

Is het auteursrechtelijke bewerkingsrecht Europees geharmoniseerd?

D.J.G. Visser

Een reactie op de noot van Martin Senftleben in AMI onder het Pelham-arrest ([AMI 2019/6, p. 212](#)) en die van Antoon Quaadvlieg onder het Diwar-arrest ([BIE 2019/6, nr. 28](#)).

Tevens noot bij Vزر. Rechtbank Gelderland 4 februari 2020, [IEF 18995](#) (Droomparken / Lacet)

“De Berner Conventie (BC) onderscheidt ten aanzien van het auteursrecht [...] duidelijk tussen het reproductierecht enerzijds (art. 9 BC) en het bewerkingsrecht anderzijds (artt. 8, 12 en 14 BC). Deze scheidslijn tussen bewerkingen en reproducties wordt ook in het auteursrechtelijke acquis getrokken. Terwijl de Softwarerichtlijn – als *lex specialis* – expliciet het bewerkingsrecht vis-à-vis computerprogramma’s harmoniseert, heeft in de algemene Arl geen vergelijkbare harmonisering van bewerkingsscenario’s plaatsgevonden”, aldus Martin Senftleben in zijn noot onder het Pelham-arrest. Helemaal eens.

In de Nederlandse auteurswet vallen beide rechten van oudsher onder het begrip ‘verveelvoudiging’, maar is het onderscheid ook duidelijk. Het bewerkingsrecht komt tot uitdrukking in “iedere geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm” vastgelegd in artikel 13 Aw (in de woorden van het handboek Auteursrecht ‘Verveelvoudigen I: de omvang van het auteursrecht’).

Het reproductierecht wordt afgeleid uit de primaire betekenis van verveelvoudigen als vastgelegd in artikel 1 Aw (en bevestigd in artikel 14 Aw voor bepaalde typen dragers) (in de woorden van het handboek Auteursrecht ‘Verveelvoudigen II: het vervaardigen van exemplaren’).

Senftleben stelt ten aanzien van het naburige recht van de fonogrammenproducent dat ‘noch het Europese noch het Nederlandse fonogrammenrecht een specifiek bewerkingsrecht omvat’. Dit kan nog iets preciezer gezegd worden: het fonogrammenrecht beschermt nationaal en internationaal alléén tegen het geheel of gedeeltelijk technische reproduceren / kopiëren van een opname van geluid. Het omvat nadrukkelijk *niet* het recht om een uitvoering of een opname *na te doen*. In die zin kent het dus expliciet en opzettelijk niet een bewerkingsrecht dat de beschermingsomvang van het recht uitbreidt. In het specifieke geval van soundsampling kan het technisch reproduceren van een geluidsfragment en verwerken in een andere geluidsopname ook worden omschreven als een ‘bewerking’, maar het is en blijft in technische zin een reproductie.

Senftleben stelt: “De door het HvJ [in Pelham] gekozen formule – ‘fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm’ (punt 39) – laat duidelijk zien dat de hoogste Europese rechter niet aarzelt om via de achterdeur van het geharmoniseerde reproductierecht ook het niet-geharmoniseerde bewerkingsrecht aan Europese regels te onderwerpen”.

Ik betwijfel of deze conclusie uit het Pelham-arrest kan worden getrokken ten aanzien van het (auteursrechtelijke) bewerkingsrecht. Van belang is dat het Hof het hier over het fonogrammenrecht heeft in een geval van soundsampling, dus van reproduceren in technische zin. Dat is het enige recht dat de fonogrammenproducent heeft: hij heeft geen bewerkingsrecht.

“Aangezien de ‘Metall auf Metall’-zaak klaarblijkelijk een bewerkingsscenario betreft, had het HvJ tegen deze achtergrond ervoor kunnen kiezen om te benadrukken dat juist geen sprake is van volledige harmonisatie en de beantwoording van vragen die met bewerkingen te maken hebben in beginsel voorbehouden zijn aan de nationale rechters”, aldus Senftleben.

Volgens mij is dit niet juist. De ‘Metall auf Metall’-zaak betrof technisch gezien geen ‘bewerkingsscenario’, maar een daadwerkelijke partiële reproductie van de betreffende

geluidsopname. Ik ben het graag met Senftleben eens dat het Hof er voor had kunnen kiezen reproductie van hele korte stukjes toelaatbaar te achten, maar dat had dan ook kunnen en moeten gebeuren in de sleutel van het reproductierecht, het enige recht dat de fonogrammenproducent heeft.

Volgens mij kan uit het Pelham-arrest niet worden afgeleid dat het HvJ EU daadwerkelijk het bewerkingsrecht, dat alleen in het auteursrecht bestaat en niet in het naburige recht, via de achterdeur van het reproductierecht heeft geharmoniseerd.

Ik sluit echter ook niet uit dat het HvJ EU niet zal aarzelen om dit wel te doen.

Advocaat-Generaal Szpunar lijkt hier al voor gekozen te hebben in zijn [conclusie in de Cofemel-zaak](#):

“Uit hoofde van het auteursrecht kan de maker van een model zich derhalve alleen verzetten tegen de verspreiding en het gebruik van een model dat geen andere algemene indruk wekt indien hij kan aantonen dat oorspronkelijke bestanddelen van zijn model zijn gereproduceerd” (punt 65).

Aangezien het bij Cofemel-spijkerboeken en -hoodies en bij andere modellen niet gaat om het in technische zin één-op-één ‘letterlijk’ reproduceren, moet het hier wel gaan om ‘oorspronkelijke bestanddelen’ in de betekenis van ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’, dus om de nabootsing in gewijzigde vorm en dus daadwerkelijk van bewerking in auteursrechtelijke zin.

En als het reproductierecht wordt opgerekt tot het overnemen van ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ wordt daarmee het bewerkingsrecht inderdaad volledig geharmoniseerd door de achterdeur van het reproductierecht.

Het is verdedigbaar dat in het SAS Institute-arrest¹ al een indicatie te vinden is dat het HvJ deze kant op kan gaan, maar het is ook mogelijk dat het *daar* nog steeds ging op het letterlijk kopiëren van hele zinnen (‘bepaalde elementen’) uit de gebruikshandleiding van het computerprogramma die auteursrechtelijk beschermd waren en die dus letterlijk werden *gereproduceerd*. Ook in de Infopaq-zaak ging het over letterlijk reproduceren van elf woorden en het tijdelijk reproduceren van gehele teksten. Niet om bewerken.

In het Art & Allposters/Pictoright-arrest² overwoog het HvJ: “Wat het bewerkingsrecht betreft, kent artikel 12 van de Berner Conventie auteurs van werken van letterkunde of kunst inderdaad het uitsluitend recht toe om toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken, en bevat de betrokken [Auteursrecht] richtlijn [2001/29] geen vergelijkbare bepaling” (punt 26), om vervolgens te constateren dat in die zaak het niet nodig was om het begrip “bewerking” in de zin van dat artikel 12 BC uit te leggen,³ om dat het bij die canvas transfer om dezelfde afbeelding en dus om een distributie-handeling ging.

¹ HvJ EU 2 mei 2012, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259, SAS Institute/World Programming: Dictum sub 3: “Artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moet aldus worden uitgelegd dat de reproductie in een computerprogramma of in een gebruikshandleiding voor dit programma van bepaalde elementen die in de handleiding van een ander, auteursrechtelijk beschermd computerprogramma zijn beschreven, een inbreuk kan vormen op het auteursrecht op laatstgenoemde handleiding indien deze reproductie de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur van de auteursrechtelijk beschermde gebruikshandleiding van het computerprogramma, hetgeen de verwijzende rechter dient te verifiëren”.

² HvJ EU 22 januari 2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27, Art & Allposters/Pictoright

³ Dat vestigt wel de aandacht op het feit het HvJ ook het bewerkingsrecht zou kunnen harmoniseren door het bewerkingsrecht uit de Berner Conventie EU-wijd uniform ‘uit te leggen’.

Antoon Quaadvlieg verwijst in een voetnoot naar dit punt 26 uit het Art & Allposters/Pictoright-arrest bij zijn stelling dat “het bewerkingsrecht (nog) niet Europees geharmoniseerd [is], maar waar het (vrijwel) identieke deellovernames betreft, [...] de bestaande harmonisatie van het reproductierecht toepasselijk [is]”.⁴ Quaadvlieg doet dit in zijn noot onder het arrest over de Diwar-stoel, waarvan, kort gezegd de bovenkant gekopieerd was, maar de poten duidelijk afweken. Ik ben het er geloof ik niet eens dat dit uit punt 26 van ‘Art & Allposters’ kan worden afgeleid. Maar ik ben het wel met Quaadvlieg eens dat de Diwar-casus een aantrekkelijk voorbeeld is om te komen tot de redenering, of het ‘frame’, zo men wil, dat een bewerking in gewijzigde vorm *kan* bestaan uit een (partiële) *reproductie* van een (‘deel’)werk. Bij de Diwar-stoel ging het inderdaad wel om een hele forse (vrijwel) identieke deellovername.

Als je bereid bent om iedere ‘creatieve’ ‘combinatie van op zichzelf niet beschermde trekken’ als een (‘deel’) werk te kwalificeren, kan je de *overname daarvan* vervolgens als (vrijwel identieke) *reproductie* benoemen. Dit is de aloude truc van het in de hoge hoed stoppen van het konijn om het er vervolgens weer uit te halen: eerst benoem je als eiser (of als rechter die de inbreukactie gaat toewijzen) de *combinatie van overgenomen trekken als creatief* (beschermd, ‘deelwerk’), en vervolgens stel je met gepaste verontwaardiging vast dat die ‘creatieve combinatie’ identiek is overgenomen!⁵

Hoe dit ook zij, volgens mij (en volgens Quaadvlieg en Van Eechoud en anderen⁶) heeft het HvJ EU nog niet beslist of ‘de nabootsing of bewerking in gewijzigde vorm’, oftewel het bewerkingsrecht van artikel 13 Auteurswet, Europees is geharmoniseerd, door het oprekken van het reproductierecht tot de ‘reproductie’ van auteursrechtelijk beschermde trekken.

De [voorzieningenrechter in Arnhem](#) lijkt daar anders over te denken.

“Zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie in onder meer het Infopaq-arrest (HvJ EG 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465) duidelijk heeft gemaakt, is zowel het werkbegrip als het reproductierecht (behalve beperkingen die in het onderhavige geval niet aan de orde zijn) binnen de Europese Unie geharmoniseerd. Dat betekent dat als Droomparken c.s. een auteursrecht hebben dat in Nederland wordt erkend, zij ook een auteursrecht hebben in andere lidstaten van de Europese Unie en dat een inbreuk door Lacet op het auteursrecht van Droomparken c.s. in Nederland ook een inbreuk in de andere lidstaten van de Europese Unie met zich brengt” (ov. 4.8) (onderstreping toegevoegd).

“een vooruitspringende witte schoorsteenkolom in het midden met een zwart omlijste haardpartij en aan weerszijden een opbouw met soortgelijke raampartijen in ongeveer dezelfde verhoudingen ten opzichte van de witte schoorsteenkolom” vormen volgens de Gelderse voorzieningenrechter auteursrechtelijk beschermde trekken die de totaalindruk zodanig bepalen dat van een inbreukmakende bewerking sprake is. Naar Nederlands auteursrecht en naar Europees inclusief Duits auteursrecht. Daarom krijgt de gedaagde een verbod voor de gehele EU.

Deze interpretatie van het Infopaq-arrest die lijkt te duiden op het standpunt dat ook het gehele bewerkingsrecht Europees is geharmoniseerd, is m.i. wel *verdedigbaar*, maar zeker geen acte clair of acte éclairé. Maar misschien zit de voorzieningenrechter hier op de lijn-Quaadvlieg: (vrijwel) *identieke deellovername* van “een vooruitspringende witte schoorsteenkolom in het midden met een

⁴ [BIE november/december 2019, p. 348](#).

⁵ De hele trukendoos is te vinden in [Motiveren in IE-zaken](#), Een handleiding voor het motiveren van een beslissing in een eenvoudige IE-zaak, deLex 2011, p. 13-29 en 45.

⁶ Zie bijvoorbeeld de literatuur genoemd in Mireille van Eechoud, ‘Adapting the work’, in Van Eechoud (ed.), The Work of Authorship, Amsterdam University Press 2014 (<http://www.oopen.org/search?identifier=503030>).

zwart omlijste haardpartij en aan weerszijden een opbouw met soortgelijke raampartijen in ongeveer dezelfde verhoudingen ten opzichte van de witte schoorsteenkolom" = *reproductie*.

Overigens valt m.i. te betwijfelen of een *Duitse* rechter ook van mening zou zijn dat "een vooruitspringende witte schoorsteenkolom in het midden met een zwart omlijste haardpartij en aan weerszijden een opbouw met soortgelijke raampartijen in ongeveer dezelfde verhoudingen ten opzichte van de witte schoorsteenkolom" *überhaupt* voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Maar dat is het probleem van de Duitsers die *nog steeds niet willen begrijpen*⁷ dat de geharmoniseerde *Europese* norm voor auteursrechtelijke bescherming *identiek* is aan de *Nederlandse* norm en niet aan de (oude) Duitse.⁸ Dit terwijl de *Nederlandse Hoge Raad* dit toch al in 2013 *duidelijk* heeft gezegd in zijn Stokke-arresten.⁹ Dezelfde Arnhemse voorzieningenrechter heeft dat ook al direct na het Cofemel-arrest bevestigd in de [Krakatau/The Sting zaak](#): "Voor het Nederlandse recht betekent dat [arrest] geen wijziging in de aan te leggen werktoets".

Leiden / Amsterdam, 10 februari 2020



Cube Elite van Droomparken c.s.



Lacet Bixx van Lacet

⁷ Leistner in GRUR 2019 1114 (1120): „Für das deutsche Recht gilt alles in allem also ganz ähnlich wie nach „Geburtstagszug“ auch nach „Cofemel“, dass sich für die große Mehrheit der Fälle nicht viel ändern wird. Vielleicht liegt darin am Ende sogar doch auch ein Vorzug des allgemein gehaltenen „Cofemel“-Urteils, das jedenfalls für die deutsche Praxis nicht zum nennenswerten Störfaktor werden sollte“. (onderstreping toegevoegd).

⁸ Zie ook Ringnalda in zijn noot onder Cofemel in [BIE 2019/6, nr. 27](#).

⁹ HR 23 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (Stokke/H3 products), ov. 3.4: Bij de beoordeling van het tegen deze oordelen gerichte middel wordt het volgende vooropgesteld.

(a) Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, is vereist dat het desbetreffende werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556 (Endstra)). Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om "een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk" (HvJEU 16 juli 2009, nr. C-5/08, LJN BJ3749, NJ 2011/288 (Infopaq I)).

(b) Deze maatstaf geldt evenzeer indien het een gebruiksvoorwerp betreft (vgl. BenGH 22 mei 1987, nr. A 85/3, LJN AK1803, NJ 1987/881 en HR 15 januari 1988, LJN AG5738, NJ 1988/376 (Screenoprints)). Aanleiding voor de veronderstelling dat zulks naar Europees recht anders zou zijn, is er niet.