

Het maken van bewerkingen in het auteursrecht: een alledaagse bezigheid waarbij in Europa niet is stilgestaan

Hein Scholtens¹

Het maken van bewerkingen, dat wil zeggen het recht om creatieve vindingen tot iets nieuws te maken, is door het Europese auteursrecht niet volledig geharmoniseerd. Het Hof van Justitie probeert dit gat nu op te vullen door middel van uitspraken. Deze poging is niet alleen historisch en systematisch onjuist, maar vormt ook een bedreiging voor de manier waarop we met (online) creatief hergebruik zouden moeten omgaan. Aan de andere kant biedt de houding van het Hof juist de kans, het momentum, om amateurhergebruik verder bespreekbaar te maken. Een passende oplossing voor dit gebruik zou kunnen zijn een flexibel bewerkingsrecht.

1. Inleiding

1.1 Het maken van bewerkingen en de ratio van het auteursrecht

Het maken van bewerkingen betekent het hermodelleren van creaties die er al zijn. Hoewel deze omschrijving misschien vreemd in de oren klinkt, is iedereen bekend met het fenomeen en houden velen van ons zich hier ook mee bezig. Een aantal voorbeelden maakt de bekend- en betrokkenheid duidelijk: op een professioneel niveau zijn daar de vertaling en verfilming van een boek. Zo is *De ontdekking van de hemel* ook in het Engels beschikbaar en kennen we *The Lord of the Rings* ook uit de bioscoop. Op amateurniveau heeft u op YouTube vast weleens een van de vele parodieën op de film *Der Untergang* gezien.² Zo niet dan kent u de parodievorm misschien van LuckyTV, ter afsluiting van *De Wereld Draait Door*. Anders zijn wij allen tot slot toch bekend met de *paste*-knop op ons beeldscherm, *control-v* op het toetsenbord, waarmee we afbeeldingen en tekst dagelijks in een andere context plaatsen.

Het maken van bewerkingen, is onderdeel van de ratio van het auteursrecht.³ Naast het verspreiden van reeds bestaande creaties ('werken'), heeft het tot doel om de totstandkoming van nieuwe werken te bevorderen. Tegenover dit streven naar culturele ontwikkeling staan de exclusieve rechten van rechthebbenden die in principe geëerbiedigd moeten worden. Hoe de beide belangen in onze digitale samenleving verenigd kunnen worden, staat in dit essay centraal.

¹ Mr. H.N. Scholtens is promovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Zie hierover: A. Schwabach, 'Reclaiming Copyright From the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody', *Buffalo Intellectual Property Law Journal* 2012 (<papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040538>).

³ Zie hierover: F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat. Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context*, Deventer: Kluwer 1986.

1.2 De maatschappelijke context

De maatschappelijke context waarin het auteursrecht opereert, is er een van grote onvrede over datzelfde auteursrecht. Hugenholtz verwoordt het probleem als volgt:

*A major cause of this crisis in copyright is the increasing gap between the rules of the law and the social norms that are shaped, at least in part, by the state of technology.*⁴

*That framework is now at breaking point, as millions of normally law-abiding citizens have no qualms about downloading illegal content or engaging in file sharing.*⁵

De onvrede waarover Hugenholtz hier spreekt, bestaat zowel bij auteursrechthebbenden als gebruikers van beschermde werken. Auteursrechthebbenden vinden dat zij onvoldoende beschermd worden tegen grootschalige online inbreuken. De gebruikers betichten auteursrechthebbenden ervan informatie te willen monopoliseren.

De strijd tussen rechthebbenden en gebruikers heeft de afgelopen jaren volop in de aandacht gestaan. Meestal werd deze strijd gekenschetst als een gevecht over de verspreiding van werken: het downloaddebat. Dit debat raakt aldus aan de eerste grondslag van het auteursrecht, waarover ik in subparagraaf 1.1 sprak, namelijk het verspreiden van werken. Het debat heeft voorlopig zijn hoogtepunt bereikt met een uitspraak van het Europese Hof van Justitie over het filteren van internetverkeer.⁶ Hoewel het niet werd toegestaan om een provider tot filteren te verplichten, is de vraag of door een filterverplichting de onrechtmatige verspreiding van werken ook daadwerkelijk zou afnemen. De website The Pirate Bay is ondanks een rechtelijk bevolen blokkering immers ook nog steeds bereikbaar...⁷

De effectiviteit van dit soort inbreukmaatregelen, is echter niet het onderwerp dat ik in dit essay wil bespreken. De voorbeelden van filteren en blokkeren heb ik in de eerste plaats aangehaald omdat zij hopelijk bij een breed publiek bekend zijn. Daarnaast sluiten de voorbeelden aan bij de citaten van Hugenholtz. Volgens mij zeggen deze citaten niet alleen iets over de vanzelfsprekendheid van illegaal downloaden, maar ook over de gewoonte om dankzij de technologie bewerkingen te kunnen maken: de crisis in het auteursrecht is in het kader van

⁴ P.B. Hugenholtz, 'Fair Use in Europe', *Communications of the ACM* 2013-5, p. 26. Dit artikel is gebaseerd op een onderzoek dat hij samen met professor Senftleben (VU) uitvoerde: P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, Amsterdam: UvA/VU 2011 (<papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554>).

⁵ I. Hargreaves & B. Hugenholtz, *Copyright Reform for Growth and Jobs. Modernising the European Copyright Framework*, Brussel: The Lisbon Council 2013 (<www.lisboncouncil.net/publication/publication/95-copyright-reform-for-growth-and-jobs-modernising-the-european-copyright-framework.html>).

⁶ HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10, *NJ* 2012, 480, m.nt. P.B. Hugenholtz; *Computerrecht* 2012, 120, m.nt. E. Lievens en E. Wauters (*SABAM/Netlog*).

⁷ ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*).

het creatieve hergebruik evengoed aanwezig (de tweede in paragraaf 1.1 genoemde grondslag van het auteursrecht). De kloof tussen recht en realiteit zou hier overbrugd kunnen worden door een flexibel bewerkingsrecht, in plaats van een eenzijdig verbod waarin gebruikers zich niet herkennen.

1.3 Het onnut van strengere regels

Het onnut van strengere regels bleek al uit het effect van de uitspraak in de zaak *BREIN/Ziggo* en *XS4ALL*: wanneer mensen niet het gevoel hebben dat een blokkade van The Pirate Bay een juiste reactie is op hun handelen, zullen ze deze omzeilen.⁸ Zie Google. Voor hun goede werking, zijn regels dus afhankelijk van een zekere mate van instemming. Schrijver en filosoof Maxim Februari heeft dit idee in een interview treffend verwoord:

Regels zouden weer instrumenten moeten zijn voor het eigen gedrag, niet om anderen achteraf mee om de oren te slaan.

*Metersdik ligt het op dit land, al die procedures en regels. Ik ben niet tegen regels, ik vind alleen dat ze ten dienste zouden moeten staan.*⁹

Regels moeten ten dienste staan aan de maatschappij, niet andersom. Dit lijkt een correcte aanname. De aanspraak die het recht maakt op gezag tot normstelling, is immers niet vanzelfsprekend.¹⁰ Deze is afhankelijk van maatschappelijke acceptatie en het vertrouwen dat het recht inderdaad voor orde zorgt.¹¹

De orde waarvoor het auteursrecht zou moeten zorgen, bestaat uit het stimuleren van creativiteit en de verspreiding van de resultaten hiervan.¹² Als het vertrouwen er niet meer is – en daar heeft het volgens Hugenholtz alle schijn van – dat een creatieve, ontwikkelde samenleving met de huidige regels bereikt kan worden, zou nagedacht moeten worden over nieuwe regels, waarvan de naleving niet alleen afgedwongen kan worden.¹³ Naar Februari zou gestreefd moeten worden naar nieuwe regels die kunnen rekenen op instemming, omdat men gelooft dat zij aan de ratio van het auteursrecht ten dienste staan.¹⁴

De noodzaak tot bezinning wordt versterkt doordat het Hof van Justitie zich steeds meer bezighoudt met de vorming in plaats van de interpretatie van het Europese auteursrecht. Deze verschuiving vormt een acute bedreiging voor de mogelijkheid om moderne bewerkingsregels aan te nemen. Het Europese auteursrecht bevat namelijk nog geen algemeen bewerkingsrecht!

⁸ Zie noot 7.

⁹ M. Pruis, 'Wat waren we ook weer aan het doen?', *De Groene Amsterdammer* 2013-29, p. 39.

¹⁰ P.W. Brouwer e.a., *Recht, een introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 45.

¹¹ W. Mansell, B. Meteyard & A. Thomson, *A Critical Introduction to Law*, Londen: Cavendish Publishing 2004, p. 12, 62 – 67.

¹² Zie noot 3.

¹³ Zie noot 4, 5.

¹⁴ Zie noot 9.

Geconfronteerd met deze uitzonderlijke situatie, lijkt het Hof het gat zelf te willen opvullen door het bewerkingsrecht in te lezen in een ander recht, namelijk het reproductierecht. Dit verband berust echter op een systematisch en historisch onjuiste argumentatie, omdat het maken van reproducties iets anders is dan het maken van bewerkingen, en de betekenissen in internationale en Europese wetgeving juist van elkaar gescheiden worden.

2. Het verschil tussen bewerkingen en reproducties

In paragraaf 1 heb ik uitgelegd dat bewerkingen transformaties van auteursrechtelijk beschermde werken zijn. Als voorbeelden gaf ik de vertaling, verfilming en parodie. Reproducties zijn kopieën van beschermde werken. Hierbij kan gedacht worden aan muziek die een persoon niet alleen op cd heeft, maar die hij ook heeft opgeslagen op zijn computer. Uit de omschrijvingen volgt, dat het verschil tussen bewerkingen en reproducties, de totstandkoming van een nieuw auteursrechtelijk werk is. Deze constatering geeft aan dat de aard van beide handelingen anders is: reproducen is een fysieke bezigheid, bewerken een creatieve. Niettegenstaande het onderscheid tussen de handelingen, kunnen bewerken en reproducen goed samengaan. Sterker nog: in veel gevallen zal een maker – zo wordt een auteur in het auteursrecht aangeduid – eerst een werk of een gedeelte daarvan moeten kopiëren (*copy*), alvorens hij hier zijn eigen draai aan kan geven (*paste*). De combinatie wil echter niet zeggen, dat de rechten logischerwijs dezelfde zijn. In de internationale Berner Conventie en vroege auteursrechtelijke richtlijnen, zijn zij daarom gevangen in afzonderlijke artikelen. Tijdens het ontwerpen van de laatste auteursrechtelijke richtlijn, vanwege haar algemene karakter ook wel aangeduid als de Auteursrechtlijn, lijkt bij de scheidslijn evenwel niet te zijn stilgestaan.¹⁵ Als nu aanvaard wordt dat het bewerkingsrecht onderdeel is van het reproductierecht, zoals het Europese Hof van Justitie voorstaat, lijkt de kans op een flexibele toepassing van het bewerkingsrecht verkeken. In principe zal immers de lijn die is uitgezet door het Europese Hof van Justitie, gevolgd moeten worden.

2.1 De internationale Berner Conventie

De internationale Berner Conventie is het belangrijkste auteursrechtverdrag. Het bevat sinds 1948 een algemeen bewerkingsrecht. Naast de Scandinavische landen, heeft Nederland bij de opname van het bewerkingsrecht in dit verdrag een belangrijke rol gespeeld.¹⁶ Het benadrukte dat het mogen maken van een bewerking in de eerste plaats afhankelijk is van de toestemming van de oorspronkelijke maker, maar dat er ook waardering moet zijn voor de toegevoegde

¹⁵ Richtlijn 01/29/EG (*PbEG* 2001, L 167/10).

¹⁶ Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, Bern: Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques 1951, p. 316 – 318.

waarde van de opvolgende maker, in de vorm van auteursrechtelijke bescherming voor zijn werk. In het geval dit een vertaling of verfilming is, bevat de Berner Conventie ten overvloede nog specifieke vertalings- en verfilmingsrechten. Deze moeten namelijk beschouwd worden als *leges speciales* van het algemene bewerkingsrecht.¹⁷

Zo'n twintig jaar (1967) na de opname van het algemene bewerkingsrecht in de Berner Conventie, is het algemene reproductierecht geïntroduceerd. Aan het begin van paragraaf 2 heb ik uitgelegd dat reproducties kopieën van beschermde werken zijn. Het maken van deze kopieën wordt dus geregeld in het algemene reproductierecht. Voor een goede uitoefening van het reproductierecht, was het niet nodig om de betekenis tot in detail vast te leggen; de betekenis was duidelijk en er werd dan ook van afgezien om te verwijzen naar de redenen waarom een rechthebbende zijn werk zou willen reproduceren, de manieren waarop en het gegeven dat niet alleen het hele werk maar ook een gedeelte gereproduceerd kan worden.¹⁸ De laatste verwijzing, zou bijvoorbeeld de indruk kunnen wekken dat het algemene reproductierecht verder reikt dan andere rechten, zoals het algemene bewerkingsrecht. Tot slot van deze beschrijving van de internationale Berner Conventie moet nog vermeld worden dat het algemene reproductierecht, net als het algemene bewerkingsrecht, een *lex specialis* kent: het recht om een kopie met behulp van een videocamera te maken.¹⁹ Het plaatje is met deze vermelding compleet: het internationale auteursrecht bevat afzonderlijke algemene bewerkings- en reproductierechten, welke nader zijn uitgewerkt in het vertalings- en verfilmingsrecht respectievelijk het opnamerecht.

2.2 De Europese richtlijnen

De Europese richtlijnen zouden volgens hun wetsgeschiedenis ook onderscheid moeten maken tussen reproductie- en bewerkingsrecht.²⁰ Twee auteursrechtelijke richtlijnen, die gaan over de bescherming van computerprogramma's en databanken als werken, maken inderdaad een duidelijk onderscheid.²¹ Over de formulering van het reproductierecht in deze richtlijnen zou nog wel opgemerkt kunnen worden, dat deze overbodige verwijzingen naar het

¹⁷ World Intellectual Property Organization, *Guide to the Berne convention for the protection of literary and artistic works (Paris act, 1971)*, Genève: World Intellectual Property Organization 1978, p. 19, 53; M. Boutet, R. Plaisant & B. Mentha, *Le régime international du droit d'auteur. la Convention de Berne révisée à Bruxelles*, Parijs: Juris-classeurs 1950, p. 49, 50.

¹⁸ World Intellectual Property Organization, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967*, Genève: WIPO 1971, p. 851 – 853, 856. Zie ook: D. Reimer & E. Ulmer, 'Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft', *GRUR Int.* 1967, p. 443.

¹⁹ S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 642, 643.

²⁰ COM(88) 816 def., p. 8 – 11; *PbEG* 1989, C 329/4; *PbEG* 1993, C 19/3; COM(93) 464 def., p. 3.

²¹ Richtlijn 91/250/EEG (*PbEG* 1991, L 122/42); Richtlijn 96/9/EG (*PbEG* 1996, L 077/20).

reproductieproces bevat. Tijdens de herziening van de Berner Conventie waren de verwijzingen naar middelen en omvang immers afgewezen.²²

Het bezwaar van uitvoerigheid kan ook ingebracht worden tegen de ruime formulering van het reproductierecht in de Auteursrechtlijn.²³ Kwalijker echter, is dat de richtlijn helemaal geen bewerkingsrecht bevat. Niet alleen is de weglating een breuk met de internationale Berner Conventie, maar ook wordt hierdoor afgeweken van de andere Europese richtlijnen. Er bestaat derhalve rechtsonzekerheid over de bescherming waarop makers van andere werken dan computerprogramma's en databanken, zich kunnen beroepen. Strekt hun auteursrechtelijke bescherming zich ook uit tot bewerkingen? Het Europese Hof van Justitie lijkt deze vraag bevestigend te willen beantwoorden. Het leest in de ruime formulering van het reproductierecht namelijk ook de harmonisering van het bewerkingsrecht. Deze vooronderstelling is onjuist en moet niet worden aanvaard. Zij neemt daarnaast de kans weg om een bewerkingsrecht te formuleren, bij de uitoefening waarvan rekening kan worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van gebruikers.

2.3 De brede omschrijving van het reproductierecht

De "brede omschrijving" van het reproductierecht, is het criterium dat het Europese Hof van Justitie uit de considerans van de Auteursrechtlijn aanhaalt (overweging 21), om rechthebbenden een hoog beschermingsniveau te garanderen. De brede omschrijving van het reproductierecht is een synoniem voor de ruime formulering die ik in subparagraaf 2.2 heb toegelicht. Het criterium van een brede omschrijving, is voor het eerst naar voren gebracht in de uitspraak *Infopaq* (r.o. 40, 41).²⁴ In deze zaak ging het echter slechts om een goede bescherming tegen het onrechtmatig reproduceren van krantenartikelen (r.o. 25, 26). In een volgende zaak, *Painer*, heeft de advocaat-generaal de brede omschrijving aangegrepen, om te onderzoeken of ook het maken van bewerkingen onder het reproductierecht valt (r.o. 106, 107, 118).²⁵ Volgens hem zou dit het geval kunnen zijn, omdat het reproductierecht uit de Auteursrechtlijn de reproductierechten uit de Software- en Databankrichtlijn, combineert (voetnoot 52). Zoals ik in subparagraaf 2.2 heb aangegeven, is het een juiste constatering dat de reproductierechten op elkaar lijken. Alle worden gekenmerkt door een brede omschrijving. Deze omschrijving geeft echter alleen handvatten voor het maken van reproducties. Voor het maken van bewerkingen bevatten de Software- en Databankrichtlijn specifieke bewerkingsrechten. De Auteursrechtlijn bevat als gezegd geen specifiek bewerkingsrecht.

²² Zie noot 18.

²³ COM(97)628 def., p. 24.

²⁴ HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-5/08, *NJ* 2011, 288 (concl. A-G V. Trstenjak), m.nt. P.B. Hugenholtz; *AMI* 2009, 20, m.nt. K.J. Koelman; *IER* 2009, 78, m.nt. F.W. Grosheide (*Infopaq International A/S/Danske Dagblades Forening*).

²⁵ HvJ EU 1 december 2011, nr. C-145/10, *NJ* 2013, 66 (concl. A-G V. Trstenjak), m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz; *Mediaforum* 2012, 8, m.nt. V. Rörsch; *AMI* 2011, 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud; *IER* 2012, 16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts; *RvdW* 2012, 230 (*Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH e.a.*).

Toch mag deze leemte niet opgevuld worden door aan het begrip reproduceren een tweeledige betekenis toe te kennen. De betekenis moet namelijk steeds dezelfde zijn, dat wil zeggen: het maken van kopieën.²⁶ Om redenen van systematiek en eenduidigheid, spreekt de combinatie van reproductierechten die de advocaat-generaal als argument aanvoert, dus juist niet voor het inlezen van het bewerkingsrecht in het reproductierecht uit de Auteursrechtlijn. Ondanks de zwakte van de argumentatie, lijkt de tweeledige betekenis van reproduceren door het Europese Hof van Justitie te zijn overgenomen. In de zaak *SAS Institute* oordeelde het Hof namelijk, dat de totstandkoming van een nieuw computerprogramma op basis van een auteursrechtelijk beschermde gebruiksaanwijzing, onder het reproductierecht kan vallen (r.o. 64, 70).²⁷ Dit oordeel is een bewerkingsoverweging “pur sang”.²⁸ Immers, in casu vindt een creatief proces plaats waarbij een bestaand werk wordt getransformeerd tot een nieuw werk. Het heeft mij verbaasd dat zowel in Nederland als in het buitenland weinig tot geen aandacht is voor de vergaande implicaties van het oordeel in *SAS Institute*. De in mijn ogen terloopse harmonisatie van het bewerkingsrecht, is een beslissing die het Europese auteursrecht op zijn grondvesten zou moeten doen schudden. Wat ik echter nog opmerkelijker vind dan de geringe aandacht, is dat advocaat-generaal Verkade sinds het dictum in *Infopaq* er al van uit is gegaan, dat het bewerkingsrecht onder het reproductierecht valt. In zijn conclusie bij de uitspraak in *Stokke/H3 Products*, schrijft hij over de ordening het volgende:

*Uit die arresten [waaronder Infopaq en Painer] blijkt evenwel dat het daarbij [de brede omschrijving van het reproductierecht] gaat om een bescherming volgens het geharmoniseerde Unie-auteursrecht die zich niet beperkt tot letterlijke (c.q. één op één overneming). Anders gezegd: het begrip 'reproductie' in de Auteursrechtlijn moet niet naar de letter ('één op één'-reproductie) maar naar de geest worden uitgelegd. Die verduidelijking door het HvJEU is voor sommige lidstaten mogelijk nuttig, Wat Nederland betreft, blijkt het om niet meer te gaan dan wat wij als 'normale' beschermingsomvang beschouwen.*²⁹

Anders dan advocaat-generaal Verkade, ga ik er niet van uit dat het bewerkingsrecht onder het reproductierecht valt. Volgens mij geeft de geest van de Auteursrechtlijn namelijk niet iets anders in dan de letter voorschrijft. Ten eerste is de achterliggende gedachte van de richtlijn

²⁶ HvJ EU 3 juli 2012, nr. C-128/11, r.o. 60, *NJ* 2013, 118 (concl. A-G Y. Bot), m.nt. P.B. Hugenholtz; *TvC* 2013, p. 87, m.nt. N. Helberger; *Computerrecht* 2012, 185; *RvdW* 2012, 1092 (*UsedSoft GmbH/ Oracle International Corp.*).

²⁷ HvJ EU 2 mei 2012, nr. C-406/10, *NJ* 2013, 270 (concl. A-G Y. Bot), m.nt. P.B. Hugenholtz; *AMI* 2012,16, m.nt. K.J. Koelman; *IER* 2012, 52, m.nt. FE; *Computerrecht* 2012, 121, m.nt. Truyens; *RvdW* 2012, 952 (*SAS Institute Inc./World Programming Ltd.*).

²⁸ J. Becker, *Harmonisatie auteursrechtelijke exploitatiebegrippen door HvJ EU afgerond*, Utrecht: Boek9.nl 2012 (<www.boek9.nl/files/2012/Joost_Becker_-_Harmonisatie_van_auteursrechtelijk_exploitatie_door_Europees_Hof_Boek9.pdf>).

²⁹ ECLI:NL:PHR:2013:BY1529, r.o. 4.15.3 (*Stokke/H3 Products*).

dat zij dient als verlengstuk van de Berner Conventie en Software- en Databankrichtlijn. Deze regelgeving bevat afzonderlijke artikelen die het reproductie- en bewerkingsrecht van elkaar scheiden. Om de geest van de Auteursrechtlijn verder te duiden, zou ik ten tweede erop willen wijzen dat het parlementaire debat over de brede omschrijving van het reproductierecht ook nooit is gevoerd met in het achterhoofd het willen reguleren van bewerken. Dit debat werd gedomineerd door een ander onderwerp, te weten de vraag hoe om te gaan met zeer tijdelijke kopieën.³⁰ Zulke kopieën worden bijvoorbeeld gemaakt in het geheugen van personal computers, om snel internetten mogelijk te maken. Strikt genomen komt deze bevoegdheid natuurlijk toe aan auteursrechthebbenden. Aan de andere kant hebben gebruikers op tijdelijk kopiëren nauwelijks invloed en zou het verbieden hiervan schadelijk kunnen zijn voor de toegang tot internet. Het is in deze digitale context geweest, dat de brede omschrijving van het reproductierecht ter discussie heeft gestaan. De brede omschrijving kan dus hoogstens verwijzen naar het uiteenlopende soort reproductiehandelingen, niet ook naar bewerkingshandelingen die van een andere, creatieve aard zijn.³¹

Maar als de historische en theoretische achtergrond van de Auteursrechtlijn zich tegen de interpretatie door het Europese Hof van Justitie verzet, wat kan dan de reden zijn om het maken van reproducties en bewerkingen in een artikel te willen verenigen? Het antwoord op deze vraag ligt volgens mij besloten in het Nederlandse auteursrecht. Het Nederlandse auteursrecht doet namelijk hetzelfde.

Waar op grond van de Europese jurisprudentie gezegd zou kunnen worden dat zowel kopieën als bewerkingen reproducties zijn, worden volgens de Nederlandse doctrine beide voorwerpen als 'verveelvoudigingen' aangeduid. Bijna 40 jaar geleden heeft Spoor er al op gewezen dat deze aanduiding verwarrend is, omdat zij niet duidelijk maakt om welke betekenis het gaat.³² Advocaat-generaal Verkade tracht nu van de nood een deugd te maken, door te stellen dat de verzamelnaam verveelvoudigingen eigenlijk "best mooi" gevonden is.³³ Een natuurlijke aansluiting van de Auteurswet op de Auteursrechtlijn vind ik echter onvoldoende reden om de uitspraken van het Europese Hof van Justitie te accepteren. In tegenstelling: de wetenschap zou zich tegen de sluijsharmonisatie moeten verzetten. Niet alleen vanwege de rechtshistorie en theorie, maar ook om de actuele roep om ruimte voor eerlijk hergebruik, kracht bij te zetten. Om de kans open te houden op een flexibel bewerkingsrecht dat blijk geeft van de gerechtvaardigde belangen van gebruikers, moeten de grenzen van het bewerkingsrecht niet op voorhand door het Europese Hof van Justitie worden bepaald. Om opnieuw een hoog

³⁰ Zie voor een overzicht: Verslag van de Raad nr. 7179 van 2000, p. 3, 4; Verslag van de Raad nr. 8647 van 2000, p. 4, 5.

³¹ D.J.G. Visser, *Aanleiding voor de veronderstelling dat zulks naar Europees recht anders zou zijn, is er niet.*, Utrecht: Boek9.nl 2013 (<www.boek9.nl/files/2013B9/Boek9.nl_-_B9_12245_-_Dirk_Visser_Hoge_Raad_had_prejudiciële_vragen_moeten_stellen_over_het_auteursrecht.pdf>).

³² J.H. Spoor, 'De twee betekenissen van het woord 'verveelvoudigen' in de Auteurswet 1912', *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* (105) 1974-5254, p. 166.

³³ ECLI:NL:PHR:2013:BY1529, r.o. 4.15.2 (*Stokke/H3 Products*).

beschermingsniveau voor rechthebbenden te garanderen, zullen de grenzen dan scherp worden gesteld, resulterend in een minimale speelruimte ten behoeve van andere dan eigendomsbelangen. Hoewel het goed is dat advocaat-generaal Verkade zijn standpunt over de status van het bewerkingsrecht heeft herzien (“Het ‘adaptation right’ [bewerkingsrecht] is echter nadrukkelijk niet geharmoniseerd.”), biedt het geen fundamentele oplossing om over de status alsnog prejudiciële vragen te stellen.³⁴ Oneerbiedig gezegd had de Hoge Raad het schemergebied beter intact kunnen laten, in plaats van het initiatief tot rechtsvorming over het bewerkingsrecht uit handen te geven.

3. Naar een flexibel bewerkingsrecht

In afwachting van de antwoorden op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad, zou ik in deze paragraaf tot slot een alternatieve benadering van het bewerkingsrecht willen presenteren. Aan het einde van de vorige paragraaf heb ik betoogd dat het Europese Hof van Justitie zal streven naar een streng bewerkingsrecht, dat rechthebbenden in hoge mate beschermt: een algemeen verbod op het maken van bewerkingen zonder toestemming van de oorspronkelijke maker. Een dergelijk verbod zal echter geen effect hebben, omdat het maken van bewerkingen hoort bij het dagelijks leven. Om deze gewoonte te reguleren, zou de maatschappij meer gebaat zijn bij een flexibel bewerkingsrecht. Een flexibel Europees bewerkingsrecht zou gebaseerd zijn op open normen, omdat open normen het mogelijk maken om nieuwe ontwikkelingen bij te houden. Naast dit praktische argument, zijn er nog twee andere, theoretische argumenten die tegen een streng bewerkingsrecht als onderdeel van het reproductierecht spreken. Het eerste is de verhouding tussen het reproductierecht en de uitzonderingen die daar in de Auteursrechtlijn op bestaan. Deze uitzonderingen gaan ervan uit dat het reproductierecht maar een betekenis heeft, het maken van kopieën. Hoe dit uitgangspunt samenhangt met het nut van een flexibel bewerkingsrecht, zal ik dadelijk uitleggen. Ik zal nu echter beginnen met het tweede theoretische argument en eindigen met een bespreking van de manier waarop het flexibele bewerkingsrecht kan worden vormgegeven.

Het tweede theoretische argument tegen een bewerkingsrecht als onderdeel van het reproductierecht, is het gevaar van rechtsonzekerheid. Dit gevaar kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van een nog aan te nemen richtlijn, de richtlijn over onder andere online muziekgebruik.³⁵ In het voorstel voor deze richtlijn wordt ervan uitgegaan dat aanbieders als Spotify en iTunes van rechthebbenden de toestemming verkrijgen, om consumenten de bij hen gekochte muziek te laten reproduceren in de zin van opslaan op hun

³⁴ ECLI:NL:PHR:2013:CA0265, r.o. 4.18 onder iv (*Allposters/Pictoright*); ECLI:NL:HR:2013:CA0265, r.o. 4 (*Allposters/Pictoright*).

³⁵ COM(12)372 def.

computer (overweging 21).³⁶ Wat nu als sinds de uitspraken van het Europese Hof van Justitie, reproduceren ook bewerken betekent? Mogen consumenten de muziek dan tevens remixen? Dit effect is door de richtlijn niet beoogd. Het is echter wel een reële onzekerheid. Deze onzekerheid kan worden weggenomen door het bewerkingsrecht in een afzonderlijk artikel in de Auteursrechtrichtlijn op te nemen. De Auteursrechtrichtlijn biedt dan een solide basis waarop andere richtlijnen, zoals de richtlijn over online muziekgebruik, kunnen worden gebaseerd.

Het volgende theoretische argument voor een afzonderlijk bewerkingsrecht, is de verhouding tussen het reproductierecht en de uitzonderingen die daarop bestaan. Als gezegd gaan deze ervan uit dat het recht gaat over het maken van kopieën.³⁷ Een voorbeeld dat dit uitgangspunt goed weergeeft, is de uitzondering voor het maken van tijdelijke kopieën van werken.³⁸ Hiervoor hoeven gebruikers de toestemming van makers niet te hebben. Om internetten mogelijk te maken en ten behoeve van een aantal andere belangen, beperken uitzonderingen dus in sommige gevallen de omvang van het reproductierecht. Laten we opnieuw aannemen dat het maken van bewerkingen hier inmiddels onder valt. In de inleiding heb ik uitgelegd dat het auteursrecht dit belang zou moeten dienen. Het uitgangspunt van de uitzonderingen, namelijk dat zij het maken van kopieën in bepaalde gevallen toestaan, verandert echter niet met de nieuwe betekenis van reproduceren mee. De bestaande uitzonderingen zouden daarom alleen de kopieeraspecten van bewerkingen kunnen toestaan, niet ook de nieuwe, creatieve aspecten. Een oplossing voor deze tekortkoming zou een nieuwe uitzondering kunnen zijn. Dit is echter geen optie omdat de lijst van uitzonderingen in de Auteursrechtrichtlijn gesloten is. De gesloten lijst en het karakter van de uitzonderingen in de Auteursrechtrichtlijn, brengt mij terug bij het nut van een flexibel bewerkingsrecht. Deze argumenten hangen als volgt met elkaar samen: als het niet mogelijk is om een bewerkingsuitzondering in de Auteursrechtrichtlijn op te nemen, dan misschien wel een bewerkingsrecht dat dezelfde functie vervult. Formeel bevat de Auteursrechtrichtlijn immers nog geen bewerkingsrecht. Door dit recht op te bouwen uit open normen, kan gelijktijdig getoetst worden of een bewerking inbreukmakend is en zo ja, of de inbreuk zwaarder weegt dan het belang bij het toestaan van de bewerking. Op deze flexibele manier kan de Auteursrechtrichtlijn verbeterd worden en kunnen nieuwe ontwikkelingen, gecontroleerd worden bijgehouden. Inspiratie voor de te hanteren open normen kan worden opgedaan uit de Amerikaanse 'fair use'. Fair use verwijst naar een uitzondering in de Amerikaanse auteurswet die eerlijk hergebruik mogelijk maakt. In

³⁶ SWD(12)204 def., p. 12.

³⁷ L. Guibault e.a., *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. Final Report*, Amsterdam: Institute for Information Law 2007, p. 17, 18.

³⁸ Zie noot 30.

Nederland wordt er al lang over nagedacht hoe deze rechtsfiguur van nut zou kunnen zijn.³⁹ In de vorige alinea heb ik echter geconstateerd dat de vorm van een uitzondering in de Auteursrechtlijn geen optie is. De criteria voor eerlijk hergebruik zouden niettemin ook gebruikt kunnen worden als open normen in een bewerkingsrecht. Voorbeelden van de criteria zijn: de aard en omvang van het hergebruik en het effect op de vraag naar het originele werk. Zo zal het letterlijk overnemen (aard) van grote delen (omvang) van het nummer *Super Freak* van zanger Rick James in het nummer *U Can't Touch This* van rapper MC Hammer, geen eerlijk hergebruik zijn geweest. Daarentegen is het voorstelbaar dat als de documentaire *Searching for Sugar Man* (2012) zou zijn gemaakt zonder de toestemming van het leidend voorwerp – de in de vergetelheid geraakte zanger Rodriguez – en deze documentaire leidt tot grote hernieuwde interesse voor zijn oeuvre (effect), de productie achteraf bezien niet inbreukmakend is geweest. De criteria voor eerlijk hergebruik leiden dus tot gebalanceerde uitkomsten voor rechthebbende en gebruiker. Hun beider verdiensten kunnen tegen elkaar afgewogen worden binnen een flexibel bewerkingsrecht. Een flexibel bewerkingsrecht is overigens niet het enige middel ter verbetering van de Auteursrechtlijn. Een ander alternatief is de algehele herziening hiervan, naar het voorbeeld van de European Copyright Code.⁴⁰ De opstellers van de Code hebben ook gekeken naar de economische significantie (effect) van hergebruik. Dit is dus een breder gedeeld criterium om inbreuk vast te stellen. In dit essay heb ik me echter alleen gericht op de methode van het flexibele bewerkingsrecht, omdat de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over de omvang van het reproductierecht deze methode het meest dringend maakt.

4. Conclusie

Mijn conclusie over de crisis in het auteursrecht is, dat deze opgelost kan worden door een flexibel bewerkingsrecht in de Auteursrechtlijn. Een flexibel bewerkingsrecht dat gebaseerd is op open normen, zal kunnen rekenen op meer maatschappelijke instemming dan een streng recht dat door uitzonderingen niet wordt beknot. Naast dit argument, sluit een flexibel bewerkingsrecht aan bij de indeling van de Berner Conventie en Software- en Databankrichtlijn, en de parlementaire geschiedenis van de Auteursrechtlijn. De kans op opname hierin van een flexibel bewerkingsrecht, wordt echter bedreigd door de interpretatie van het Europese Hof van Justitie, van het ruim geformuleerde reproductierecht. Net als tijdens de herziening van de Berner Conventie in de jaren 40, zou Nederland zich opnieuw moeten inzetten voor de rechtspositie van bewerkers. Zoals het daarna niet nodig was om het

³⁹ Zie voor de ontwikkeling van dit leerstuk: M. Senftleben, 'Quotations, Parody and Fair Use', in: B. Hugenholtz, A. Quaadvlieg & D. Visser (red.), *A century of Dutch copyright law. Auteurswet 1912-2012*, Amsterdam: deLex 2012, par. 3.3 (<papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125021>).

⁴⁰ <www.copyrightcode.eu/>.

reproductierecht in diezelfde Berner Conventie nader te omschrijven, zo is de digitale samenleving nu wel gebaat bij een bewerkingsrecht in de Auteursrechtlijn dat flexibel geformuleerd is.