopend op een doorkijk naar een werkelijk geünificeerd Europees auteursrecht.

---

<sup>1</sup> Call for tender MARKT/2005/08/D, *Study on the recasting of the copyright for the knowledge economy*, Notice of contract 2005/S131-129165 of 09.07.2005. De 308 pagina's tellende studie is gepubliceerd op [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm) en op <http://www.ivir.nl/publicaties/intellectuele-eigendom.html>

<sup>2</sup> De auteurs van de studie zijn: Bernt Hugenholtz, Mireille van Eechoud, Stef van Gompel, Lucie Guibault, Natali Helberger, Mara Rossini, Lennert Steijger (allen IViR), Nicole Dufft & Philip Bohn (Berlecon research), Carsten Orwat en Knud Böhle van het Institute for Technology Assessment and Systems Analysis (ITAS, Research Centre Karlsruhe) werkten mee aan het deel over *consumer acceptance*.

<sup>3</sup> Consultatie naar aanleiding van de Commission Staff Working Paper on the Review of the EC Legal Framework in the Field of Copyright and Related Rights SEC (2004) 995, Brussels, 19 July 2004.

## AANLEIDING

De oorspronkelijke Lissabon strategie, het in 2000 aangenomen actie- en ontwikkelingsplan van en voor de Europese Unie, behelst dat Europa in 2010 de ‘meest dynamische, concurrerende kennismaatschappij ter wereld’ is. Een van de talrijke middelen om dat bepaald ambitieuze doel te helpen bereiken, is een transparant, consistent en gebalanceerd regelgevend kader voor intellectuele eigendomsrechten. Na zeven richtlijnen leek de tijd rijp voor een ‘recasting’<sup>4</sup> van het auteursrechtacquis. Een eerste reden daarvoor is dat de richtlijnen die aan de Auteursrechtrichtlijn (2001) voorafgingen geen rekening (konden) houden met veranderingen in distributiepatronen in elektronische communicatienetwerken. Zo gaan zowel de Softwarerichtlijn (1991) als de Verhuur- en Leenrechtrichtlijn (1992) uit van exploitatiemodellen gebaseerd op distributie van werken op fysieke dragers. De Satelliet- en Kabelrichtlijn (1993) beschouwt de doorgifte van beschermde prestaties per satelliet en per kabel als zulke verschillende exploitatiemodellen dat ze ieder een eigen regime vereisen. Inmiddels concurreert satellietomroep met kabel, kabel (als content leverancier) met de traditionele omroeporganisaties en concurreren telecommunicatiebedrijven met kabelbedrijven als leveranciers van breedband diensten. Dergelijke ontwikkelingen roepen de vraag op of bepaalde keuzes uit het verleden heroverweging verdienen.

Een tweede reden voor een recasting exercitie is gelegen in het feit dat van de zeven richtlijnen er zes betrekking hebben op tamelijk specifieke deelonderwerpen. De Auteursrechtrichtlijn is weliswaar veel breder van opzet dan voorgaande richtlijnen omdat het kernaspecten (de economische rechten) harmoniseert, maar laat tegelijkertijd de meeste objectspecifieke regels uit eerdere richtlijnen intact. De relatief fragmentarische aanpak – die politiek en wetgevingstechnisch zeer wel te verklaren is – bergt het risico van inconsistenties in zich. Een ander effect van de fragmentarische aanpak is dat belangrijke onderdelen van het auteursrecht en de naburige rechten op Europees niveau ongeregeld zijn gebleven. Dat geldt voor het auteursrecht bijvoorbeeld bij aspecten als wie rechthebbende is, en daarmee samenhangend de invulling van het werkbegrip (onder meer de elementen oorspronkelijkheidsvereiste, samenwerkingsvormen, afgeleide werken). Ook morele rechten en auteurscontractenrecht<sup>5</sup> zijn in het oog springende communautaire leegtes.

## HARMONISATIEDOELSTELLINGEN IN RELATIE TOT COMPETENTIE EG

Slaat men de groenboeken, memories van toelichting en de consideransen van de richtlijnen erop na, dan streeft de Europese wetgever in essentie twee doelen na met harmonisatie van auteursrecht en naburige rechten: een goede werking van de interne markt, en het bevorderen van de concurrentiekracht van de Europese economie (zowel economische ontwikkeling, als concurrentievermogen ten opzichte van derde landen). De wetgever beproeft in essentie twee middelen om die doelen te bereiken.

<sup>4</sup> De term ‘Recasting’ stamt uit de ‘better law making’ activiteiten die inmiddels ook onderdeel zijn van de herziene Lissabon agenda. Zie Communication of the Commission ‘Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment’, Brussels, COM(2005) 535 en eerdere mededelingen inzake better law making, m.n. COM(2002) 275 final, COM(2002) 278 final, COM(2003) 71 final.

<sup>5</sup> Zie daarover L. Guibault and P.B. Hugenholtz, ‘Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union’, May 2002, <[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e69\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e69_en.pdf)>.

Het eerste en belangrijkste is het wegnemen van verschillen in nationale wetten, waarvan a priori wordt aangenomen dat deze hindernissen opwerpen voor het vrij verkeer. Uit de lange reeks arresten<sup>6</sup> van het Hof van Justitie EG over de relevante bepalingen uit het EG-verdrag<sup>7</sup> was al bekend dat het bestaan van verschillende nationale, territoriaal begrensde intellectuele eigendomsrechten op zich zelf genomen niet in strijd is met het vrij verkeer van goederen (en diensten). De uitoefening van die rechten wordt wel beperkt door de eisen van vrij verkeer en mededinging, voor zover die verder gaat dan noodzakelijk is ter bescherming van het specifieke voorwerp van het betreffende IE-recht, een eis waaraan blijkens de jurisprudentie overigens al snel wordt voldaan. Beschouwt men het auteursrecht en naburige rechten met zijn territoriale afbakening van marketen als beperking op het vrij verkeer, dan lijkt er dus reden te meer voor de Europese wetgever om tot actie over te gaan.

Het tweede middel om de hoofddoelen is het garanderen van een adequaat beschermingsniveau dat noodzakelijk is voor de economische ontwikkeling van de gemeenschap. Adequaat wordt doorgaans gelijkgesteld aan 'hoog',<sup>8</sup> hetgeen vooral bij gebreke aan economische onderbouwing felle kritiek oproept.<sup>9</sup> Een goed functionerende gemeenschappelijke markt vraagt ook niet per definitie om een hoog beschermingsniveau, evenmin als de achterliggende doelen van een gemeenschappelijke markt, zoals het 'bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap' en 'een hoge graad van concurrentievermogen en convergentie van economische prestaties' (art. 2 EG-verdrag).

Hoe staat het nu met de bevoegdheid van de EU om regelgevend op te treden? De drie basisbeginselen in deze zijn attributie, subsidiariteit en proportionaliteit.

## ATTRIBUTIE

Volgens het *attributiebeginsel* (art. 5 EG-verdrag) kan de gemeenschap enkel optreden als het EG-verdrag daar een basis voor biedt en alleen om de doelstellingen van de EG te verwezenlijken. Het Hof van Justitie vereist een nauwe band tussen enerzijds het doel en de inhoud van een maatregel en anderzijds de essentie van de rechtsgrondslag van de maatregel. De primaire rechtsbasis voor richtlijnen op het gebied van auteursrecht en naburige rechten is artikel 95, dat harmonisatie toestaat voor de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt dat vereist. In alle richtlijnen wordt het bestaan van verschillen in nationale wetgeving aangevoerd als struikelblok voor vrij verkeer en eerlijke mededinging. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat het bestaan van verschillen als zodanig, en de kans op negatieve

<sup>6</sup> Over vrij verkeer en auteursrecht/naburige rechten handelen specifiek HvJEG 8 juni 1971, zaak 78/70, *Jur.* 1971-487 (*Deutsche Grammophon*), HvJEG 20 januari 1981, gev. zaak 55-57/80, *Jur.* 1981-147 (*Musik Vertrieb Membran*), HvJEG 22 januari 1981, zaak 58/80, *Jur.* 1981-181, *Coditel I* (hierboven aangehaald), HvJEG 6 oktober 1982, zaak 262/81, *Jur.* 1982-3381 (*Coditel II*), HvJEG 17 mei 1988, zaak 158/86, *Jur.* 1988-2605, HvJEG 24 januari 1989, zaak 341/87, *Jur.* 1989-79 (*Patricia*), HvJEG 13 juli 1989, zaak 395/87, *Jur.* 1989-2521 (*Tournier*), HvJEG 22 september 1998, zaak C-61/97, *Jur.* 1998 I-5171 (*Laserdisken*).

<sup>7</sup> Art. 28-29 vrij verkeer van goederen, art. 49-50 vrij verkeer van diensten, art. 30 inzake de uitzondering op vrij verkeer van goederen ter bescherming van intellectuele eigendom (ook op diensten van toepassing verklaard in HvJEG 19 maart 1980, zaak 62/79, *Jur.* 1980, p. 881 (*Coditel/Cine Vog*) en art. 81-89 inzake mededinging.

<sup>8</sup> Recentelijk nog in Overweging 4 Auteursrechtrichtlijn.

<sup>9</sup> Zie onder meer de oratie van R. Towse, *Copyright and Creativity: Cultural Economics for the 21st Century*, Erasmus Universiteit; Rotterdam 2006; T. Morely, 'Copyright term extension in the EC: Harmonisation or headache', *Copyright World* 1992 (Sept/Oct) p. 10-17, p. 14; A. Emilianides, 'The author revived: harmonisation without justification', *EIPR* 2004 p. 538-541; R. Hilty, 'Copyright in the Internal Market', *IIC* 2004, vol. 35, no. 7, p. 760-775, p. 761.

invloed in abstracto, niet volstaat om artikel 95 als rechtsbasis te rechtvaardigen. Artikel 95 geeft dus geen bevoegdheid tot het creëren van een *level playing field* per se. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een merkbaar negatief effect op de interne markt. De vraag is natuurlijk wanneer dat het geval is; dit is vooral relevant in het kader van de proportionaliteitstoets.

Naast artikel 95 zijn er nog andere rechtsgrondslagen relevant voor het auteursrecht en de naburige rechten, met name artikel 151, 153 en 308 EG-verdrag. Die laatste bepaling schept een restbevoegdheid voor maatregelen die nodig zijn om de doelen van de gemeenschap in het kader van de interne markt te bereiken, terwijl een specifieke rechtsgrondslag in het EG-verdrag ervoor ontbreekt. Het gemeenschapsmerk, gemeenschapsmodel en gemeenschapskwekersrecht<sup>10</sup> zijn op artikel 308 gebaseerd, aangezien de bevoegdheid van artikel 95 is gericht op harmonisatie van bestaand nationaal recht, niet de creatie van zelfstandige communautaire titels.<sup>11</sup>

Artikel 153 instrueert de gemeenschapswetgever om (onder meer) in het kader van interne markt regulering zorg te dragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming (vgl. ook art. 95(3) EG-verdrag). Artikel 151 preciseert de taak van de Europese instellingen op cultureel gebied: de gemeenschap draagt bij aan de culturele ontplooiing op Europees en nationaal niveau, en 'houdt bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van dit Verdrag rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen' (art. 151(3)). Ontwikkeling op het culturele vlak kan dus nooit een grond zijn voor wetgevend optreden *sec*, al wordt het belang van culturele ontwikkeling (en dan met name het stimuleren van culturele productie) wel aangevoerd als rechtvaardiging voor optreden.<sup>12</sup> Beide artikelen scheppen dus geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid maar werken in feite beperkend op de bevoegdheid van artikel 95.

## SUBSIDIARITEIT EN PROPORCIONALITEIT

Het tweede bevoegdheidsbeginsel is *subsidiariteit*, dat wil zeggen dat getoetst moet worden of de lidstaten dan wel de gemeenschap beter in staat zijn om het beoogde doel te bereiken. Is eenmaal geconstateerd dat er daadwerkelijk obstakels zijn voor het vrij verkeer veroorzaakt door verschillen in nationale wetten, dan zal normaliter de EG het best in staat zijn die te verhelpen. Bij auteursrecht en naburige rechten is subsidiariteit al met al niet zo'n heikel punt als het gaat om materiële normen, maar weer wel als het gaat om handhaving, en dan met name van de strafrechtelijke soort. Maar daar speelt de bevoegdheid om strafrecht te harmoniseren<sup>13</sup> weer een essentiële rol, een aspect dat buiten bestek van de Recasting studie ligt.

Is er bevoegdheid en is voldaan aan de subsidiariteitsbeginsel, dan dient de voorgenomen maatregel te worden getoetst op het *proportionaliteitsbeginsel*. Dat ziet op de wijze en indringendheid van EU interventie in het recht en beleid van lidstaten. Het proportionaliteitsbeginsel is uitgewerkt

<sup>10</sup> Respectievelijk Verordening 40/94 (*Pb* EG 1994 L11), Verordening 6/2002 (*Pb* EG L 2002 L3) en Verordening 2100/94 (*Pb* EG 1994 L227).

<sup>11</sup> Voor maatregelen op grond van art. 308 is unanimititeit vereist, terwijl bij art. 95 een gekwalificeerde meerderheid volstaat. In de ontwerp Grondwet is voorzien in een aparte rechtsgrondslag (art. III-176) voor communautaire intellectuele eigendomsrechten, met gekwalificeerde meerderheid maar wel unanimititeit voor het taalregime (van belang bij registerrechten).

<sup>12</sup> Zie bijv. overweging 10 Duurrichtlijn, overweging 9 Auteursrechtlijn.

<sup>13</sup> Art. 61(e) EG-verdrag, art. 29 en 31 EU-Verdrag.

door het Hof van Justitie en opgenomen in het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel.<sup>14</sup> Er zijn drie belangrijke nadere eisen: de voorgenomen maatregel moet geschikt zijn gezien het beoogde doel ervan, niet verder gaan dan noodzakelijk om dat doel te bereiken, en de nadelen ervan moeten in redelijke verhouding staan tot het beoogde doel. Dat leidt er onder meer toe dat de voorkeur wordt gegeven aan de minst ingrijpende opties: kaderstellende maatregelen boven gedetailleerde maatregelen, richtlijn als instrument boven een verordening. Verder moet de Europese wetgever zoveel mogelijk de integriteit van nationale rechtssystemen respecteren, en oog hebben voor de kosten van maatregelen, niet alleen voor de Europese instellingen zelf maar ook voor lidstaten en burgers.

In de praktijk toetst het Europese Hof van Justitie de naleving van proportionaliteitsbeginsel marginaal.<sup>15</sup> Daarom ligt de betekenis van de proportionaliteitstoets bij gewetensvolle toepassing ervan voordat wetgeving tot stand komt, door de Europese instellingen zelf maar ook door nationale parlementen. In Nederland heeft het lange tijd ontbroken aan parlementaire bemoeienis met Brusselse wetgeving, maar daar lijkt met de komst van de Tijdelijke Commissie Subsidiariteitstoets eindelijk verandering in gekomen.<sup>16</sup>

Op het gebied van auteursrecht en naburige rechten koos de wetgever tot nu toe altijd voor de richtlijn. Gezien het proportionaliteitsbeginsel lijkt die keuze op het eerste gezicht ook voor de hand te liggen. Richtlijnen laten lidstaten meer ruimte om de materiële normen in te passen in hun nationale rechtssysteem, omdat de wijze waarop de materiële normen worden omgezet in nationaal recht in principe vrij is. Dat geeft echter meteen de zwakte aan: hoe meer ruimte voor de lidstaten hoe groter de verschillen. Meestal is de oorzaak van persisterende verschillen echter niet te wijten aan de aard van het instrument, maar aan de normen die erin zijn neergelegd. Zo geven sommige richtlijnen slechts minimum beschermingsniveaus aan (overweging 20 en art. 8 Verhuur- en Leenrichtlijn, art. 2 Auteursrecht richtlijn), of laten alternatieve beschermingsvormen onverlet (overweging 20 Duurrichtlijn, art. 13 Databankenrichtlijn). Het beperkingenregime dat met de Auteursrecht richtlijn is ingevoerd is verworpen tot een waar keuzemenu, op dit gebied is dan ook geen sprake van betekenisvolle harmonisatie.<sup>17</sup> Keuze is er soms ook met betrekking tot het type recht, bijvoorbeeld een verbodsrecht of vergoedingsrecht (art. 5 Verhuur- en Leenrecht richtlijn). Bij nadere beschouwing blijken veel richtlijnen minder harmoniserend dan ze claimen te zijn.

Ook om andere redenen worden regels of hele richtlijnen bekritiseerd omdat ze niet geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken<sup>18</sup> en dus de proportionaliteitstoets niet kunnen doorstaan. Over de mismatch tussen doel en effect van de Volgrechtrichtlijn heeft De Boer zich in dit blad helder en overtuigend uitgesproken.<sup>19</sup> Een ander voorbeeld betreft de

<sup>14</sup> Protocol 30 bij het EG-verdrag, *Pb EG* 1997, C 340.

<sup>15</sup> Zie met name HvJEG 10 december 2002, zaak C-491/01, Jur. 2002, I-11453 (*Tobaksreclame II*), HvJEG 12 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04, Jur. 2005, I-6451 (*Natural Health*).

<sup>16</sup> Zie de brief van de Tijdelijke Commissie aan Europees Commissaris Frattini inzake de strafrechtelijke handhaving van intellectuele eigendomsrechten (COM (2006) 168), *Kamerstukken II* 2005-06, 30 587, nr. F en 6.

<sup>17</sup> De omzetting in de lidstaten wordt in detail besproken in de recente studie voor de Europese Commissie van Guibault et al, *Study on the implementation and effect in member States' laws of directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and Related rights in the information society*, feb. 2007. zie [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm)

<sup>18</sup> Onder meer door R. Hilty, 'Copyright in the Internal Market', *IIC* 2004, vol. 35, no. 7, p. 760-775 en P.B. Hugenholtz, 'Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid', *EIPR* 2000, p. 501-502.

<sup>19</sup> Th.M. de Boer, 'Hersenschim krijgt juridisch gestalte: de invoering van het volgrecht in Nederland', *AMI* 2005, no. 6, p. 181-190; zie ook D. Booton, 'A critical analysis of the European Commission's proposal for a directive harmonising the droit de suite', *Intellectual Property Quarterly* 1998, p. 165-191.

Databankenrichtlijn. De Europese Commissie erkende zelf dat de introductie van het sui generis recht voor databanken geen (meetbare) groei van de Europese databankindustrie tot gevolg heeft gehad, terwijl dat wel het voornaamste doel was.<sup>20</sup>

## HOOFDPUNTEN VAN HET AUTEURSRECHT ACQUIS

Als er al zoveel kritiek mogelijk is op de verhouding doel-middel, hoe staat het dan met de samenhang en consistentie van de verschillende richtlijnen? Dat blijkt alleszins mee te vallen. De problemen liggen meer op het gebied van de reikwijdte van bepaalde concepten in de digitale omgeving.

### OBJECT VAN BESCHERMING

Het acquis is bescheiden van omvang waar het gaat om de objecten van bescherming, dat wil zeggen: op welke prestaties er nu precies exclusieve rechten rusten blijft op Europees niveau enigszins vaag. Een reden is dat het gelijktrekken van economische rechten als een dringender zaak wordt gezien. Vanuit politiek oogpunt lijkt het ook moeilijker voor lidstaten om overeenstemming te bereiken, gezien de verschillen in benadering tussen *copyright* en *droit d'auteur* systemen, en de nauwe band tussen het object van bescherming, morele rechten van auteurs en uitvoerende kunstenaars en opvattingen over wie initieel rechthebbende dient te zijn. Wellicht de belangrijkste oorzaak is gelegen in het feit dat op internationaal vlak al definities bestaan waarnaar de Europese wetgever kan verwijzen. Zo bevat de Berner Conventie al een brede omschrijving, gekoppeld aan de (enumeratieve) lijst met categorieën producties die als auteursrechtelijk beschermd werk hebben te gelden. Onze Auteurswet volgt die benadering, en andere lidstaten kennen die ook. Sommige lidstaten hanteren enkel brede begrippen ('werken van letterkunde of kunst') of juist een in limitatief aantal welomschreven werksoorten.

Op het gebied van het auteursrecht is het meest opvallend nog wel het ontbreken van een geharmoniseerde originaliteitstoets voor alle werken. De wetten van de lidstaten kennen wel impliciet of expliciet een vorm van die toets. In het acquis komen enkele verspreide bepalingen ter zake voor. De Duurrichtlijn typeert fotografie die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt (in plaats van andersoortige bescherming) als oorspronkelijk in de zin dat zij 'een eigen schepping van de auteur is die de uitdrukking vormt van zijn persoonlijkheid' (overweging 16). De Softwarerichtlijn en later de Databankenrichtlijn spreken van 'eigen schepping van de auteur'. Deze norm bedoelt het midden te houden tussen de indertijd strengere continentale normen en de ruimere Angelsaksische. Hoewel deze systemen conceptueel nog steeds anders zijn, komen ze in de praktijk tot een steeds meer vergelijkbaar resultaat.<sup>21</sup> Daarmee werpt zich de vraag op hoe zinvol een nadere definitie voor alle werken is, zeker indachtig het hierboven besproken proportionaliteitsbeginsel en het vereiste negatieve

<sup>20</sup> Europese Commissie, 'First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases', DG Internal Market and Services Working Paper, Brussels, 12.12.2005.

<sup>21</sup> Zie L. Bently and B. Sherman, *Intellectual property law*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 88 e.v.; J. Corbet, 'Het oorspronkelijkheidsbeginsel in het auteursrecht en de toepassing ervan op de vormgeving van een industriële machine', *Auteurs & Media* 2006, nr. 2, p. 127-135; J. Deene, 'Originaliteit in het auteursrecht', *IRIDI* 2005, p. 223-237; G. Westkamp, 'Transient copying and public communications: the creeping evolution of use and access rights in European copyright law', *George Washington International Law Review* 2004, vol. 36 no. 5, p. 1065-6.

effect op de interne markt. Een uniforme definitie voor oorspronkelijke werken kan bovendien niet verhelen dat prestaties die niet aan een geüniformeerde eis voldoen, op andere grond beschermd zijn. Lidstaten kennen immers diverse andere ongeharmoniseerde rechten, zoals onze geschriftenbescherming, de bescherming voor typografie (Griekenland, Verenigd Koninkrijk), en rechten ten aanzien van eenvoudige foto's en/of film (o.m. Oostenrijk, Finland).

Een nadere harmonisatie van het werkbegrip laat zich moeilijk voorstellen zonder dat ook de vraag wie als rechthebbende heeft te gelden wordt geregeld, ook in situaties waarbij meerdere auteurs betrokken zijn. In de Recasting studie is hoofdstuk 5 gewijd aan de zgn. rights clearance problemen veroorzaakt door *multiple ownership*. Dit is natuurlijk geen nieuw probleem, uit de jaren tachtig vooral bekend als '*multimedia ownership*'. Het blijft echter wel hardnekkiger worden. Dat komt enerzijds door uitdijende intellectuele eigendomsrechten: meer objecten zijn beschermd, met ruimere exclusieve rechten, en overlappende aanspraken. Anderzijds groeien door internet de mogelijkheden voor coproductie en hergebruik van 'content' onstuimig. Denk aan grootschalige *peer production* (open source, wikipedia e.d.) en de ontsluiting van audiovisuele (omroep) archieven op internet. Bij dat laatste speelt in het bijzonder de orphan works problematiek, oftewel de (on)mogelijkheden om rechtmatig werken te hergebruiken waarvan de rechthebbende niet traceerbaar is. Mogelijke oplossingen hiervoor worden in genoemd hoofdstuk geanalyseerd.<sup>22</sup>

Voor de naburige rechten bevat het acquis slechts enkele definities, voor onder meer databanken (Databankenrichtlijn) en film als object van bescherming voor de producent van eerste vastleggingen (art. 2(1) Verhuur- en Leenrechtlijn). Bij de klassieke naburige rechten sluit de Europese wetgever (impliciet) aan bij begrippen uit internationale verdragen. Die geven overigens eerder een definitie van de persoon die een beroep kan doen op bescherming, dan van de prestatie waarvoor die bescherming geldt. Zo bevatten het Verdrag van Rome en het WPPT gedetailleerde, maar uiteenlopende, omschrijvingen van het begrip 'uitvoerend kunstenaar'. Ook de definitie van fonogramproducent in het WPPT is helder.

Hetzelfde kan niet langer gezegd worden van het begrip omroep en omroeporganisatie als object en subject van naburige rechten. Artikel 3(f) van het Verdrag van Rome bepaalt dat 'broadcasting' betekent 'the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds.' In 1961 was er eigenlijk geen behoefte aan een nadere afbakening omdat wel duidelijk was wat als omroep had te gelden. Hooguit was er wat debat over de positie van kabelmaatschappijen; wanneer bedreven die omroep in de zin van het verdrag? Door ontwikkelingen in de techniek en markten is het inmiddels wel onduidelijk geworden wanneer sprake is van een omroeporganisatie die rechten kan doen gelden ten aanzien van 'uitzendingen'. Beschermt het naburige recht ook webcasters? En zo ja, moet dan eigenlijk niet elke aanbieder van omroepachtige diensten bescherming kunnen claimen? Waar ligt dan de grens tussen omroep en on demand?

De verhitte discussies rond het ontwerp WIPO Broadcast Treaty getuigen van de noodzaak van een heldere definitie. Het is echter moeilijk een afbakening te geven die ongerechtvaardigde verschillen in behandeling van distributiemethoden voorkomt, maar flexibel genoeg is om nieuwe ontwikkelingen in techniek en markt te vatten. Het herdefiniëren bergt ook het risico in zich van een onnodige en mogelijk zelfs schadelijke uitbreiding van het

---

<sup>22</sup> Zie ook Stef van Gompel, *Audiovisual Archives and the Inability to Clear Rights in Orphan Works*, IRIS plus (Supplement to IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory), 2007-4. [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/iplus4\\_2007.pdf.en](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2007.pdf.en)

naburig recht inzake omroep, gezien de oorspronkelijke ratio van bescherming. Wat dat betreft is het voorlopig handhaven van de status quo wellicht de minste van twee kwaden.

## EXCLUSIEVE RECHTEN

Het samenstel van richtlijnen regelt inmiddels de kern van de economische rechten van auteurs, uitvoerend kunstenaars en andere naburig rechthebbenden. Bij het formuleren van geharmoniseerde exclusieve rechten heeft de Europese wetgever rekening moeten houden met de forse conceptuele verschillen die er tussen lidstaten bestaan. Aan de ene kant van het spectrum zijn er nationale wetten met brede, abstracte omschrijvingen van de bevoegdheden van de auteur (België). Aan de andere kant hebben landen als het Verenigd Koninkrijk auteurswetten die de aan de auteur voorbehouden handelingen in detail omschrijven. Elk land heeft bovendien zijn eigen terminologie. In het ene land valt bijvoorbeeld het distributierecht ter zake van fysieke exemplaren traditioneel onder het ruime openbaarmakingsrecht, in het andere valt het onder het reproductierecht. Gezien door een nationale bril, mag het dus niet verbazen dat de structuur en bewoording van het exclusieve rechten acquis tegelijkertijd bekend en bevreemdend overkomt.

Er zijn vier categorieën exclusieve rechten aan de hand waarvan het acquis zich laat beschrijven, waarbij problemen zich met name blijken voor te doen in de eerste en de laatste categorie:

- reproductie (verveelvoudiging en vastlegging),
- bewerking (vertaling, arrangement etc.),
- distributie (bijv. verhuur, uitleen, uitputting),
- communicatie ofwel mededeling aan het publiek (uitvoering in het openbaar, making available oftewel online ter beschikking stellen, uitzenden e.d.).

### *Reproductie*

Pas met art. 2 van de Auteursrecht richtlijn kwam er een algemeen reproductierecht, dat meteen ook zeer breed is: 'het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden'. In tegenstelling tot het Nederlandse verveelvoudigingsrecht omvat deze definitie niet bewerkingen zoals vertalingen en arrangementen. Het algemene reproductierecht van de Auteursrecht richtlijn vervangt het reproductierecht dat de Verhuur- en Leenrecht richtlijn (art. 7) toekende aan houders van naburige rechten. Voor auteurs van software en databanken blijven de nauwer geformuleerde definities van 'reproductie' uit de Softwarerichtlijn en Databankenrichtlijn intact.<sup>23</sup>

Een belangrijk doel van de Auteursrecht richtlijn was het acquis in overeenstemming brengen met de internationale verplichtingen voortvloeiend uit de WIPO verdragen van 1996 (WCT en WPPT). Toch gaat de in Auteursrecht richtlijn gekozen definitie verder dan die in de WPPT en eerdere verdragen. Voor het auteursrecht bleek overeenstemming op internationaal niveau over de reikwijdte van het reproductierecht in de digitale omgeving niet haalbaar. Het door de EG voorgestelde ruime reproductierecht stuitte op weerstand, ook in de eigen gelederen. De WCT bevat daarom in tegenstelling tot de WPPT geen algemeen reproductierecht, artikel 9 Berner Conventie blijft dus maatgevend.

---

<sup>23</sup> De Databankenrichtlijn (art. 5(b)) en Software richtlijn (art. 4(b)) voorzien overigens wel expliciet in een bewerkingrecht.

Zoals bekend zit de weerstand tegen het huidige reproductiebegrip vooral in het technische karakter ervan. In de digitale omgeving, die letterlijk aan elkaar hangt van kopieën, brengt zo'n ruim technisch begrip vrijwel elke handeling van aanbieders van diensten, transporteurs en gebruikers in het exclusieve domein van de rechthebbenden. Een dergelijk breed recht schiet zijn doel voorbij, is het gevoelen. Deels wordt dat ook erkend door de Europese wetgever, die immers in artikel 5(1) Auteursrechtlijn een beperking voorziet voor bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande of incidentele aard (zie nader hieronder). Dit heeft de roep niet verstomd om een meer normatief reproductierecht dat past bij de belangen die het intellectuele eigendomsrecht beoogt te dienen.<sup>24</sup> In het acquis blijkt ook dat het technische reproductierecht zich moeizaam verhoudt tot de (eveneens ruime) exclusieve rechten op mededeling aan het publiek.

#### *Communicatie aan het publiek*

Net als bij het reproductierecht, kregen auteurs pas een algemeen recht op communicatie aan het publiek in de Auteursrechtlijn. Eerder al gaf de Satelliet- en Kabelrichtlijn auteurs het exclusieve recht op mededeling aan het publiek per satelliet van hun werken, i.e. omroep. Dezelfde richtlijn verplichtte tot collectieve rechtenuitoefening voor kabelomroep, maar schreef geen exclusief recht op uitzending via de kabel voor. Alle vormen van openbaarmaking via omroep vallen nu onder de ruime definitie van artikel 3(1), dat auteurs het recht geeft 'de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.'

Voor auteursrechtelijk beschermde databanken blijft het oudere vergelijkbaar ruime recht voortbestaan (art. 5(d) Databankenrichtlijn). Het sui generis recht voor databanken wordt evenmin door de Auteursrechtlijn beroerd. Hoewel de Auteursrechtlijn ook de Softwarerichtlijn onverlet laat, is de positie voor software onduidelijker. Dat komt omdat de Softwarerichtlijn geen expliciet openbaarmakingsrecht kent. Communicatiehandelingen lijken deels te vallen onder het reproductierecht (art. 4(a) Softwarerichtlijn) en wellicht ook deels onder het distributierecht (art. 4(c)). Hier wreekt zich dat de Softwarerichtlijn is geschreven in de tijd dat tapes en floppy disks nog de norm waren.

Voor de naburige rechten geldt geen algemeen recht op mededeling aan het publiek. Artikel 3(2) introduceerde enkel het 'making available' recht. De openbaarmakingsrechten uit de Verhuurrichtlijn bleven intact. Daarbij gaat het voor uitvoerende kunstenaars om een verbodsrecht ten aanzien van het uitzenden via de ether en het mededelen aan het publiek van hun live uitvoeringen,<sup>25</sup> en een vergoedingsrecht voor het uitzenden of andere mededeling aan het publiek van op fonogram vastgelegde uitvoeringen. Eenzelfde vergoedingsaanspraak komt de fonogramproducent toe. Omroeporganisaties hebben op grond van artikel 8(3)

<sup>24</sup> Zie G. Westkamp, 'Towards access control in UK Copyright law?', *CRi* 2003-1, p. 11-16; M. Hart, 'The Copyright in the Information Society Directive; An Overview', *EIPR* 2002, p. 58-64, J.-P. Triaille, 'La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et l'acquis communautaire', *Auteurs & Media* 2002, no. 1, p. 8-13. Eerdere pleidooien voor een normatieve aanpak: *Reply to the Green paper on copyright of 20 November 1996 of the LAB* (Legal Advisory Board of the European Commission, formerly DGXIII), Hugenholtz, 'Adapting copyright to the information superhighway', in: P.B. Hugenholtz (ed.), *The future of copyright in a digital environment*. The Hague: Kluwer Law International 1996, p. 81-102 at p. 92-93, J.H. Spoor, 'The copyright approach to copying on the internet: (over)stretching the reproduction right?', in Hugenholtz (ed.) 1996, p. 67-79.

<sup>25</sup> Daaronder is niet begrepen het live optreden in een televisie- of radioprogramma zelf (de uitvoering die een uitzending is).

Verhuurrichtlijn het uitsluitend recht op heruitzending en mededeling aan het publiek van hun uitzendingen op tegen betaling voor het publiek toegankelijke plaatsen.

Op het niveau van de reikwijdte van de exclusieve rechten in het acquis doen zich twee aanzienlijke problemen voor. Het eerste heeft te maken met de afbakening van het ‘making available’ recht. Het tweede probleem betreft de al eerder gesignaleerde overlap tussen openbaarmakingsrecht en reproductierecht.

Het eerste probleem betreft de vraag wanneer sprake is van beschikbaar stellen, en wanneer sprake is van een andere communicatievorm, met name omroep of omroepachtige diensten. Dat is een relevant onderscheid omdat die rechten niet noodzakelijkerwijs in dezelfde hand zitten. Door de introductie van het beschikbaarstellingsrecht is rechtsonzekerheid ontstaan over wie welke rechten heeft verkregen dan wel waar ze ‘gecleard’ moeten worden. Het speelt met name waar de uitoefening van rechten collectief gebeurt, zoals bij muziek. Voor dienstenaanbieders heeft het een voordeel als de activiteiten niet als ‘beschikbaarstelling’ worden gekarakteriseerd, omdat dan licenties via collectieve rechtenorganisaties kunnen worden geregeld. Aan de andere kant is een enge interpretatie van ‘beschikbaarstelling’ niet onverdeeld gunstig voor rechthebbenden, omdat het hun zeggenschap in de praktijk kan degraderen tot een vergoedingsrecht.

Bij beschikbaarstelling is het voornaamste criterium interactiviteit: de gebruiker/consument moet toegang tot het werk kunnen krijgen op een door hemzelf bepaalde tijd en plaats. On demand kortom. In de praktijk is sprake van een glijdende schaal van interactiviteit. Internet radio kan bijvoorbeeld zeer gedifferentieerd zijn: uitzending met korte intervallen, via meerdere kanalen met ieder een zeer specifieke inhoud (alleen muziek van een bepaalde artiest, of genre), waardoor het sterk op een *on demand* muziekdienst lijkt. Maar andere vormen van internet radio laten de luisteraar niet of nauwelijks meer keuze dan traditionele ether radio.<sup>26</sup>

Podcasting is een andere distributiemethode waarbij men zich kan afvragen of die inmiddels nog wel zoveel meer ‘on demand’ is dan webcasting. In tegenstelling tot bij webcasting gebruikt men bij podcasting geen streaming; er worden bestanden verzonden en niet, zoals bij webcasting, signalen die niet bestemd zijn om te worden opgeslagen. Technisch gezien lijkt podcasting dus meer een pull technologie dan een push technologie. Daarom lijkt kwalificatie als beschikbaarstelling aangewezen. Maar door het gebruik van feeds kunnen podcasts automatisch worden gedistribueerd aan gebruikers, en daarmee doet het weer denken aan push technologie en dus aan uitzending. Het is al met al geenszins eenvoudig om een heldere afbakening te maken. Gezien de snelle ontwikkelingen op het gebied van nieuwe exploitatiemodellen en distributievormen, ligt een nadere *wettelijke* definitie ook niet voor de hand.<sup>27</sup>

Het reproductierecht is in het acquis zo ruim geformuleerd dat het een zelfstandige grond is voor rechthebbenden om vergoeding te vragen voor allerhande vormen van online distributie. Waar voorheen (commerciële) gebruikers betaalden voor ofwel reproductie en distributie ervan, ofwel voor communicatie aan het publiek, lopen ze nu het risico dubbel te worden

<sup>26</sup> Zie de voorbeelden in O. Schwenzer, ‘Töntrageauswertung zwischen Exklusivrecht und Sendeprivileg im Lichte von Internetradio’, *GRUR Int.* 2001 no. 8/9, p. 722-732.

<sup>27</sup> Zie hierover ook nader hoofdstuk 2.2 van Guibault et al., *Study on the Implementation and Effect in Member States’ Laws of directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, feb. 2007.

aangeslagen. De communicatie via elektronische netwerken gaat immers standaard gepaard met het maken van reproducties. Voor webcasting claimen rechthebbenden hier en daar al betaling voor zowel reproductie- als communicatiehandelingen, aangezien er tijdens het streaming proces ook kopieën worden gemaakt. De beperking van artikel 5(1) Auteursrechtlijn lijkt dergelijke kopieën te dekken, ware het niet dat de reikwijdte van de uiteindelijke bepaling met enige onzekerheid omgeven is. De IViR-studie over de implementatie van de Auteursrechtlijn (zie noot 27) bevat een diepgaande analyse van artikel 5(1), waarnaar zij verwezen.

In de VS hebben sommige collectieve rechtenorganisaties zich al op het standpunt gesteld dat elke transmissie van muziek ‘public performance’ is (communicatie aan het publiek), ongeacht of de transmissie gebeurt in het kader van de verkoop van een exemplaar, d.w.z. als substituut voor levering op een fysieke drager, of in het kader van bijvoorbeeld een omroepdienst.<sup>28</sup>

Een ruim reproductierecht maakt het voor aanbieders moeilijker om de benodigde rechten te regelen en verhoogt daarmee transactiekosten. Zelfs op het gebied van collectieve rechten vindt uitoefening van het reproductie- en openbaarmakingsrecht niet door dezelfde instanties plaats. Wat de zaak nog gecompliceerder maakt is het grote aantal betrokken rechthebbenden (uitvoerend kunstenaars, fonogramproducenten, muziekwedstellers, auteurs etc.). De opeenstapeling van rechten draagt niet bij aan een transparant systeem. Een meer normatieve kijk op het reproductierecht zou aan deze bezwaren tegemoet kunnen komen. Bijvoorbeeld door het doel waarvoor de reproductie gemaakt wordt bepalend te laten zijn voor de vraag of er een zelfstandige exploitatiehandeling plaatsvindt waarvoor toestemming is vereist dan wel een vergoeding verschuldigd. Vindt reproductie enkel plaats in het kader van communicatie aan het publiek waarvoor toestemming is verkregen, dan zou voor die reproductie geen aparte toestemming nodig zijn.

## **BEPERKINGEN**

Aangezien bovengenoemde IViR-studie over de Auteursrechtlijn uitgebreid ingaat op het Europeesrechtelijke systeem van beperkingen, volgen hier slechts enkele van de belangrijkste voorlopige conclusies uit de Recastingstudie. Afgezien van een herbezinning op art. 5(1) inzake de tijdelijke kopie, is het acquis op nog een paar punten voor verbetering vatbaar. Zo is er geen reden waarom er voor naburige rechten deels andere beperkingen gelden dan voor auteursrechten. Een belangrijker kritiekpunt is dat het huidige systeem met zijn keuzemenu niet alleen neerkomt op ‘faux’ harmonisatie, maar tegelijkertijd weinig flexibel is. Een niet-limitatieve lijst zou lidstaten in staat stellen om sneller in te spelen op de behoeften die zich voordoen in een dynamische informatiemaatschappij.

## **KANTTEKENINGEN BIJ HET HARMONISATIEPROCÉS**

---

<sup>28</sup> Matt Jackson, *From Broadcast to Webcast: Copyright Law and Streaming Media* (2002), p. 7. <http://tprc.org/papers/2002/92/BroadcastWebcast.pdf>. Op het gebied van naburige rechten (*copyright in sound recordings*) is in de VS vooral strijd om de hoogte van vergoedingen voor ‘digital public performances’ zoals webcasting. Webcasters kwamen tevergeefs op tegen de door het U.S. Copyright Royalty Board vastgestelde tarieven, waarna recent een wetsvoorstel is ingediend door Inslee en Manzullo dat een flexibeler vergoedingsstelsel moet voorzien (‘Internet Radio Equality Act’). Zie <http://www.loc.gov/crb/> en [http://www.house.gov/inslee/issues/technology/saving\\_internet\\_radio.html](http://www.house.gov/inslee/issues/technology/saving_internet_radio.html).

Met de inconsistenties mag het dan meevallen, de zeven richtlijnen hebben nog niet geleid tot een werkelijk geharmoniseerd auteursrecht en naburige rechten, zoveel moge wel duidelijk zijn. Zoals gezegd ligt dat maar deels aan de keuze van de richtlijn als instrument, of met de *homing* tendens die met omzetting in nationaal recht gepaard gaat. Het komt vooral doordat sprake is van deels minimum harmonisatie, deels optionele harmonisatie.

En er zijn er nog wel meer kritische kanttekeningen te plaatsen bij 16 jaar Europese wetgeving. Zo is daar de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de introductie van onvoldoende doordachte terminologie, waarna een lange weg te gaan is naar een uniforme interpretatie, via omzetting in nationaal recht en interpretatie door nationale rechters tot aan prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Daar gaat lange tijd overheen, zeker ‘internet’ tijd. Een ander kritiekpunt betreft het gebrek aan transparantie in de politieke en wetgevende besluitvorming.<sup>29</sup> Het maken van Brusselse wetten is een uitermate gecompliceerd proces tussen de Commissie, Raad en Parlement met vertegenwoordigers uit inmiddels 27 lidstaten. Regelgeving lijkt vaker wel dan niet ingegeven door politieke agenda’s en succesvolle belangenbehartiging door lobbies, waarbij het resultaat niet werkelijk strookt met het beoogde doel (een goed functionerende markt, bevordering van een concurrerende economie).

Vanuit het perspectief van de interne markt is het meest opmerkelijke aan het huidige acquis nog wel dat territorialiteit nog steeds de norm is. Het territoriale karakter van het auteursrecht en de naburige rechten komt in feite neer op een a priori opdeling van de interne markt in evenzovele deelmarkten. De enige betekenisvolle beperking<sup>30</sup> op de territorialiteit is de uitputtingsleer, en die komt niet bij de Europese wetgever vandaan maar bij het Hof van Justitie. Ondanks 16 jaar harmonisatie, moet een aanbieder van diensten die op de Europese markt actief wil zijn nog steeds voor 27 verschillende nationale territoria rechten te regelen. De enige manier om dat structureel aan te pakken is de vervanging van nationale auteursrechten door een Europees eenheidsrecht.

Een systeem van eenheidsrechten gebaseerd op verordening(en) past niet alleen conceptueel beter bij de gemeenschappelijke markt, maar heeft nog andere voordelen. Het zou werkelijk uniforme rechten creëren, daardoor bijdragen aan rechtszekerheid, en bovendien de transactiekosten die gemoeid gaan met de exploitatie van informatieproducten en -diensten aanmerkelijk verlagen. Belangrijk is ook dat het de kans biedt om weer meer balans in het systeem te brengen, met aandacht voor alle betrokken belangen, publiek en privaat, cultureel en economisch. Harmonisatie stond tot nu toe vaak in het teken van tamelijk eenzijdige verruiming of verbreding van intellectuele eigendomsrechten voor bepaalde groepen, laatstelijk nog met de Volgrechtrichtlijn (een recht dat slechts in 8 lidstaten effectief bestond).

In hoeverre het EG-verdrag ruimte laat voor een Europees auteursrecht dat (grotendeels) in de plaats komt van nationale rechten verdient nadere studie. De ontwerp Grondwet nodigt de Europese wetgever in ieder geval uit om te komen tot Europese intellectuele eigendomstitels. Vaststaat dat het een project is voor lange termijn. Overigens kleeft een deel van de nadelen van het huidige harmonisatieproces ook aan een unificatieproces middels verordening. Al is geen materiële implementatie op nationaal niveau meer nodig, ook voor een verordening geldt dat de ‘doorlooptijd’ langer kan zijn dan gewenst is gezien technische en marktontwikkelingen.

<sup>29</sup> Zie ook de recente kritische beschouwing van het democratisch tekort, in het bijzonder in relatie tot rol en bevoegdheden van het Europese Parlement door Amtenbrink in zijn oratie *Continuation or Reorientation - What Future for European Integration* (Erasmus Universiteit 2007).

<sup>30</sup> Het land van oorsprong beginsel uit de Satelliet- en Kabelrichtlijn maakt dat de aanbieder van satellietomroep in theorie alleen in het land van oorsprong rechten hoeft te regelen, maar bij theorie is het ook gebleven, zie nader par. 2.1.2 Recasting rapport.

Dat speelt ook bij latere herziening van een verordening, helemaal als unanimitieit in de Raad vereist is, zoals onder het huidige artikel 308 EG-verdrag. Transparantie van het wetgevingsproces is net zo min als bij richtlijnen gegarandeerd. Verder zal er bij unificatie middels verordening ook een ingebouwde *'upward trend'* zijn. Het blijft politiek (en juridisch) waarschijnlijk makkelijker om in de bandbreedte die er is tussen lidstaten, de bescherming vast te leggen op het hoogste niveau in plaats van op het laagste niveau of er tussenin. Daarbij moet wel worden aangetekend dat de *upward trend* mogelijk minder sterk is bij een integrale aanpak. Die maakt immers directer zichtbaar wat het cumulatief effect is van meer bescherming op deelaspecten.

## CONCLUSIE

Het communautair acquis voor auteursrecht en naburige rechten is het resultaat van 16 jaar wetgeving op deelonderwerpen, nu eens gestapeld dan weer naast elkaar gezet, waarbij de onderwerpkeuze en aanpak telkens werd ingegeven door de voortschrijding van techniek, maar meer natuurlijk nog door politieke constellaties en de kracht van lobbies. Aan een consciëntieuze toepassing van de bevoegdheidsregels van het EG-verdrag, en dan met name de proportionaliteitstoets, heeft het nogal eens ontbroken. Tegen die achtergrond verbaast het niet dat de belangrijkste doelstellingen van de richtlijnen – hindernissen voor het vrij verkeer wegnemen die hun oorsprong vinden in verschillen in nationale wetten, en het bevorderen van de kenniseconomie door een adequaat (hoog?) beschermingsniveau – niet aantoonbaar waargemaakt zijn.

Voortgaan op de huidige weg volgens de huidige procedures lijkt daarom niet aangewezen. Beter ware het als de Europese wetgever eerst een integrale en consistente visie ontwikkelt op de functie van het auteursrecht en de naburige rechten in de Europese Unie, met oog voor zowel de economische als culturele en politieke aspecten ervan. Op basis daarvan kan worden bekeken welke zaken daadwerkelijk op Europees niveau geregeld moeten worden, en welk instrument (richtlijn of verordening) het meest geschikt is die visie te helpen verwezenlijken.