

Niet Bern maar Brussel: assimilatie en reciprociteit tussen RAAP en VITRA

Mireille van Eechoud*

De vraag hoe traditionele reciprociteitsbepalingen uit het internationale auteursrecht uitgelegd moeten worden in het licht van EU recht treedt bij vlagen op de voorgrond. Nadat het HvJ EU met het *RAAP/PPI*-arrest een golf van onrust door het muzieklandschap veroorzaakte, krijgt het binnenkort de gelegenheid om zich uit te spreken over reciprociteit bij vormgeving. De Hoge Raad gaat in het geschil *Kwantum/Vitra Collections* prejudiciële vragen stellen. Mogen lidstaten artikel 2(7) van de Berner Conventie op eigen houtje toepassen, of is het deels of geheel aan de EU om te bepalen of werken van toegepaste kunst van buiten de EU gelijke behandeling verdienen? Deze bijdrage beziet die vraag vanuit het perspectief van intellectuele eigendom als fundamenteel recht, de uitdijende bevoegdheid van de EU en in het licht van aankomende wijzigingen in het Europese modellenrecht.

1. Het probleem met reciprociteit

De gelijke behandeling van buitenlandse auteurs en werken ('assimilatie') is al sinds de Berner Conventie van 1886 uitgangspunt in het internationale auteursrecht. Aanvankelijk waren daar de nodige voorbehouden op te maken door staten, maar de mogelijkheden om wederkerigheids-eisen te stellen zijn in de loop van de tijd uitgekleed. Bescherming afhankelijk stellen van reciprociteit mag dus niet, ook niet op grond van algemene normen uit het internationale verdragenrecht zoals neergelegd in o.a. het Weens verdrag inzake het verdragenrecht.¹ Recentere verdragen zoals het WIPO Copyright Treaty (1996, WCT) en het WIPO Beijing Treaty on Audiovisual Performances (2012, BTAP) verbieden met het oog op maximale assimilatie zelfs uitdrukkelijk het maken van (reciprociteits)voorbehouden, buiten de specifieke gevallen waarin ze juist reciprociteit toestaan.² Zowel de EU als individuele lidstaten zijn partij bij de recentere verdragen. Aan de Berner Conventie is de EU slechts indirect verbonden: als partij bij de WHO TRIPs-overeenkomst rust op de EU de plicht om de (materiële) bepalingen van de Berner Conventie te respecteren. Deze hebben echter geen direct effect in de EU.

Naarmate het economisch belang van intellectuele eigendom toenam, zowel in het kader van de interne markt als in de internationale handel, nam de bevoegdheid van Neder-

land en andere lidstaten om zelfstandig internationale afspraken te maken af. In de loop van tijd heeft dat netelige vragen opgeroepen over de geldigheid van voorbehouden die landen op grond van het internationale recht mochten (en mogen) maken, maar die vanuit het primaat van EU recht ten opzichte van nationaal recht problematisch zijn. Een complicerende factor daarbij is dat sinds de jaren negentig de Europese fundamenteelrechtelijke dimensie van intellectueel eigendom een verdere ontwikkeling doormaken. Het is nog lang niet helder welke impact dat heeft op het materiële auteursrecht en hoe de bescherming van IE onder het Eerste Protocol bij het EVRM (art. 1) en onder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 17 lid 2) zich verhoudt tot de internationaalrechtelijke normen. Een van die onduidelijkheden betreft het lot van bijzondere reciprociteitsbepalingen in internationale verdragen, die een verdragspartij dus het recht geven om in bepaalde gevallen buitenlandse rechthebbenden minder bescherming te bieden dan 'eigen' rechthebbenden krijgen.

Uit het inmiddels (in)fameuze *RAAP/PPI*-arrest van het Hof van Justitie EU (HvJ EU) weten we dat die impact er is bij naburige rechten wat betreft vergoedingsaanspraken van uitvoerend kunstenaars voor openbaarmaking van hun uitvoeringen. Maar wat de implicaties zijn voor andere situaties is nog ongewis. Een voor de praktijk belangrijke vraag betreft reciprociteit bij de auteursrechtelijke bescher-

* Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar informatierecht, Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.

1 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, beter bekend als Vienna Convention on the Law of Treaties (1969, VCLT, Trb. 1972, 51), dat overigens geen retroactieve werking heeft. Art. 19 VCLT staat het maken van een voorbehoud op een verdrag toe,

tenzij het betreffende verdrag dit verbiedt of alleen voorziet in specifieke voorbehouden, of als het voorbehoud onverenigbaar is met het doel van dat verdrag.

2 Het BTAP voorziet in (facultatieve) reciprociteit vergelijkbaar aan het WPPT wat betreft openbaarmaking (omroep, mededeling aan het publiek), art. 4 juncto art. 11 BTAP.

ming van werken van toegepaste kunst (voor het gemak gebruik ik ook de term ‘industriële vormgeving’). In de *Kwantum/Vitra Collections*-zaak (opgenomen elders in dit nummer) speelt de reciprociteitsvraag een belangrijke rol. De directe aanleiding voor dit artikel is deze zaak, waarin de HR onlangs aangaf prejudiciële vragen te gaan stellen. Twijfel over hoe het RAAP/PPI-arrest uitgelegd moet worden in de context van artikel 2(7) Berner Conventie is de belangrijkste drijfveer.³

1.1 De onzekere impact van RAAP/PPI

RAAP/PPI draaide vooral om de vraag of Ierland een reciprociteitseis mocht verbinden aan de billijke vergoeding voor het gebruik van fonogrammen van musici van buiten de EU/EER. Het WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT 1996) en de Conventie van Rome (naburige rechten van fonogrammenproducenten en uitvoerende kunstenaars, 1961),⁴ bieden de mogelijkheid om een reciprociteitseis te stellen wat betreft vergoedingen. Kan Ierland een wettelijke aanspraak op vergoeding weigeren voor Amerikaanse uitvoerend kunstenaars, omdat in de VS geen vergelijkbare vergoedingsaanspraak bestaat (en Ierse uitvoerend kunstenaars in de VS dus ook geen vergoeding kunnen claimen)? Nee, zei het HvJ EU.

Het staat Ierland niet vrij om van deze mogelijkheid gebruik te maken, aldus het HvJ EU. Dat is vanwege een combinatie van redenen. Het vergoedingsrecht is geharmoniseerd in de EU Verhuurrichtlijn,⁵ maar die richtlijn bevat geen verdere clausulering van aanspraken van rechthebbenden van buiten de EU/EER. Omdat het een geharmoniseerd onderdeel van het intellectuele eigendomsrecht betreft, is de EU ten opzichte van de lidstaten exclusief bevoegd geworden om internationaal op te treden. Maar de EU zelf heeft als partij bij het WPPT geen expliciet voorbehoud gemaakt; bij de Conventie van Rome is de EU geen partij. Doorslaggevend voor het HvJ EU is dat het vergoedingsrecht aan te merken is als door artikel 17(2) Handvest beschermde intellectuele eigendom. Een beperking dient dus aan de voorwaarden van het Handvest te voldoen. Artikel 52 Handvest schrijft voor dat beperkingen ‘bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden [moeten] eerbiedigen’. Daarenboven moet de beperking noodzakelijk zijn en ‘daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’. Aan die eisen was volgens het HvJ EU

niet voldaan. Op de interpretatie van artikel 17(2) Handvest kom ik verderop nog terug.

Overigens speelde in RAAP ook een rol dat de Ierse wet een wat ik maar even ‘nee, tenzij-systeem’ kent: geen vergoeding voor uitvoerende kunstenaars van buiten de EU/EER, tenzij in (gedelegeerde) regelgeving is besloten om voor specifieke landen/regio’s wél een aanspraak te erkennen, wat alleen kan op voorwaarde dat de getroffen landen equivalente bescherming bieden. Reciprociteit als regel dus, en niet als uitzondering. Van de mogelijkheid tot nadere invulling was geen gebruik gemaakt, wat betekent dat de Ierse wet alle niet-EU/EER kunstenaars aanspraak op vergoeding ontzegt, óók als het land van herkomst partij is bij WPPT en geen voorbehoud t.a.v. de vergoedingsaanspraak heeft gemaakt. Of wellicht met een direct beroep op de WPPT die Ierse bepaling buiten toepassing gelaten kan worden is uit de stukken niet op te maken, maar die vraag lag ook niet voor. De categorische Ierse uitsluiting kan volgens het HvJ EU niet door de beugel, o.a. omdat uitgangspunt van het WPPT nou juist is ‘ja, tenzij’ en de Verhuurrichtlijn (en artikel 8(2) daarvan) in overeenstemming met het WPPT moet worden uitgelegd.

Een direct gevolg van RAAP/PPI is dat EU lidstaten niet langer op basis van reciprociteit vergoedingsaanspraken mogen onthouden aan uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten van buiten de EU. Wat dit betekent voor de jaren waarin dat wel is gebeurd is onduidelijk. Hoe de Europese Commissie de ‘fall-out’ van het arrest precies gaat adresseren zal binnenkort blijken; onlangs sloot een consultatie over de suggestie om de verhuurrichtlijn zo aan te passen dat reciprociteit mogelijk wordt.⁶ Ondertussen heeft het RAAP-arrest de nodige onrust veroorzaakt omdat onduidelijk is in hoeverre het de ruimte van EU lidstaten beperkt om ook andere bestaande internationale reciprociteitsbepalingen toe te passen. Die voor toegepaste kunst in de Berner Conventie is daar dus een belangrijk voorbeeld van, en speelt een belangrijke rol in de *Vitra*-zaak, over de vraag of meubelontwerpen van Amerikaanse origine in Nederland auteursrechtelijk beschermd zijn.

1.2 Reciprociteit in Montis en Vitra

Op het gebied van industriële vormgeving is jarenlang geprocedeerd over de toelaatbaarheid van reciprociteits-eisen bij het bepalen van de beschermingsduur. In de *Montis*

3 HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:508 (*Kwantum/Vitra Collections*), elders in dit nummer, r.o. 3.21.

4 Cyril van der Net, ‘Recht voor zijn raap! Naar regulering op Unieniveau van de toepassingscriteria, nationale behandeling en reciprociteit op het gebied van de naburige rechten’, *Auteursrecht* 2021/2, p. 45; HvJ EU 8 sept. 2020, C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677 (RAAP/PPI), m.nt. Mireille van Eechoud; *Auteursrecht* 2021/2; NJ 2022/127, m.nt. P.B. Hugenholtz; European Copyright Society, *Comment of the European Copyright Society on the impact and consequences of the CJEU decision in C-265/19 (RAAP)*, 2022, <https://europeancopyrightsociety.org/opinions/>; Ole-Andreas Rogstad, ‘Performing artists’ right to remuneration: on the

junction of external treaty competence, national treatment, material reciprocity and fundamental rights’, *Common Market Law Review* 2021, p. 1523-1546.

5 Artikel 8, lid 2, van Richtlijn 2006/115/EG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *PbEU* 2006, L376 (geconsolideerde versie). Dit recht is voor het eerst vastgelegd in de oorspronkelijke Verhuurrichtlijn 92/100/EEG, *PbEG* 1992, L346.

6 EC, Initiatief inzake de voorwaarden voor de vergoeding van in de EU gespeelde muziekopnames uit derde landen, Ref. Ares(2022)5440095. De consultatie sloot in september 2022.

zaken speelde onder andere de vraag hoe een eventuele herleving van auteursrechten als gevolg van EU harmonisatie van de beschermingsduur beoordeeld moest worden bij toegepaste kunst.⁷ Dit in het licht van de mogelijkheid die artikel 7(4) Berner Conventie biedt om toegepaste kunst verkort (maar minimaal 25 jaar) te beschermen. Voor het vaststellen van de beschermingsduur bepaalt artikel 7(8) BC dat de duur gemaximeerd kan worden tot die welke in het land van oorsprong geldt voor een werk. Die reciprociteit is blijkens de bewoordingen van artikel 7(8) facultatief.

In de *Kwantum/Vitra Collections*-zaak gaat het over een andere vorm van reciprociteit, waarvan bovendien niet duidelijk is of deze facultatief is of verplicht. De Berner Conventie bevat een bepaling die voorziet in het weigeren van bescherming door het auteursrecht, als in het land van herkomst voor industriële vormgeving alleen de modelrechtelijke weg openstaat (art. 2(7) BC). Wat wil dat precies zeggen? Genieten meubelontwerpen met de VS als land van herkomst in Nederland bescherming van de Auteurswet, of volgt uit de BC de eis dat de ontwerpen ook in de VS auteursrechtelijk beschermd moeten zijn? In hoeverre is het relevant dat intellectuele eigendom in de EU de status van fundamenteel recht heeft en dat het werkbegrip vergaand is geharmoniseerd? Beperkt dat in het licht van RAAP/PPI Nederland in het toepassen van een reciprociteitsbepaling uit de Berner Conventie? Stuk voor stuk belangwekkende vragen.

In afwijking van het Advies van de Advocaat Generaal, heeft de HR aangegeven prejudiciële vragen te gaan stellen over artikel 2(7) BC. Aanleiding daarvoor is volgens de HR dat redelijke twijfel bestaat over het antwoord op de vraag of Nederland de reciprociteitstoets wel mag toepassen zonder daartoe strekkende EU-regeling. Daarbij betreft de HR het *Cofemel*-arrest – waarin het Hof van Justitie ook ten aanzien van werken van toegepaste kunst bepaalde dat sprake is van een uniform, autonoom uit te leggen werkbegrip –⁸ de RAAP-uitspraak en de status van intellectuele eigendom als fundamenteel recht.⁹

Advocaat-Generaal Drijber beargumenteerde al in zijn tussenconclusie dat er geen aanleiding was voor het stellen van prejudiciële vragen. Kort gezegd, omdat artikel 2(7) BC een regel van internationaal recht is die voorschrijft dat reciprociteit moet worden toegepast. Het gaat niet om uitleg van een EU-norm, daarom wordt ook het Handvest niet getriggert. Er is geen sprake van dat de Nederlandse rech-

ter EU recht 'uitvoert' bij de toepassing van artikel 2(7) BC, en het Handvest komt enkel om de hoek kijken waar lidstaten optreden binnen het toepassingsgebied van unierecht.¹⁰ Kortom, nu de Nederlandse rechter geen EU recht uitvoert, moet er ook geen prejudiciële vraag gesteld worden. In een uitgebreide aanvullende conclusie van zo'n veertig pagina's, beargumenteert de AG nog diepgravender waarom uitleg door het HvJ EU niet nodig is om tot een beslissing te komen. Deels gaat het daarbij om procesrechtelijke gronden. Vitra beriep zich niet op het *Cofemel*-arrest. De HR zou door ambtshalve aanvulling van rechtsgronden ten gunste van eiser Vitra onvoldoende terughoudendheid tonen. Overigens betoogt de AG geenszins dat na RAAP duidelijk is hoe er met (oudere) reciprociteitsbepalingen uit het internationale auteursrecht moet worden omgegaan. Dat is, zo erkent hij, 'weerbare materie'.¹¹

Ik laat in deze bijdrage de precieze grenzen van het *Kwantum/Vitra*-geschil voor wat ze zijn. Wel gebruik ik reciprociteit in de context van de internationale en Europeesrechtelijke bescherming van industriële vormgeving als onderwerp om de complexiteit te schetsen die is ontstaan als gevolg van een drietal samenhangende ontwikkelingen. Ten eerste is daar de langlopende 'beetje-bij-beetje' voortschrijdende harmonisering van het Europese auteursrecht terwijl het aantal EU lidstaten gestaag uitbreidt. Ten tweede zien we een groei van het aantal internationale verdragen mede onder invloed van het toegenomen economisch belang van auteursrecht en naburige rechten in de internationale handel; daarmee hangt samen de uitdijende internationale bevoegdheid van de EU. Ten derde, de veelbesproken en veelbekritiseerde 'constitutionalisering' van het intellectuele eigendomsrecht in de Europese rechtsorde. Maar eerst een uitstapje naar vormgeving in de Berner Conventie en latere verdragen.

2. Vormgeving in de Berner Conventie

Al sinds 1908 geeft de Berner Conventie aan unielanden uitdrukkelijk de vrijheid om toegepaste kunst wel of juist niet via het auteursrecht te beschermen. Landen die dat wel doen, moesten op grond van het centrale beginsel van gelijke behandeling ('assimilatiebeginsel') auteurs uit andere unielanden ook bescherming bieden. Ook als er sprake was van ongelijkheid omdat eigen onderdanen in andere unielanden onbeschermd bleven. Voor o.a. Frankrijk was dit reden om een voorbehoud te maken.¹² Het bleek ook bij latere onderhandelingen lastig om toegepaste kunst onvoor-

7 Zie voor een uitgebreid overzicht S. van Gompel, 'Niet zomaar een slapstick: Charly & Chaplin en het verval van auteursrecht op modellen', *AMI* 2017/2, p. 69 e.v.; de langdurige rechtsstrijd rond de instandhoudingsverklaring en herleving van auteursrechten, (voorlopig) uitmondend in HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:750 (*Montis Holding*), *NJ* 2020/320-322, m.nt. Gielen, *IER* 2020/51, m.nt. S.J. Schaafsma; HR 30 okt. 2009, *AMI* 2010/6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, *NJ* 2009/540, *IER* 2010/37, m.nt. S.J. Schaafsma; BenGH 27 maart 2015, *A* 2013/2, *NJ* 2015/308, HvJ EU 20 okt. 2016, C-169/15 (*Montis/Goossens*), ECLI:EU:C:2016:790, *NJ* 2020/40, m.nt. Gielen.

8 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (*Cofemel/G-Star*).

9 HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:508 (*Kwantum/Vitra Collections*), voornemen reeds in HR 23 sept. 2022, ECLI:NL:HR:2022:1276 (*Kwantum/Vitra Collections*).

10 Conclusie AG Drijber 15 okt. 2021, ECLI:NL:PHR:2021:983; Aanvullende conclusie 6 jan. 2023, ECLI:NL:PHR:2023:30.

11 Aanvullende conclusie 6 jan. 2023, ECLI:NL:PHR:2023:30, para 4.100.

12 Sam Ricketson en Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2022, para 8.62 (Hierna: Ricketson/Ginsburg 2022).

waardelijk onder het auteursrecht te brengen, en de ongelijkheid in bescherming die volgde uit het assimilatiebeginsel bleef pijnpunt. Daarom resulteerde de herziening van 1948 in de toevoeging van de bepaling dat verdragsstaten auteursrechtelijke bescherming onthouden aan auteurs van vormgeving die in het land van herkomst niet door het auteursrecht wordt beschermd maar door het modelrecht. Deze reciprociteitsbepaling bestaat dus omdat er historisch gezien aanzienlijke verschillen waren in de wijze waarop unielanden vormgeving¹³ beschermen: bijvoorbeeld alleen via het auteursrecht maar met een verzaamd oorspronkelijkheidsvereiste of extra esthetisch criterium, alleen via het modelrecht, of met cumulatie van modelrecht en auteursrecht. De reciprociteitsbepaling is later bij de herziening van 1967 wat verzacht: is in het land van bescherming geen modelrecht voorhanden, dan kan daar toch auteursrecht worden ingeroepen. Dit wordt ook wel de vangnetbepaling genoemd.¹⁴

Het huidige artikel 2(7) BC luidt (cursiveringen MvE):
 ‘(7) Het is onverminderd de bepalingen van artikel 7, vierde lid,¹⁵ van de Conventie aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden om het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid alsmede betreffende de voorwaarden voor de bescherming van deze werken, tekeningen en modellen. Voor werken, die in het land van oorsprong alleen als tekeningen en modellen zijn beschermd, kan in een ander land van de Unie slechts de bijzondere bescherming worden ingeroepen welke in dat land aan tekeningen en modellen wordt verleend; indien echter in dat land geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend, worden deze werken beschermd als werken van kunst.’

Deze bepaling wordt door sommige auteurs gezien als een die verdragsstaten géén ruimte laat: is een werk van toegepaste kunst in het land van oorsprong enkel op grond van het modelrecht beschermd, dan mag in het land waarvoor bescherming wordt ingeroepen enkel modelrechtelijke bescherming worden geboden (mits voorhanden).¹⁶ Een grammaticale interpretatie van artikel 2(7) wijst inderdaad die kant op. Maar vanuit de optiek van de twee-eenheid

nationale behandeling plus minimumrechten dat de conventie kenmerkt, is het zeer wel verdedigbaar dat het unielanden vrijstaat om auteurs uit zulke ‘modelrechtlanden’ juist wel auteursrechtelijke bescherming te bieden. De Berner Conventie bepaalt immers uitdrukkelijk dat niets in het verdrag verhindert dat unielanden ruimere bescherming toekennen aan vreemde werken/auteurs dan de minimum rechten die de BC garandeert (art. 19 BC).¹⁷

Het Hof Den Haag was in *Kwantum/Vitra* van oordeel dat artikel 2(7) inderdaad een facultatieve bepaling is: ruimere bescherming bieden via nationale behandeling mag, alleen heeft de Nederlandse wetgever van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt, en dus dient de rechter de reciprociteitstoets toe te passen. Het hof wijst daarbij niet specifiek naar artikel 19 BC.¹⁸ Ook de AG concludeert dat sprake is van een verdragsrechtelijke verplichting.¹⁹ Het Hof lijkt er ervanuit te gaan dat zonder uitdrukkelijke (nationale) wettelijke bepaling die bevestigt dat de Nederlandse wetgever inderdaad een reciprociteitseis stelt, artikel 2(7) BC buiten werking blijft. Gezien het primaat van verdrag over wet (art. 93 Grondwet) en het feit dat de BC de eis niet stelt dat verdragsstaten bij interne (formele) wet duidelijkheid geven over hoe de reciprociteitsbepaling van artikel 2(7) wordt toegepast, is op dat uitgangspunt van Hof Den Haag wel wat af te dingen.

Een ander aspect van de reciprociteitsbepaling betreft de toetsingsmaatstaf die erin besloten ligt. Gaat het erom dat in het land van oorsprong het concrete werk van toegepaste kunst bescherming geniet, of dient de toetsing abstract te zijn, d.w.z. relevant is of toegepaste kunst als categorie van werken in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming in het land van oorsprong. De HR heeft in *MAG/Edco*²⁰ bepaald dat het om een concrete toetsing gaat. In *Kwantum/Vitra Collections* daarentegen abstraherde het Haagse gerechtshof de toets enigszins, in die zin dat het niet noodzakelijk zou zijn dat een ontwerp in het land van oorsprong (nog) daadwerkelijk beschermd is²¹ (bijv. vanwege een verlopen beschermingsduur, of het niet vervullen van formaliteiten die niet van vreemde onderdanen, maar wel van eigen onderdanen gevraagd kunnen

13 Ik gebruik in dit artikel toegepaste kunst, vormgeving en industriële vormgeving als synoniemen.

14 Voor een beschrijving van de ontwikkeling zie Ricketson/Ginsburg 2022, chapter 8.

15 Dit verwijst naar de bepaling inzake beschermingsduur: voor toegepaste kunst moet de beschermingsduur minimaal 25 jaar zijn.

16 In deze zin: Weyer VerLoren Van Themaat, Wolter Wefers Bettink, ‘Another side of the story: why the Phil Collins judgment does not necessarily mean the end of the reciprocity principle’, *EIPR* 1995, 17(6), p. 307-310; C. Masouye, *WIPO Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris Act, 1971), Geneve 1978, lijkt uit te gaan van een facultatief karakter (rdn 2.25), de 2003 editie van Ficsor gaat niet in op de aard van de bepaling; Ricketson/Ginsburg (2022) geven ook geen duidelijke interpretatie.

17 Masouyé 1978 a.w. typeert artikel 19 als ‘simply another example of the rule that national treatment must be accorded’

(rdn 19.2); Ricketson/Ginsburg (2022) para 6.120 merken op dat hoewel nationale wetten meer bescherming mogen bieden, de beperkingen van de Berner Conventie (zoals het citaatrecht, de uitsluiting van bescherming van nieuws van de dag) wel moeten worden gerespecteerd. Zij noemen dit de ‘Berne maxima’.

18 Hof Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1218 (*Vitra/Kwantum*), r.o. 103.

19 Aanvullende conclusie 6 jan. 2023, ECLI:NL:PHR:2023:30, r.o. 4.4, 4.67.

20 HR 28 okt. 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR3059, *NJ* 2012/604, m.nt. P.B. Hugenholtz (*MAG/Edco*); nog niet zo duidelijk in HR 29 juni 2001, *AMI* 2001/5, p. 111-121 (*Impag/Hasbro*), m.nt. P.B. Hugenholtz; *NJ* 2001/602, m.nt. Verkade, *IER* 2001/41, m.n.t. Speyaert (*Impag/Milton Bradley*).

21 Hof Den Haag, 14 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1218 (*Vitra/Kwantum*).

worden). De AG duidt de benadering aan als een ‘semi-concrete’ toets en adviseert de HR om het Hof Den Haag niet in die uitleg te volgen. In het tussenarrest gaat de HR op deze interpretatie van het Haagse hof niet in (r.o. 3.8) maar beperkt zich tot de door Vitra opgeworpen kwestie dat artikel 2(7) BC überhaupt buiten toepassing zou moeten blijven omdat Nederland sinds het RAAP-arrest geen eigen koers meer zou mogen varen (hierover later meer).

3. Toegepaste kunst in het EU modellen- en auteursrecht

Ten tijde van de laatste aanpassing van de Berner Conventie, bevatte het Unieverdrag van Parijs door de wijzigingen van 1958 ook een artikel dat verdragsstaten verplicht tot bescherming van industriële vormgeving (art. 5 quinquis UvP). De vorm waarin dat gebeurt staat staten vrij. Het zou nog zo’n veertig jaar duren voordat in de EU het modelrecht en de auteursrechtelijke bescherming van toegepaste kunst werden geharmoniseerd. In de Benelux was al eerder sprake van geüniformeerde bescherming en cumulatie van auteurs- en modelrecht, aanvankelijk via de Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen (in werking 1974) en later via het Benelux Verdrag inzake de intellectuele eigendom (2005).

3.1 Auteursrecht in het huidige EU modelrecht

De Modellenrichtlijn van 1998 was het sluitstuk van vijf jaar onderhandelen.²² Het Commissievoorstel van december 1993 voorzag reeds in cumulatieve bescherming, ‘in afwachting van verdergaande harmonisatie van de wetgeving van de Lidstaten inzake het auteursrecht...’ Die harmonisatie kwam indertijd pas een beetje op stoom: alleen de Softwarerichtlijn (1991) was door lidstaten geïmplementeerd, implementatie van de Verhuur- en leenrecht richtlijn (1992)²³ was onderweg, de Satelliet- en kabelrichtlijn²⁴ en de Duurrichtlijn (beide 1993) waren net aangenomen. Enkel laatstgenoemde was en is direct relevant voor industriële vormgeving. De Duurrichtlijn bevatte een bepaling die lidstaten verplicht om wat betreft de duur van bescherming voor werken van buiten de EU, reciprociteitseisen te stellen zoals voorzien in artikel 7(8) BC.

Gezien de beperkte mate van harmonisatie was het niet verwonderlijk dat het voorstel voor de Modellenrichtlijn het aan lidstaten overlaat om te bepalen ‘...onder welke voorwaarden een dergelijke [auteursrechtelijke] bescherming wordt verleend, wat de omvang van de bescherming is en welk gehalte aan oorspronkelijkheid wordt vereist’ (art. 18 voorstel). Het voorstel verbood lidstaten expliciet om reciprociteitseisen te stellen bij het beschermen van onderdanen van andere lidstaten. Maar omdat het HvJEG inmiddels het discriminatieverbod had uitgewerkt in o.a. het *Phil Collins*-arrest, werd het verbod op reciprociteit geschrapt.²⁵

Dat lidstaten uitdrukkelijk de bevoegdheid hebben om criteria voor auteursrechtelijke bescherming te bepalen lijkt volgens het modellenrecht nog steeds zo. Artikel 17 Modellenrichtlijn zegt immers (cursivering in *MvE*): ‘Een model dat overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, kan tevens beschermd worden door het auteursrecht van die lidstaat vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd. Elke lidstaat bepaalt de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.’ De Gemeenschapsmodellenverordening uit 2002 bevat met artikel 96 een bepaling van dezelfde strekking²⁶ wat betreft samenloop van auteursrechtelijke en modelrechtelijke bescherming van gemeenschapsmodellen. Cumulatie van bescherming is wel verplicht: de Gemeenschapsmodellenverordening schrijft dat expliciet voor in artikel 96, en in *Flos/Semeraro* (2011) bepaalde het HvJ EU dat de Modellenrichtlijn zo uitgelegd moet worden.²⁷

In de EU is zoals bekend de beschermingsmaatstaf voor werken inmiddels grotendeels geharmoniseerd. Het Hof speelde hierin een grote rol door de uitleg die het geeft van de Auteursrechtlijn (2001), in een reeks arresten beginnend met *Infopaq* (2009). Met betrekking tot toegepaste kunst (kleding ontwerp) bepaalde het HvJ EU tien jaar later dus in *Cofemel/G-Star* dat gezien het autonoom uit te leggen werkbegrip uit de Auteursrechtlijn van 2001, voor modellen geen andere oorspronkelijkheidseisen of bijkomende voorwaarden gesteld mogen worden. Daarbij haalt het Hof overigens het *Levola* criterium uit de kast,

22 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *PbEG* 1998, L289; Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad inzake de rechtsbescherming van modellen, COM(93)344 DEF, *PbEG* 1993, C345.

23 Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, sindsdien gewijzigd en vervangen door: Richtlijn 2006/115/EG (gecodificeerde versie), *PbEU* 2006, L 376; Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, sindsdien gewijzigd en vervangen door: Richtlijn 2009/24/EG, *PbEG* 2009, L111.

24 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, deze moest in

januari 1995 omgezet zijn; gewijzigd bij richtlijn van 17 april 2019, huidige geconsolideerde versie: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/83/2019-06-06>; Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, sindsdien gewijzigd en vervangen door Richtlijn 2006/116/EG, geconsolideerde versie <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/116/2011-10-31>.

25 Gewijzigd voorstel COM(95) 66 def., *PbEG* 1996, C142.

26 Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *PbEU* 2002, L3/1.

27 HvJ EU 26 jan. 2011, C-168/09, ECLI:EU:C:2011:29 (*Flos/Semeraro*), r.o. 36-38. Artikel 2(7) BC speelde in *Flos* verder geen rol; ook kwam de vraag in hoeverre het uniforme werkbegrip uit de Auteursrechtlijn / *Infopaq* I toepassing heeft op vormgeving niet aan de orde, de prejudiciële vragen van de Italiaanse rechter zagen hier ook niet op.

en verklaart dat de eis van een zeker esthetisch effect²⁸ niet door de beugel kan, omdat dit ertoe zou leiden dat het voorwerp van bescherming niet ‘met voldoende nauwkeurigheid en objectiviteit identificeerbaar’ zou zijn. Immers, ‘het esthetisch effect dat door een model kan worden opgewekt [is] het resultaat van een intrinsiek subjectieve sensatie van schoonheid die wordt ervaren door elke persoon die ernaar kijkt’.²⁹ In hoeverre esthetiek puur een subjectieve ervaring is, en in hoeverre het überhaupt mogelijk is om esthetiek geheel buiten beschouwing te laten bij de beoordeling van oorspronkelijk karakter is voer voor discussie, lijkt mij. Wat daar ook van zij, in het verwijzingsarrest van de HR in *Kwantum/Vitra* concludeert de HR dat er geen redelijke twijfel over bestaat dat ‘ook auteursrechtelijke bescherming toekomt aan een werk van toegepaste kunst dat voldoet aan het werkbegrip van art. 2 Richtlijn 2001/29/EG’.³⁰

3.2 Auteursrecht in het herziene Europese modelrecht

Inmiddels heeft de EC in november 2022 een voorstel ingediend dat definitief een einde maakt aan de (beperkte) vrijheid van lidstaten om de auteursrechtelijke bescherming van vormgeving te regelen.³¹ In wat de Uniemodellenverordening gaat heten komt dan te staan (art. 96 lid 2): ‘Een als een Uniemodel beschermd model komt ook in aanmerking voor bescherming door het auteursrecht vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd, mits aan de voorwaarden van het auteursrecht van de Unie is voldaan.’ De Modellenrichtlijn ondergaat een vergelijkbare aanpassing.

Het is overigens opvallend dat er nu uitsluitend naar de beschermingsvoorwaarden van het Europese auteursrecht wordt verwezen. Dit veronderstelt dat er sprake is van volledige harmonisatie van het werkbegrip, zowel wat betreft onder- als bovengrens en domeinafbakening. De constructie van het werkbegrip op basis van de Auteursrechtlijn is echter problematisch,³² en de op de eenmaal met *Infopaq* ingeslagen weg leek het HvJ EU de flinke hobbel van artikel 18 Modellenrichtlijn in *Cofemel* lichtvaardig te nemen.³³ Of in de hoek gezet, naar analogie van Hugenholtz

die modelbescherming het ‘probleemkind’ van de intellectuele eigendom noemt in zijn noot bij *Brompton*.³⁴

Er is geen sprake van dat het werkbegrip geheel is geharmoniseerd. Zo gaan lidstaten anders om met het uitsluiten van werken. Er zijn bijvoorbeeld aanzienlijke verschillen wat betreft de status van overheidsinformatie. Vergelijk ons artikel 11 Auteurswet dat wetten, rechtspraak en administratieve besluiten uitsluit van bescherming³⁵ met het ruimere artikel 7 Oostenrijkse auteurswet, dat nog meer uitsluit.³⁶ Vanuit modelrechtelijk perspectief is dat niet zo relevant, maar anders is het voor de omgang met symbolen van de openbare macht. Zo sluit de Roemeense auteurswet van 1996 de bescherming van ‘officiële’ symbolen door het auteursrecht uit.³⁷ Denk daarbij aan emblemen op munten, vlagontwerpen, logo’s gebruikt om de openbare macht aan te duiden, etc. De Litouwse auteurswet kent ook een uitzondering voor overheidssymbolen,³⁸ net als o.a. de Poolse wet.³⁹ Door het ontbreken van een verwijzing naar auteursrecht van de lidstaten in de voorgestelde Uniemodellenverordening en richtlijnaanpassing, ontstaat er dus een lacune, en blijft er rechtsonzekerheid. Daar komt nog bij dat de Berner Conventie en het Unieverdrag van Parijs verdragsstaten ruimte geven om te bepalen hoe ze bescherming geven aan bijv. ‘official texts’, politieke voordrachten (art. 2(4), 2bis BC), en emblemen, vlaggen en officiële namen (wat betreft merkbescherming: art. 6quinquis, art. 6ter UvP). Dat vergroot de rechtsonzekerheid verder.

4. De groeiende macht van de EU op internationaal terrein

Ten tijde van de laatste aanpassingen van de Berner Conventie – de Stockholm Act van 1967 en de Paris Act van 1971 – bestond de EEG uit een handvol landen. Hoewel ook toen al de externe exclusieve bevoegdheid bestond om een gemeenschappelijke handelspolitiek te realiseren, had dit voor intellectuele eigendom nog nauwelijks betekenis. Op auteursrechtgebied was de aandacht vooral gericht op de interne markt: de verhouding tussen het vrij verkeer van

28 Dat rechters niet alleen uit de voeten kunnen met formele eigenschappen maar ook geregeld oordelen moeten vellen over ‘artistieke’ of esthetische waarde, leggen Stef van Gompel en Erlend Lavik uit in: ‘Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An Inquiry into EU Copyright Law’s Eschewal of Other Criteria than Originality’. *Revue Internationale du Droit d’Auteur* (RIDA), no. 236 (April 2013), pp. 100-295.

29 *Cofemel* r.o. 53-54.

30 *Kwantum/Vitra Collections*, r.o. 3.14

31 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad betreffende Gemeenschapsmodellen en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2246/2002 van de Commissie, COM 2022(666); Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de rechtsbescherming van modellen (herschikking), COM 2022(667).

32 Mireille van Eechoud, ‘Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work’, *JIPITEC* 3 (2012) 1, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0009-29-33226>.

33 Zie over de impact van *Cofemel* o.a. A. Tsoutsanis, ‘Bella Ciao – *Cofemel* and beyond: auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving’, *IER* 2021/4; *AMI* 2020/1, m.nt. M.R. de Zwaan.

34 HvJ EU, 11 juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461, NJ 2021/175, m.nt. Hugenholtz.

35 M. van Eechoud, ‘Government Works’, in: A. Quaedvlieg, D.J.G. Visser, P.B. Hugenholtz, *A century of Dutch copyright law*, Amsterdam: deLex, 2012.

36 Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz). StF: BGBl. Nr. 111/1936 (StR: 39/Gu. BT: 64/Ge S. 19.)

37 Laurence R. Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping an Evolving and Contested Relationship*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 30 January 2018) <<https://papers.ssrn.com/abstract=2832417>>.

38 <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/525112013002/consolide> (vertaald met Deepl.com)

39 Act of 4 February 1994 on Copyrights and Related Rights (consolidated text), *Journal of Laws of the Republic of Poland* of 2018, 2339.

goederen en de (territoriale) uitoefening van rechten, en op de verhouding tussen territoriale rechten en het beginsel van non-discriminatie van EEG-onderdanen.⁴⁰ Dat laatste maakte dat lidstaten reciprociteitsbepalingen uit internationale verdragen niet konden toepassen indien dat tot een achterstelling leidt van rechthebbenden uit andere EEG-landen. Het Hof van Justitie bepaalde dat in de *Phil Collins*-zaak in 1993.⁴¹

Ondertussen bleek in de jaren tachtig herziening van de honderdjarige verdragen op het gebied van auteursrecht en industriële eigendom een onmogelijke opgave. Aanpassing van de Berner Conventie vereist unanimiteit (art. 24 BC), hetgeen moeilijk is te bereiken met een steeds groter wordend aantal verdragspartijen. Het bereiken van overeenstemming over de modernisering van normen in een tijdperk waarin het intellectuele eigendomsrecht steeds verder aan (economisch) belang wint was sowieso lastig te realiseren. Andere nadelen van de BC waren dat het geen (effectieve) handhavingsbepalingen bevat en niet voorziet in geschillenbeslechting. Vandaar dat in de jaren 80-90 de ontwikkeling van het internationale IE recht verschoof naar de gremia voor internationale handel, met de TRIPs overeenkomst (1994) en de aansluiting van de EU en haar lidstaten bij de WHO als gevolg.⁴²

De Berner Conventie voorziet niet in de mogelijkheid voor organisaties als de EU om toe te treden. Maar via de verplichting van TRIPs om de normen van de Berner Conventie te respecteren, werd de EU dus (indirect) aan de Berner Conventie gebonden.⁴³ De bepalingen over reciprociteit uit de Berner Conventie op het gebied van toegepaste kunst en beschermingsduur zijn zo ook in TRIPs 'geïmporteerd'. Op het gebied van bepaalde naburige rechten staat TRIPs specifieke voorbehouden toe, waaronder die uit de Conventie van Rome ten aanzien van bijvoorbeeld bepaalde vormen van openbaarmaking van fonogrammen. Hiervoor geldt wel een notificatieplicht.⁴⁴ Voor het overige kunnen voorbehouden op de verplichtingen uit TRIPs enkel worden gemaakt met toestemming van alle verdragspartijen (art. 72 TRIPs), wat neerkomt op een de facto verbod.

Wat betreft het internationale regime voor de bescherming van vormgeving laat TRIPs staten veel ruimte. Artikel 25 verplicht tot het beschermen van 'industrial designs', maar schrijft niet voor of dat via een modelrecht of auteursrecht moet.⁴⁵ Het WCT formuleert bepaalde exploitatierechten en bevat specifieke bepalingen over databanken en software als werk; over toegepaste kunst bevat het geen aparte bepalingen. Ook het WCT verwijst door naar de Berner Conventie. Op grond van het WCT zijn partijen niet verplicht om industriële vormgeving via het auteursrecht te beschermen; doen ze dat wel (hetgeen dus het geval is in de EU) dan mag de reciprociteitsbepaling worden ingezet. Hoewel het WCT dateert uit 1996, vond ratificatie door de EU en lidstaten pas plaats op 14 december 2009, en werd het bindend per 14 maart 2010.

4.1 Een uitdijende externe bevoegdheid

Intellectuele eigendom heeft in de internationale handel gestaag aan belang gewonnen. En omdat de EU exclusief bevoegd is op het terrein van de gemeenschappelijke handelspolitiek, groeide de rol van het EU op het terrein van internationaal auteursrecht mee. Met het Verdrag van Lisbon (2009) werd intellectuele eigendom als onderdeel van gemeenschappelijke handelspolitiek expliciet benoemd. Het HvJ EU interpreteert de bevoegdheid ruim en rekent de bepalingen van de TRIPs overeenkomst tot de gemeenschappelijke handelspolitiek.⁴⁶

Een andere aanjager van externe bevoegdheid komt voort uit het uitoefenen van interne bevoegdheid. Doordat ook de interne harmonisatie van auteursrecht voortschreed, werd de EU ook op die grond steeds meer exclusief bevoegd in plaats van gedeeld bevoegd. Een belangrijke rol speelt hier van oudsher de AETR-doctrine: op terreinen waar de EU intern regelgevend optreedt, schept dat ook (exclusieve) externe bevoegdheid op het internationale vlak, zo bepaalde het Hof van Justitie reeds in 1971.⁴⁷ Met deze doctrine – sinds 2009 gecodificeerd in art. 3 VWEU⁴⁸ – breidde het Hof van Justitie de toenmalige internationale bevoegdheid van de EU aanzienlijk uit.⁴⁹ De interne bevoegdheid van de EU om auteursrecht te harmoniseren ter realisatie van de interne

40 M.M.M. van Eechoud et al, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, chapter 1.

41 Flynn, Joined Cases C-92/92 and C-326/92, *Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im-Und Export Verwaltungsgesellschaft mbH v. EMI Electrola GmbH*, Judgment of the Full Court of 20 October 1993, *Common Market Law Review* 1995 vol 32, p. 997-1011; Lesley Jane Smith, 'Rules of reciprocity and non-discrimination: national and international copyright in a European law framework', *European Law Review* 1994, 19(4), p. 405-412.

42 D.J. Gervais, *The TRIPs agreement: drafting history and analysis*. London: Sweet & Maxwell, 2021, para 1.1, 3.146 e.v.; over de periode van relatieve inactiviteit in WIPO verband: Jörg Reinbothe, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*. Oxford: Oxford University Press, 2015, para 1.01-1.07.

43 De normen van de Conventie van Rome zijn juist niet via TRIPs bindend voor partijen, TRIPs bevat zelf een opsomming van naburige rechten en verwijst slechts naar de aanknopings-

punten van de Conventie van Rome om te bepalen wie aanspraak op bescherming kan maken. Zie Jan Busche, Peter-Tobias Stoll, & Katrin Arend, *WTO - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Leiden: Brill 2009, p. 87-88.

44 Gervais 2021, para 3.224; Jan Busche et al. a.w. 2009.

45 Gervais 2021, para 3.372-74.

46 Hierover D. van Engelen, 'Daiichi: het Hof van Justitie als hoogste Europese IE-rechter', noot bij HvJ EU 18 juli 2013 (*Daiichi Sankyo en Sanofi-Aventis v DEMO*), AA 2017, p. 132 – 138, en H.M.H. Speyart, *IER* 2018 p.78-82.

47 HvJEG 31 maart 1971, 22/70, ECLI:EU:C:1971:32 (*AETR*, ook wel *ERTA*).

48 Zie Marcus Klamert, 'A Primer on Union Competences', in Marcus Klamert (ed.). *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014 voor een kritische bespreking van hoe de AETR doctrine gemankeerd is gecodificeerd.

49 Zeer kritisch hierover: Gerard Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

markt (art. 96 VWEU) brengt an sich al bevoegdheid mee om internationale overeenkomsten aan te gaan, maar die is in aanvang gedeeld met de lidstaten.⁵⁰ Voor delen van het auteursrecht waar harmonisatie al heeft plaatsgevonden, wordt die internationale (externe) bevoegdheid van de EU in feite exclusief, omdat lidstaten geen ruimte meer hebben om internationale verplichtingen aan te gaan die effect hebben op het geharmoniseerde recht.⁵¹

4.2 Een uitdijende EU en uitdijend internationaal auteursrecht

Welke impact heeft die uitdijende externe bevoegdheid van de EU? Waar de EU nieuwe verdragen sluit, is de situatie voor lidstaten niet zo complex. Doorgaans zijn zowel de EU als de lidstaten partij, en bevat het verdrag normen die ofwel al in het *acquis* bestonden, ofwel neemt de EU wetgeving aan om de bescherming van intellectuele eigendom op (minimaal) het hetzelfde niveau te brengen als de verdragsnormen. Overigens, bij de onderhandelingen rond toetreding van de EU tot WIPO begin jaren negentig wilden andere landen van de EU wel de verzekering dat de EU bevoegd was om lidstaten te binden op alle materie die door het WPPT en het WCT geregeld wordt. De EU legde daartoe uiteindelijk een verklaring af, maar gezien de beperkte staat van harmonisering van het Europese auteursrecht leek die verklaring niet geheel juist.⁵² Inmiddels is de harmonisatie zo ver voortgeschreden dat die bevoegdheid zeer ruim zoniet alomvattend is.

Lastiger ligt het met oudere verdragen en daarin opgenomen ruimte voor bijzondere regelingen en reciprociteitsvereisten. De oudste internationale verplichtingen, zoals die uit de Berner Conventie, dateren van voor de EEG überhaupt bestond, en bij latere verdragen zoals de Conventie van Rome waren veel landen partij voordat ze toetraden tot de EU. Ter illustratie: sinds het jaar van de Auteursrechtlijn, de meest harmoniserende richtlijn tot zover (2001), zijn er dertien nieuwe lidstaten bij gekomen. Ten tijde van de diplomatieke conferentie in 1996 waarop het WPPT en het WCT werden afgehamerd, had de EU nog niet de helft van de huidige 27 lidstaten. Zweden, Finland en Oostenrijk waren vlak voor de diplomatieke conferentie toegetreden (1995), maar het zou nog jaren duren voordat de EU uitbreidde tot de huidige samenstelling met daarin ook Cyprus, Hongarije, Letland, Estland, Litouwen, Malta, Polen, Slovenië, Slowakije, Tsjechië (allen 2004), Bulgarije en Kroatië (toegetreden 2014) en uiteindelijk ook Roemenië (2017). Zet dat af tegen de tijdlijn van harmonisatie, met de onzekerheid over hoe assertief het HvJ EU bepalingen uitlegt, en het is niet vreemd dat er hier en daar steken zijn gevallen.

In het geval RAAP was dat overigens wel een grote steek: het vergoedingsrecht waar het om ging staat al sinds 1993 in de Verhuurrichtlijn en deze is sindsdien herzien. Er zijn internationale verdragen over afgesloten (TRIPS, WPPT) en ook in meer bilateraal georiënteerde handelsverdragen zoals CETA⁵³ en het in de ijskast belande transatlantische TTIP⁵⁴ komt het vergoedingsrecht voor. In dat licht verbaast het toch wel dat er niet veel eerder een duidelijke lijn uit Brussel is gekomen over hoe om te gaan met reciprociteit door lidstaten. Nu kwam het HvJ EU aan zet, en zoals we zullen zien werpt de fundamenteelrechtelijke analyse die in RAAP/PPI een belangrijke rol speelde alleen maar meer vragen op.

5. Reciprociteit en het fundamentele recht op intellectuele eigendom

Er is al veel geschreven en gezegd – veelal in kritische zin – over wat is gaan heten de constitutionalisering van het auteursrecht (of van intellectuele eigendom in brede zin). Ook in dit blad. Hier beperk ik me tot de analyse die het HvJ EU in RAAP maakt van artikelen 17(2) en 52 Handvest, en hoe die zich wel of niet vertaalt naar de reciprociteitsbepaling van artikel 2(7) BC. Daarbij verbreed ik de blik eerst wel wat door ook enkele bespiegelingen te wijden aan de bescherming van auteursrecht door het EVRM, en internationale mensenrechten instrumenten.

5.1 De reikwijdte van artikel 17 Handvest en artikel 1 Eerste protocol EVRM

Artikel 17(2) Handvest is recht door zee én vaag: intellectuele eigendom is beschermd. De opname van intellectuele eigendom in de catalogus van het Handvest suggereert dat het op gelijke voet staat met andere rechten. Maar van oudsher is de status van auteursrecht als fundamenteel recht omstrede. Aanvankelijk werd intellectuele eigendom vooral gezien als een hindernis voor de realisatie van klassieke fundamentele rechten. In de context van het EVRM was eigendom sowieso een onderwerp waar de opstellers mee worstelden; er was veel discussie over de status en de precieze formulering van het recht. Niet verbazingwekkend dus dat eigendom geen plek kreeg in het verdrag zelf maar in het Eerste protocol, en dat de toegestane beperkingen ruimer zijn dan bij andere rechten.⁵⁵

Dat intellectuele eigendomsrechten niet van dezelfde categorie zijn als klassieke mensenrechten als het recht op leven, vrijheid van meningsuiting en vrijheid van religie, blijkt uit hoe ze geformuleerd zijn in internationale instru-

50 Voor een analyse van de bevoegdheid, zie A. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, Cham: Springer, 2018.

51 M.M.M. van Eechoud et al 2009, p. 18 e.v.

52 Ricketson/Ginsburg 2022, para 17.99.

53 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, PbEU 2017 L 11, p. 23-1079.

54 'Brussels Tells Scholz Not to Revive Ghost of TTIP', *POLITICO*, 2022 <<https://www.politico.eu/article/european-union-debate-how-to-avoid-transatlantic-trade-war/>>.

55 A. van Rijn, 'The right to property', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia, 2018, p. 864.

menten op het terrein van de mensenrechten.⁵⁶ Daar is de bescherming van auteurs sterk verweven met het recht van eenieder om te delen in het culturele leven en wetenschappelijke vooruitgang. Het is in die context dat de Universele Verklaring van de Rechten van de mens (1948), en in het voetspoor daarvan het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR, 1966)⁵⁷ aanspraken van auteurs erkennen. In het 'cultuurartikel' 27 van de Universele Verklaring heet het dat:

'1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.

2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.'

Artikel 15 IVESCR zet de bescherming van auteurs ook in die sleutel.⁵⁸ Overigens was er bij de totstandkoming van de Universele Verklaring veel discussie over de vraag of en hoe rechten van auteurs überhaupt een plaats moesten krijgen.⁵⁹

De culturele benadering van de internationale instrumenten contrasteert met die van het EVRM (1958) en Handvest, waar aansluiting met het recht op bescherming van eigendom is gezocht. Artikel 17 Handvest luidt in zijn geheel:

'1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist.

2. Intellectuele eigendom is beschermd.'

Het eerste lid van artikel 17 sluit aan bij Artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Dat spreekt van 'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions', en laat staten een ruime marge om beperkingen op te leggen, zo blijkt ook uit de rechtspraak.⁶⁰ Net als bij een beperking

op de uitingvrijheid, moet de beperking voorzien zijn bij wet, al drukt artikel 1 dit anders uit. Daarnaast moet de beperking in het algemeen belang zijn, maar in tegenstelling tot artikel 10 EVRM lijkt geen sprake te hoeven zijn van een 'pressing social need'.⁶¹ Grof gezegd trekt het EHRM traditioneel de grens bij maatregelen die 'manifestly without reasonable foundation' zijn.⁶² Proportionaliteit is wel een vereiste, maar ook hier is de marge voor staten ruim om te bepalen wat geschikte middelen zijn.⁶³

Pas in 2005 erkende het EHRM voor het eerst volmondig dat intellectuele eigendom onder het begrip 'eigendom' ('possessions' in de officiële Engelse tekst, wat dichterbij ligt bij de term 'bezit') van artikel 1 Protocol valt; de Europese Commissie voor de Mensenrechten had zich in de loop van de jaren negentig al vaker in die zin uitgesproken. Zelfs aanvragen van merken en andere registerrechten kunnen onder artikel 1 vallen, voorzover die te karakteriseren zijn als een gerechtvaardigde verwachting dat het effectief genot van een eigendomsrecht zal worden verkregen. In gevallen echter waarin op grond van het nationale recht niet duidelijk is of er een auteursrecht (of ander intellectueel eigendomsrecht) bestaat en wat daarvan de omvang is, is het aan de nationale rechter om die onzekerheden op te lossen. Pas als dat gebeurd kan het EHRM beoordelen of sprake is van een (ongerechtvaardigde) beperking.⁶⁴ Op het terrein van auteursrecht deed zich een dergelijk geval voor: de hoogste Roemeense rechter had bepaald dat een ontwerper van een embleem voor de Roemeense staat geen auteursrecht toekwam. Het ontwerp van officiële emblemen kan volgens de nationale rechter niet beschermd zijn als werk. Bovendien werkte de ontwerper in dienst van de staat en kon dus niet als auteur worden aangemerkt. Het EHRM achtte de klacht van de ontwerper wat betreft het beroep op artikel 1 Eerste Protocol niet-ontvankelijk.⁶⁵

5.2 Abstracte of concrete toetsing bij beroep op Artikel 17(2) Handvest?

Beperkingen op fundamentele rechten uit het Handvest dienen zoals gezegd te voldoen aan de maatstaf van arti-

56 Voor een uitgebreidere analyse, zie G.S. Ali, 'Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions', *IIC* (2020), 51 (4), p. 411-445.

57 Universal Declaration of Human Rights (New York 1948), *Trb.* 1966, 99; Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (New York 1966), *Trb.* 1969, 100.

58 Artikel 15 IVESCR luidt: '1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) To take part in cultural life; (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture. 3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity...'

59 L.R. Helfer, G.W. Austin, 'Creators' Rights as Human Rights and the Human Right of Property', in: *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge: Cambridge

University Press 2011, p. 178-179. Zie ook F.W. Grosheide, *Intellectual property and human rights: a paradox*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, voor een analyse van verschillende nationale benaderingen.

60 L. Helfer, 'The new innovation frontier revisited: intellectual property and the European Court of Human Rights', in: P. Torremans (ed.), *Intellectual property law and Human Rights*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2020, p. 51.

61 Over de vraag of art. 1 Eerste protocol wel of geen noodzakelijkheidsvereiste stelt (of een minder vergaande eis), wordt verschillend gedacht. P. van Dijk, et al. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2018 en M. Carss-Frisk 2003 menen van niet; anders: Aida Grgič et al. *The right to property under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe 2010.

62 M. Carss-Frisk, 2003, p. 27.

63 P. van Dijk, et al. 2018; M. Carss-Frisk 2003, p. 32-34.

64 Zie Helfer 2020, p. 41-79 voor een analyse van rechtspraak van het EHRM inzake intellectuele eigendom.

65 EHRM (Eerste Kamer) 26 mei 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0526 DECO05847200 (Dima v Roemenië).

kel 52(1) Handvest. Voorzover het rechten betreft die corresponderen met die in het EVRM, is er equivalentie wat betreft inhoud en reikwijdte (art. 52(2) Handvest), d.w.z. in principe 'volgt' het HvJ EU het EHRM. Bovendien moet de EU bestaande internationale instrumenten eerbiedigen, al mag wel een hoger beschermingsniveau worden geboden (art. 53 Handvest). In de academische literatuur wordt wel betoogd dat het hoogste beschermingsniveau in concrete gevallen telt. Maar tot nu toe blijkt het HvJ EU deze benadering nog niet te hebben gevolgd.⁶⁶ Een netelige vraag is dan natuurlijk ook wat er moet gebeuren bij conflicterende grondrechten: uitingsvrijheid en auteursrecht bijvoorbeeld. Hoogste bescherming voor wie? Maar dat is een ander verhaal.

In RAAP merkt het Hof het naburig recht op vergoeding uit de richtlijn zonder omhaal aan als een door artikel 17(2) Handvest beschermd intellectuele eigendomsrecht. Dat brengt mee dat lidstaten elk (rechts)persoon ongeacht herkomst dit recht moeten garanderen, zolang er niet door de EU bij wet anders wordt voorzien. De European Copyright Society (ECS) opperde dat voor de vraag of überhaupt sprake is van een door artikel 17(2) gedekt recht, een concrete toetsing beter is:⁶⁷ hebben onderdanen van niet-EU/EER landen ingevolge regels van het internationaal IE-recht geen aanspraak op bescherming, dan kan dus ook niet de bescherming van het Handvest worden ingeroepen.

De concrete maatstaf lijkt goed te passen in de benadering van het EHRM, die bij het bepalen van de vraag of sprake is van 'possessions' kijkt of sprake is van een 'legitimate expectation' dat het effectief genot van bezit wordt verkregen. Is er een duidelijke reciprociteitsbepaling zoals artikel 2(7) Berner Conventie, dan is er niet zo'n gerechtvaardigde verwachting.

In het geval van RAAP had de concrete maatstaf overigens geen verschil gemaakt. De Ierse uitsluiting van bescherming van uitvoerend kunstenaars uit derde landen was immers categorisch en daarom in strijd met zowel de verplichtingen van Ierland onder het WPPT, als met EU recht. Maar wat nu als de Ierse wet niet zo'n categorale uitsluiting had gekend, maar een specifiekere reciprociteitsbepaling (zoals de Nederlandse WNR)? Onder het WPPT bestaat dan geen aanspraak op bescherming in Ierland voor musici uit bijvoorbeeld de VS, omdat de VS een voorbehoud hebben gemaakt en daarvan notificatie hebben gedaan aan WIPO. Staten die van hun recht gebruik willen maken om vergoeding aan onderdanen van de VS te weigeren, zijn niet ver-

plicht om daarvan notificatie te doen. Dit recht op reciprociteit volgt al rechtstreeks uit artikel 4(2) WPPT. In RAAP lijkt het HvJ EU dit te miskennen.⁶⁸

Notificaties van voorbehouden zijn openbaar en via het web toegankelijk. Dus daar zit de pijn niet. Het Hof constateert dat het loutere bestaan van een voorbehoud, met notificatie, de rechtzoekende nog niet voldoende zekerheid geeft of de aanspraak beperkt is. Want, aldus het Hof, ook al maakt een partij een voorbehoud op grond van artikel 15(3) WPPT, dan nog kunnen andere staten de vergoedingsaanspraak gewoon honoreren. Reciprociteit mag, maar moet niet. Dat van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt zal dus inderdaad uit de (interne) wet moeten blijken. Een bepaling in de Ierse wet had in dit geval niet geholpen, omdat de vergoedingsaanspraak op EU niveau vastgelegd is in de Verhuurrichtlijn, en het dus de EU is die exclusief bevoegd is om te reikwijdte ervan te bepalen.

Wat nu als het HvJ EU uitgegaan was van een concrete maatstaf om te beoordelen of Amerikaanse artiesten met een beroep op artikel 17(2) Handvest aanspraak op vergoeding hadden? De uitkomst was dan niet anders geweest, vanwege het facultatieve karakter van de reciprociteitsbepaling in het WPPT. Voor de reciprociteitsbepaling van artikel 2(7) BC ligt dat anders, omdat die wel duidelijk voorschrijft dat als in het land van oorsprong geen auteursrecht beschikbaar is, ook in het aangezochte land geen bescherming via het auteursrecht wordt verleend. Tenzij staten van die reciprociteitseis hebben afgezien in hun wetgeving, wat mag op grond van artikel 19 BC. Maar dat is dus niet gebeurd.

Wat spreekt er voor een concrete maatstaf? Deze past beter bij de aard van het auteursrecht, dat net zo goed een instrument van cultuur- en handelspolitiek is als een erkenning van de materiële (en immateriële) belangen van auteurs. We hebben gezien dat de marge voor beperkingen op het intellectueel eigendomsrecht (als fundamenteel recht) ruim is. Het Hof zegt in RAAP uitdrukkelijk dat de noodzaak om een gelijk speelveld te bewaren voor deelname aan de (internationale) handel in muziek een doelstelling van algemeen belang is die een beperking van het vergoedingsrecht uit de Verhuurrichtlijn kan rechtvaardigen. Die gelijk-speelveld gedachte ligt ook (mede) ten grondslag aan de personele reikwijdte van bijvoorbeeld het sui generis databankenrecht, het volgrecht voor auteurs van kunstwerken⁶⁹ en het recht van uitgevers van perspublicaties.⁷⁰ Zo moeten lidstaten op grond van de Volgrechtrichtlijn

66 J. Gerards, 'Article 53 ECHR and Minimum Protection by the European Court of Human Rights', *European Convention on Human Rights Law Review* (2022), p. 451-480.

67 Comment of the European Copyright Society on the impact and consequences of the CJEU decision in C-265/19 (RAAP), 2022, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2022/05/comment-of-the-european-copyright-society-on-the-impact-and-consequences-of-the-cjeu-decision-in-c-265.19-raap-1.pdf>. Disclosure: ik maakte deel uit van de

drafting committee. Zie ook Rognstad 2021 (a.w. noot 4) en door hem aangehaalde auteurs die betogen dat artikel 17(2) Handvest alleen in beeld komt waar het positieve recht reeds een aanspraak op (auteursrechtelijke) bescherming geeft.

68 Rognstad 2021, a.w. (zie noot 4).

69 Richtlijn 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk, *PbEG* 2001, L272.

70 Hierover ook mijn noot bij RAAP, *Auteursrecht* 2021/2 nr. 1.

voor werken van buiten de EU/EER reciprociteit eisen. Daarvoor bevat de richtlijn complexe regels.⁷¹

De concrete benadering die de European Copyright Society voorstelt, voorkomt ook op andere gebieden dan RAAP de hoogst gekunstelde constructie dat eerst een recht als grondrecht wordt beschouwd, om bescherming vervolgens aan (rechts)personen van buiten Europa te onthouden. Vanuit het perspectief van het individu is dat toch de meest vergaande beperking denkbaar. Persoonlijk zie ik nog niet zo voor mij hoe dat op de vereiste duidelijke en nauwkeurige manier in een juridisch instrument neergelegd kan worden zonder afbreuk te doen aan de essentie van het recht (ook een vereiste). Hier wreekt zich de luiheid, of is het onvermogen (?), van de grondwetgever. Enkel zeggen 'intellectuele eigendom is beschermd' blijkt een recept voor rechtsonzekerheid.

6. Afrondende gedachten

Duidelijk mag inmiddels zijn dat op het gebied van internationaal auteursrecht, individuele lidstaten hun autonomie inmiddels vrijwel volledig kwijt zijn. De bal ligt al lang bij de Europese wetgever, maar die overziet blijkbaar niet altijd goed het speelveld. De ontwikkelingen van het Europese auteursrecht overziend, kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat er in alle complexiteit van uitdijende EU, uitdijend Europees auteursrecht en uitdijende internationale verdragen hier en daar wat problemen onder de radar zijn gebleven. Ik denk bijvoorbeeld dat het Hof ten tijde van Infopaq (2009) niet scherp had wat de impact zou zijn van de karakterisering van het 'werk' als autonoom en uniform uit te leggen concept. En ook dat de EU lidstaten niet voorzagen welke problemen de (zielloze) opname van intellectuele eigendom in het Handvest (ook 2009) zou veroorzaken.

Ook reageert de EU wetgever erg traag op onderwerpen waarvan al langere tijd duidelijk is dat een probleem bestaat: er ligt nu pas een voorstel voor aanpassing van de Modellenrichtlijn en Gemeenschapsmodelverordening waarin de expliciete macht van lidstaten verdwijnt om zelf de voorwaarden voor auteursrechtelijke bescherming van modellen te bepalen. Maar wat nou de impact is op het vraagstuk van (internationale) reciprociteit blijft dan weer onduidelijk. Of het een heel bewuste keuze is om daarover niks te zeggen, is niet te zien aan de voorgestelde tekst. Je kan dat op twee manieren lezen. Ofwel, het probleem staat niet op de radar, ofwel artikel 2(7) BC wordt niet als probleem ervaren. Maar wanneer zou het geen probleem zijn? Als het inderdaad dwingend reciprociteit voorschrijft, waaraan zowel de lidstaten als de EU (die laatste via de TRIPs schakelbepaling) gebonden zijn. Daarnaast moet artikel 2(7) vanuit de optiek van artikel 17(2) Handvest door de beugel kunnen. Daarvoor is onder meer vereist dat duidelijk is

welke toetsingsmaatstaf gehanteerd moet worden om te bepalen of het werk van toegepaste kunst in het land van oorsprong auteursrechtelijke bescherming geniet (concreet, semi-abstract, abstract)? Ik durf de stelling wel aan dat zeker over die twee laatste aspecten in de EU verschillend wordt gedacht.

Wat dat betreft is het welkom dat het Hof van Justitie zich over die vragen buigt. Maar liever zie ik een doordacht voorstel van de Europese Commissie dat het reciprociteitsregime expliciet regelt. Dat heeft natuurlijk alleen zin als gebruik wordt gemaakt van de ruimte die artikel 19 BC biedt voor meer bescherming. Dat zou kunnen in de vorm van het loslaten van de reciprociteitseis en te kiezen voor ruimhartige bescherming via het assimilatiebeginsel, of door juist te kiezen voor een minimalistische wederkerigheidseis middels het invoeren van een abstracte toetsingsmaatstaf.

Voor het overige zijn er niet veel relevante voorbeelden van situaties waarin nog problemen met reciprociteit kunnen ontstaan. Dat komt omdat de internationale verdragen weinig uitzonderingen toestaan op het assimilatiebeginsel, en omdat de EU dus voor specifieke rechten zoals het volgrecht en het sui generis databankrecht in de betreffende EU richtlijnen de aanspraken van partijen buiten de EU al heeft beperkt. Het sui generis databankenrecht valt sowieso buiten de multilaterale verdragen. Het volgrecht is facultatief in de Berner Conventie: als landen het al erkennen zijn ze vrij om reciprociteitseisen te stellen (art. 14ter BC). Overigens staat herziening van het volgrecht nog wel op de agenda van WIPO.

Reciprociteit bij toegepaste kunst lijkt voorlopig het laatste grotere vraagstuk waar duidelijkheid wenselijk is. Toch kan het geen kwaad als lidstaten een 'reciprociteitsscan' doen van hun intellectuele eigendomsrecht, om te bezien of er nog ergens gebruik is gemaakt van mogelijkheden die internationale verdragen bieden, en of dat in het licht van EU recht aanpassingen vraagt. Naar verluidt loopt er een studie vanuit de EC die in ieder geval de situatie rond de Conventie van Rome en het WPPT in kaart brengt. Dat is al wat.

Wat betreft de ruimte voor Nederland en andere lidstaten van de EU om eigen afwegingen te maken over het wel of niet hanteren van reciprociteitseisen: die is er dus eigenlijk niet meer. Voor zover er al duidelijke nationale belangen zijn, moeten die in het Brusselse lobbygeweld overeind zien te blijven. En in hoeverre überhaupt aanspraken op grond van het auteursrecht en naburige rechten ontzegd kunnen worden aan niet-EU/EER onderdanen, valt of staat dus uiteindelijk met de uitleg van de frase 'intellectuele eigendom is beschermd' in artikel 17(2) Handvest en de ruimte die artikel 52 Handvest biedt.

71 A. O'Dwyer, 'The Artists' Resale Right Directive 2001/84/EC: A means of targeted intervention for visual artists', *The Journal of world intellectual property* 2021, 24 (1-2), p. 3-27.