

De gevolgen van Brexit: auteursrecht of vis

Adam Rendle, Maria Luchian en Marijn Kingma¹

A.W. Rendle is advocaat te Londen (Taylor Wesseling). M. Luchian is associate te Londen (Taylor Wesseling). M.E. Kingma is advocaat te Amsterdam (Höcker Advocaten).

Het Verenigd Koninkrijk (VK) heeft op 31 januari 2020 de EU verlaten en verkeert in een overgangsperiode tot 1 januari 2021. Tijdens deze periode werkt het Unierecht door in het VK. Het VK en de EU zullen voor het einde van de overgangsperiode een *free trade agreement* (FTA)² moeten sluiten om een no deal Brexit te vermijden. De kansen op een deal lijken steeds kleiner te worden en op het gebied van auteursrecht stevent het VK hoe dan ook af op een harde Brexit. In deze bijdrage wordt besproken welke impact de Brexit zal hebben op het Britse auteursrechtregime.

Een disclaimer vooraf: iedere voorspelling over de Brexit is gedoemd te mislukken, en waarschijnlijk is deze bijdrage op het moment van publicatie alweer achterhaald. Wat wel met een grote mate van zekerheid voorspeld kan worden is dat, als er al een deal wordt gesloten en dus een FTA wordt bereikt, er daarin waarschijnlijk weinig geregeld zal zijn over auteursrecht. De focus van de Britse regering ligt tot dusver op zaken zoals immigratie, de kleur van de nieuwe Britse paspoorten (blauw), viswateren en het beëindigen van de jurisdictie van het Europese Hof van Justitie. Dat de Brexit vaak meer met emotie te maken heeft dan met economie, blijkt al uit het feit dat er door het Britse publiek en de politiek veel meer aandacht wordt besteed aan de toekomst van de Britse visserij dan aan het auteursrecht, dat aan de basis staat van de economisch en cultureel veel belangrijker media- en entertainmentindustrie.

De EU-wetgeving op het gebied van auteursrecht bouwt voort op internationale auteursrechtverdragen, dus moet worden gekeken naar die fundamentele die na de Brexit overblijven en wat er eventueel bovenop die fundamentele kan worden gebouwd. De grensoverschrijdende aspecten van het EU-recht op het gebied van auteursrecht, en de recente DSM-wetgeving, zullen niet worden gehandhaafd in een FTA. Voor auteursrechten zal er dus hoogstwaarschijnlijk een 'harde' vorm van Brexit zijn, waarbij niet veel meer dan

het internationale auteursrecht overblijft. In de komende jaren zal er in het VK worden gesproken over welke 'verbeteringen' op nationaal niveau kunnen worden aangebracht aan het Britse regime, in de uitoefening van de nieuwe soevereiniteit en de mogelijkheid om af te wijken van het regime in de EU. Aangezien het VK in de tussentijd zijn 'Global Britain' agenda uitvoert en free trade agreements probeert te sluiten met bijvoorbeeld de Verenigde Staten, lijkt het onwaarschijnlijk dat het VK dergelijke verbeteringen zal kunnen exporteren of internationaliseren. Het VK zal vaak de slechtste onderhandelingspositie hebben bij dergelijke deals en elke poging om er zinvolle auteursrechtbepalingen in op te nemen, zal waarschijnlijk worden opgeofferd ten gunste van politiek meer significante winsten. Als het bij de Brexit aankomt op vis of auteursrecht, krijgt vis waarschijnlijk de prioriteit.

Brexit Basics

Voordat in wordt gegaan op de mogelijke gevolgen van de Brexit voor het auteursrecht, eerst wat context in de vorm van 'Brexit Basics'.

Nadat het er lang op leek dat het VK afstevende op een 'no deal' Brexit, bereikten de EU en het VK op 17 oktober 2019 een akkoord over de voorwaarden waaronder het VK

¹ Een deel van dit artikel is gebaseerd op het eerder gepubliceerde artikel 'Brexit and the entertainment industry: after the UK's retreat from regionalism, how will its copyright system handle nationalism and globalisation?' van Adam Rendle. Dit artikel maakt deel uit van de online voorpublicatie van de 2020-2021 editie van het jaarlijkse boek van de International Association of Entertainment Lawyers (IAEL), met de titel *Nationalism vs globalism: regional and transnational legal*

issues reshaping the entertainment industry. Alle artikelen uit de voorpublicatie zijn te vinden op <https://www.iael.org/publications/27/>.
² De Britse overheid heeft uitgesloten dat er méér dan een FTA (zoals een douane-unie of deelname aan de EER) tot stand komt en streeft naar een FTA zoals is overeengekomen tussen het VK en Canada, zie persbericht van 8 januari 2020: <https://www.gov.uk/government/news/pm-meeting-with-eu-commission-president-ursula-von-der-leyen-8-january-2020>.

de EU zou verlaten. Dit akkoord betrof twee documenten: de Political Declaration,³ waarin in zeer brede bewoordingen de gewenste toekomstige relatie tussen het VK en de EU wordt beschreven, en de Withdrawal Agreement.⁴ De Withdrawal Agreement is op 1 februari 2020 in werking getreden en voorziet in een overgangperiode waarin EU-recht van toepassing blijft in het VK.

Het VK heeft uitvoering gegeven aan de Withdrawal Agreement in de EU Withdrawal Agreement Act 2020 (de EUWAA). Door de EUWAA werd de Brexit van kracht op 31 januari 2020 (om 23.00 uur Britse tijd), de exit day. In de EUWAA is bepaald dat het Unierecht van toepassing blijft in het VK tot de zogenoemde 'IP Completion Day' (geen afkorting van 'intellectual property', maar van 'implementation period'). De IP Completion Day is 31 december 2020 (om 23.00 uur Britse tijd).

Het Europese auteursrechtenregime⁵ blijft dus tijdens de overgangperiode van toepassing in het VK. De Withdrawal Agreement bevatte de mogelijkheid om de overgangperiode te verlengen tot uiterlijk 31 december 2022.⁶ Het gezamenlijke besluit om de overgangperiode te verlengen moest vóór 1 juli 2020 worden aangenomen. Het VK wilde echter geen verlenging, zelfs niet toen de onderhandelingen met de EU ernstige vertraging opliepen door de coronapandemie, wat betekent dat de IP Completion Day nu definitief op 31 december 2020 zal zijn.⁷

Dit betekent dat er nu nog twee mogelijke scenario's over zijn:

1. het VK slaagt erin om op tijd, dus uiterlijk voor de IP Completion Day, een FTA met de EU uit te onderhandelen (Michel Barnier, hoofdonderhandelaar namens de EU, heeft al gewaarschuwd dat hiervoor uiterlijk in oktober overeenstemming moet zijn bereikt⁸), of;
2. er wordt geen deal bereikt buiten de Withdrawal Agreement omdat de EU en het VK het niet eens worden over hun toekomstige relatie.

De eerste optie lijkt steeds minder haalbaar. Al voor de uitbraak van het coronavirus heeft Commissievoorzitter Ursula von der Leyen gewaarschuwd dat de overgangperiode erg krap is en dat de prioriteiten moeten liggen op de gebieden waarop geen internationale overeenkomsten bestaan om op terug te vallen.⁹ In juli heeft Michel Barnier gezegd dat een FTA er 'erg onwaarschijnlijk' uitziet en dat de 'tijd voor antwoorden snel opdraait'.¹⁰ Intussen hebben zowel het VK¹¹ als de Europese Commissie¹² hun eigen voorstellen voor een FTA gepubliceerd, en deze liggen nog ver uit elkaar op belangrijke kwesties.¹³ Net voor het afronden van deze bijdrage kwam de Britse regering met een wetsvoorstel dat in strijd is met de afspraken die zijn gemaakt in de Withdrawal Agreement over de status van Noord-Ierland, en lijkt een deal verder weg dan ooit.

Op het gebied van auteursrecht is een relatief harde Brexit hoe dan ook waarschijnlijk, nu een FTA als gezegd geen afspraken zal bevatten op een aantal belangrijke onderdelen van het EU-auteursrechtenregime. Tegen deze achtergrond wordt in dit artikel een analyse gegeven van de gevolgen van de Brexit.

Doorwerking van EU-recht in het VK, met een aantal uitzonderingen

De EUWAA zorgt ervoor dat het Unierecht zoals dat bestaat op de IP Completion Day (dus inclusief eventuele wijzigingen tussen nu en die datum) in de Britse wetgeving wordt overgenomen. De EU-wetgeving zoals deze op IP Completion Day geldt, blijft dus in het VK bestaan totdat het VK besluit hiervan af te wijken (zie verderop in dit artikel). Een aantal grensoverschrijdende onderdelen van het EU-recht op het gebied van het auteursrecht zullen echter geen effect meer hebben na de IP Completion Day; deze worden hieronder besproken.

Er staat vrijwel niets in de Withdrawal Agreement over auteursrecht.¹⁴ Volgens het Intellectual Property Office in het VK (het UKIPO) is dit ook niet nodig omdat er inter-

3 De Political Declaration is niet bindend, maar de Withdrawal Agreement verwijst er wel naar, zie bijv. art. 184 van de WA.

4 Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 2019/C 384 I/01.

5 Bestaande uit elf richtlijnen en twee verordeningen.

6 Art. 132 van de Withdrawal Agreement.

7 EU-UK Statement following the High Level Meeting on 15 June, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1067.

8 Press statement by Michel Barnier following Round 6 of the negotiations for a new partnership between the EU and the UK, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_1400.

9 Speech by President von der Leyen at the London School of Economics on 'Old friends, new beginnings: building another future for the EU-UK partnership', 8 januari 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ET/speech_20_3.

10 Zie voetnoot 8.

11 Draft working text for a comprehensive free trade agreement between the United Kingdom and the European Union,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/886010/DRAFT_UK-EU_Comprehensive_Free_Trade_Agreement.pdf.

12 UKTF (2020) 14, Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/200318-draft-agreement-gen.pdf>

13 Bijv. op het gebied van mededinging en staatssteun en de bestuursstructuur. Onderhandelaar namens het VK David Frost omschreef het EU-voorstel in een brief aan Michel Barnier als 'a relatively low-quality trade agreement', 'unbalanced, and unprecedented' en het handhavingmechanisme als 'not a provision any democratic country could sign', https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/886168/Letter_to_Michel_Barnier_19.05.20.pdf.

14 En ook niet in de 'European Commission's Questions and Answers on the United Kingdom's withdrawal from the European Union on 31 January 2020', https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_104.

nationale verdragen zijn die zorgen voor wederzijdse auteursrechtenbescherming.¹⁵ Er kan worden teruggevallen op bijvoorbeeld de WIPO-verdragen, het TRIPS-verdrag en de Berner Conventie (waarbij de EU formeel geen partij is, maar op grond van artikel 1 lid 4 van het WIPO-auteursrechtenverdrag is de EU wel verplicht de artikelen 1-21 en de bijlage toe te passen). Ook de Europese Commissie wijst erop dat kan worden teruggevallen op internationale verdragen na de IP Completion Day,¹⁶ bijvoorbeeld op het gebied van exclusieve rechten, beschermingsduur, verplichtingen rond technologische beschermingsmaatregelen en informatie over rechtenbeheer, computerprogramma's en handhaving van auteursrechten. Tegelijkertijd waarschuwt de Europese Commissie er terecht voor dat deze internationale overeenkomsten niet hetzelfde niveau van bescherming bieden als het EU-recht nu biedt. Het lijkt onwaarschijnlijk dat er tijd of politieke wil zal zijn om deze kloof in de komende onderhandelingen te overbruggen, aangezien de prioriteiten elders zullen liggen.

Er zijn in ieder geval een aantal grensoverschrijdende bepalingen binnen het EU recht niet meer van toepassing in het VK na de IP Completion Day.¹⁷ Dat geldt met name voor bepalingen van Unierecht die – met het oog op het vrije dienstenverkeer binnen de EU – gebaseerd zijn op het landvan-oorsprongbeginsel:

– *Satellietomroep* – Het landvan-oorsprongbeginsel uit de SatKab-richtlijn,¹⁸ dat inhoudt dat auteursrechtelijke toestemming voor het uitzenden via satelliet alleen nodig is in het land waar de eerste uitzending plaatsvindt (waar wordt geüpinkt naar de satelliet), zal niet meer van toepassing zijn op het VK. Dit betekent dat toestemming voor satellietuitzending in het VK niet meer automatisch voor de hele EU geldt na de IP Completion Day. In het VK gevestigde omroepen die grensoverschrijdende satellietomroepdiensten in de hele EU aanbieden zullen per EU-lidstaat waarin de uitzending kan worden ontvangen, moeten nagaan of zij de juiste toestemming hebben. Er moet dan steeds worden teruggevallen op de toepasselijke nationale wetgeving voor uitzendingen die afkomstig zijn uit een niet-EU-land (wat het VK straks ook is). Voor omroepen in de EU is de enige verandering dat zij niet langer gebruik kunnen maken van het landvan-oorsprongbeginsel voor ontvangst van hun uitzendingen in het VK.

- *Doorgifte via de kabel* – De SatKab-richtlijn bepaalt ook dat voor de doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit andere lidstaten de auteursrechten en naburige rechten alleen mogen worden uitgeoefend via collectieve beheerorganisaties (cbo's). Na de IP Completion Day is deze regel in de EU niet meer van toepassing op doorgifte van uitzendingen uit het VK, en andersom. Als gevolg hiervan kunnen rechthebbenden dergelijke doorgiften rechtstreeks in licentie geven en verbieden (tenzij de collectieve uitoefening van kabeldoorgifte los van het land van herkomst in de wet is geregeld – zoals in Nederland).
- *Grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten* – De drie jaar jonge Portabiliteitsverordening¹⁹ stelt abonnees van online diensten zoals Netflix in staat om toegang te krijgen tot hun abonnementen wanneer ze tijdelijk in een andere lidstaat dan hun woonplaats zijn. Vanaf de IP Completion Day zal een in het VK wonende abonnee niet langer automatisch profiteren van deze 'portabiliteit' van zijn digitale abonnementen wanneer hij door de EU reist. Aanbieders van deze diensten zullen toestemming van de rechthebbenden moeten verkrijgen om portabiliteit in de EU te kunnen blijven aanbieden. Omgekeerd is er geen verplichting voor aanbieders van online diensten om toegang te verlenen aan abonnees uit de EU die naar het VK reizen (extra vervelend als de 14-daagse quarantaineplicht in het VK volgend jaar nog steeds bestaat).
- *Collectief beheer* – De Richtlijn collectief beheer²⁰ verplicht cbo's om op verzoek rechthebbenden uit andere lidstaten te vertegenwoordigen (tenzij er objectief gerechtvaardigde redenen zijn om dit te weigeren) en om de rechten van cbo's uit andere lidstaten te vertegenwoordigen bij multiterritoriale licentieverlening op de onlinerechten van muziekwerken. Vanaf de IP Completion Day hoeven cbo's in de EU dat niet meer te doen voor rechthebbenden en cbo's uit het VK, maar het VK handhaaft eenzijdig de bestaande verplichtingen voor rechthebbenden en cbo's uit de EU.
- *Verweesde werken* – Op grond van de richtlijn verweesde werken²¹ mogen instellingen voor cultureel erfgoed (zoals bibliotheken, archieven en musea) die zijn gevestigd in de EU, verweesde werken digitaliseren en online beschikbaar maken in de EU. Een werk dat in een lidstaat als een ver-

15 'Intellectual property and the transition period', <https://www.gov.uk/government/news/intellectual-property-and-the-transition-period>.

16 European Commission's Notice to Stakeholders: 'Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the Field of Copyright', 23 juni 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/copyright_en_0.pdf.

17 Zie ook de UKIPO guidance: 'Changes to copyright law from 1 January 2021', <https://www.gov.uk/guidance/changes-to-copyright-law-after-the-transition-period>.

18 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.

19 Verordening (EU) 2017/1128 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 betreffende grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt.

20 Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt.

21 Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken.

weesd werk wordt beschouwd, wordt in alle lidstaten als zodanig beschouwd. Deze uitzondering, en de wederzijdse erkenning van verweesde werken, is straks niet meer van toepassing op instellingen die zijn gevestigd in het VK. Het VK heeft wel een eigen regeling voor verweesde werken geïntroduceerd, die enkel geldt voor openbaarmaking in het VK.²²

Een ander gevolg van de Brexit (niet op het gebied van het auteursrecht, maar wel relevant voor de media-industrie) is dat de Richtlijn audiovisuele mediadiensten²³ niet meer van toepassing is op het VK, waardoor ook het 'land-van-oorsprongbeginsel' uit die richtlijn niet meer geldt. Dat betekent dat Ofcom zijn positie verliest als one-stop-shop-toezicht- houder voor omroepen die in het VK zijn gevestigd en in de EU uitzenden. Internationale omroeporganisaties verhuizen om die reden naar het Europese vasteland om van daaruit in de EU uit te zenden; de BBC opent bijvoorbeeld een kantoor in Amsterdam. De door de Europese Commissie voorgestelde FTA bevat geen bepalingen over audiovisuele diensten. Sterker nog, in de onderhandelingsrichtsnoeren van de Raad worden audiovisuele diensten expliciet uitgesloten van het economische partnerschap met het VK. Ondanks dit duidelijke 'nee', hoopt het VK nog steeds dat audiovisuele diensten wel onderdeel kunnen worden van een FTA,²⁴ het voorstel van de Britten bevat dan ook een volledig hoofdstuk hierover (hoofdstuk 16 van het voorstel).

Ten slotte zal de Brexit gevolgen hebben voor de uitputting van intellectuele eigendomsrechten. De Withdrawal Agreement zegt hier wel iets over: als rechten zijn uitgeput in de lidstaten van de EU en het VK voor de IP Completion Day, zal dit zo blijven.²⁵ Maar na de IP Completion Day is het voor uitputting in de EU niet langer relevant of er in het VK een eerste verkoop plaatsvindt; voor het importeren en verder distribueren van het betreffende exemplaar in de EU is dan opnieuw toestemming van de rechthebbende nodig.²⁶ Het VK heeft een eenzijdige uitputtingsregel geïntroduceerd: het VK beschouwt het auteursrecht op werken die in de EU in het verkeer zijn gebracht met toestemming van de rechthebbende als uitgeput, zodat ze vrij kunnen worden verhandeld in het VK.²⁷ De EU heeft niet zo een regel geïntroduceerd, dus uitputting in het VK is niet relevant voor de EU.²⁸

Mogelijke verdere afwijking van het EU-recht in het VK

Er is geen aanwijzing dat de grensoverschrijdende regimes zoals hierboven beschreven zullen worden behouden in een FTA. Op het gebied van auteursrecht zal dus hoogstwaarschijnlijk een relatief 'harde' Brexit plaatsvinden. Het VK heeft vervolgens de mogelijkheid zijn auteursrechtregime zelf verder te ontwikkelen, en daarbij af te wijken van de EU.

Het voorstel van het VK voor een FTA bevat een aantal interessante aanwijzingen voor de mogelijke ontwikkeling van het Britse beleid op het gebied van auteursrechten in de komende jaren. Het is een eerste inkijk in de mogelijke auteursrechten-agenda van de Britse regering en wijst erop dat de slogan 'take back control' ook voor het auteursrecht zal gaan gelden. Als de voorgestelde FTA een aanwijzing is voor de plannen van de Britse overheid op het gebied van auteursrecht, kunnen er mogelijk materiële veranderingen aankomen, bijvoorbeeld voor de duur van het auteursrecht, schadevergoeding, excepties, nieuwe categorieën werken en safe harbours.

- *Duur van het auteursrecht* – Er staat niets in de door het VK voorgestelde FTA over de duur van het auteursrecht. Het VK zou de beschermingsduur voor auteurs van muziekwerken kunnen verkorten door de beschermingsduur voor muziek en tekst van elkaar los te koppelen. In de EU zijn muziekwerken beschermd tot zeventig jaar na de dood van de langstlevende auteur. In de VK was dit voor de implementatie van de Duurrichtlijn²⁹ in 2011 gescheiden en verliep het auteursrecht op de compositie los van het auteursrecht op de tekst. Het is goed mogelijk dat het VK terugkeert naar dit regime.
- *Excepties* – Zowel in de door de EU voorgestelde FTA als in het voorstel van het VK is geen lijst met excepties opgenomen. Het enige dat over uitzonderingen is bepaald, is dat deze moeten voldoen aan de driestappentoets. Dit kan het VK in staat stellen om een *fair use* benadering van uitzonderingen in te voeren. David Cameron heeft dit idee al eens onderschreven in 2010 tijdens wat later zijn 'Googlesburg address' genoemd zou worden³⁰ (waarmee hij het startschot gaf van het onderzoek door de Commissie Hargreaves naar een moderner auteursrecht).³¹

22 Zie de UKIPO guidance: 'Orphan works and cultural heritage institutions: copyright from 1 January 2021': <https://www.gov.uk/guidance/copyright-orphan-works>.

23 Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten.

24 Zie bijv. 'The Future Relationship with the EU: The UK's Approach to Negotiations', Chapter 15, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf.

25 Zie Part III, Title IV, art. 58 en 61 van de WA, beide artikelen treden in werking aan het einde van de overgangperiode op grond van art. 185 van de WA.

26 Zie ook UKIPO guidance, 'Exhaustion of IP Rights and parallel trade from 1 January 2021 Guidance', <https://www.gov.uk/guidance/exhaustion-of-ip-rights-and-parallel-trade-after-the-transition-period>.

27 The Intellectual Property (Exhaustion of Rights) (EU Exit) Regulations 2019, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/265/part/2/made>.

28 Notice to Stakeholders on Exhaustion of Intellectual Property Rights, 25 June 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brexit_files/info_site/exhaustion-ip-rights_en.pdf.

29 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.

30 <https://www.bbc.com/news/uk-politics-11695416>.

31 Prof. Ian Hargreaves, 'Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth', mei 2011.

Het ontbreken van een gesloten stelsel van excepties geeft het VK ook de mogelijkheid om nieuwe excepties te introduceren op bijvoorbeeld technologisch, cultureel of educatief gebied.

- *Schadevergoeding* – De door de EU voorgestelde FTA is gebaseerd op de Handhavingsrichtlijn. Er is bijvoorbeeld in opgenomen dat schadevergoeding passend moet zijn, en dat bij de toekenning van schadevergoeding rekening gehouden moet worden met alle aspecten, waaronder ongerechtvaardigde winsten van de inbreukmaker en morele schade geleden door de rechthebbende. Het voorstel van het VK is echter met name gericht op compensatie van daadwerkelijke schade en vermeldt geen morele schade of winstafdracht. Het voorstel noemt ook niet de mogelijkheid om de schade vast te stellen op een forfaitair bedrag, zoals in de Handhavingsrichtlijn wel is opgenomen. Het VK zou hiermee kunnen terugkeren naar de meer ‘traditionele’ vorm van vergoeding van daadwerkelijk geleden schade, die minder gunstig is voor rechthebbenden.
- *Nieuwe categorieën werken* – Noch het voorstel van het VK, noch het EU-voorstel bevat een omschrijving of beperking van de voortbrengselen die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Dit zou het VK in staat kunnen stellen om bescherming te bieden aan nieuwe soorten werken, zoals werken die tot stand komen door kunstmatige intelligentie. Het VK kent al een specifieke bepaling voor ‘computer generated works’, waarin is bepaald dat de auteur van een dergelijk werk degene is ‘by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken’.³² De Britse wet lijkt daarmee al ruimte te bieden voor de bescherming van werken die door computers of robots tot stand zijn gekomen, en de Brexit zou tot gevolg kunnen hebben dat ook voortbrengselen die niet kunnen worden gezien als een ‘eigen schepping van de maker’³³ voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.
- *Safe harbour* – Geen van de twee voorgestelde FTA’s bevat een bepaling over de vrijstelling van aansprakelijkheid voor tussenpersonen. In de voorstellen staat bijvoorbeeld geen equivalent van de hosting-exceptie uit de e-Commercerichtlijn.³⁴ De Britse overheid zou daarom kunnen heroverwegen of het huidige safe harbour regime wel de juiste balans tussen rechthebbenden, tussenpersonen en

gebruikers biedt. Er zijn al een aantal initiatieven op dit gebied; de Britse overheid heeft bijvoorbeeld beleid gepubliceerd waaruit het voornemen blijkt zorgplichten op te leggen aan tussenpersonen om ‘online harms’ tegen te gaan.³⁵

In de door het VK voorgestelde FTA staat ook een aantal potentiële omissies. Het voorstel van het VK bevat bijvoorbeeld geen commercieel verhuurrecht voor auteurs, maar wel voor uitvoerende kunstenaars en platenproducenten (het voorstel van de EU volgt de Verhuurrichtlijn en noemt wel alle drie de categorieën van rechthebbenden). Het voorstel van het VK verwijst verder niet naar de duur van het auteursrecht voor gezamenlijke werken (terwijl de Berner Conventie voorschrijft dat deze termijn begint te lopen na de dood van de langstlevende auteur).

Een onderdeel van het auteursrechtelijke regime waarop de wetgeving binnen het VK kan gaan afwijken van de EU, zal al snel na de IP Completion Day gaan spelen: de DSM-richtlijn³⁶ moet uiterlijk op 7 juni 2021 door lidstaten zijn overgezet in nationaal recht.³⁷ Dit is na de IP Completion Day, en daarmee zal de DSM-richtlijn niet door de EUWAA in Brits recht worden omgezet.

Op 21 januari 2020 heeft de Britse Minister of State for Universities, Science, Research and Innovation verklaard dat het VK geen plannen heeft om de DSM-richtlijn te implementeren en dat ‘[a]ny future changes to the UK copyright framework will be considered as part of the usual domestic policy process’.³⁸ Dat betekent dus dat de Britten, die vlak voor de Brexit nog vóór de DSM-richtlijn hebben gestemd en daarmee de doorslaggevende factor waren, de rest van de EU achterlaten met een erfenis waar ze zelf niets van moeten weten.

De DSM-richtlijn maakt dan ook geen deel uit van de door het VK voorgestelde FTA. Zoals opgemerkt, bevat geen van de voorgestelde FTA’s een lijst met excepties, en dus maken ook de door de DSM-richtlijn geïntroduceerde nieuwe excepties daar geen deel van uit. De voorgestelde FTA’s zwijgen als gezegd ook over safe harbour vrijstellingen, en dat betekent dat ook het veelbesproken artikel 17 geen onderdeel zal uitmaken van een FTA tussen het VK en de EU. Dit geldt ook voor de nieuwe bescherming van perspublicaties van artikel 15 van de DSM-richtlijn.

32 Section 9(3) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

33 Zie art. 1 lid 3 van Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s.

34 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

35 Zie het ‘Online Harms White Paper’ van 12 februari 2020, <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper>

36 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG.

37 Art.29 DSM-richtlijn.

38 Department for Business, Energy and Industrial Strategy, Copyright: EU Action: Written question – 4371, <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-question/Commons/2020-01-16/4371>.

Het zal moeten worden afgewacht of het VK onderdelen van de DSM-richtlijn alsnog zal introduceren in zijn nationale recht. Het is voor de voorstanders van de richtlijn geen goed teken dat Boris Johnson de richtlijn eerder *'terrible for the internet'* noemde. De Britse muziekindustrie heeft de overheid verzocht de DSM-richtlijn toch geheel over te nemen.³⁹ Deze lobby lijkt iets te hebben geholpen. De minister erkende dat '[t]he UK copyright framework must provide fair rewards for creators in the online ecosystem',⁴⁰ maar dit is zeker geen harde toezegging. Het is goed mogelijk dat de Britse regering even afwacht en eerst wil zien hoe de implementatie van de richtlijn in de EU verloopt. Een dergelijke benadering is bijvoorbeeld ook voorgesteld door Canada's House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology met betrekking tot artikel 17.⁴¹

Het VK zou verder van het EU-recht kunnen afwijken door uitspraken van het Europese Hof van Justitie terug te draaien. In de EUWAA⁴² is opgenomen dat iedere rechtbank kan afwijken van Hof van Justitie-uitspraken als een minister daartoe het mandaat verleent vóór de IP Completion Day. Het is nog niet duidelijk of dit daadwerkelijk zal gebeuren, maar de minister zal daarvoor wel moeten overleggen met de president van het Britse Hooggerechtshof en de Lord Chief Justice of England and Wales (wat enige geruststelling biedt dat de gevolgen van een dergelijk mandaat goed worden overwogen). Daarnaast kan de overheid natuurlijk na de IP Completion Day bij wet afwijken van de jurisprudentie

van het Hof van Justitie. Dit zou geen grote verrassing zijn, aangezien de Britse overheid herhaaldelijk heeft gezegd dat ze in de toekomst geen enkele vorm van afstemming met beslissingen van het Hof van Justitie wil. Om een voorbeeld te geven: het VK zal waarschijnlijk willen afwijken van de recente beslissing van het Hof in *Cofemel*,⁴³ die indruist tegen Britse wetgeving die auteursrechtelijke bescherming op meer functionele ontwerpen uitsluit. Het is ook goed mogelijk dat het VK een einde zal willen maken aan het debat over het vereiste voor auteursrechtelijke bescherming gevoerd in onder meer *Infopaq*,⁴⁴ *Painer*⁴⁵ en *Cofemel*. Of het een goed idee is om van de jurisprudentie van het Hof af te wijken is een andere vraag, maar het VK heeft in ieder geval deze optie na de IP Completion Day (zolang het VK geen internationale verdragen schendt).

De toekomst voor auteursrechthebbers na de Brexit?

Zowel auteursrechthebbers als gebruikers zullen, zeker op korte termijn, slechter af zijn na de Brexit. Het VK zal worden uitgesloten van de digitale eengemaakte markt, die zich verder zal ontwikkelen zonder de Britten. Maar dit was de beslissing van het VK, en zoals Von der Leyen zei, 'with every decision comes a trade-off'.⁴⁶ De tijd zal leren hoe significant deze trade-off zal zijn op de langere termijn en of auteursrechten in het VK uiteindelijk toch belangrijker zullen worden dan vis.

39 Zie bijv. de brief van UK Music van 24 januari 2020, <https://www.ukmusic.org/assets/general/Jan2020CopyrightDirective.pdf>.

40 Zie <https://completeupdate.com/article/uk-music-welcomes-governments-albeit-loose-commitments-on-copyright-reform/>.

41 Standing Committee on Industry, Science and Technology, 'Statutory Review of the Copyright Act', juni 2019, p. 83, <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/INDU/Reports/RP10537003/indurp16/indurp16-e.pdf>

42 Section 26 EUWAA.

43 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17.

44 HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08.

45 HvJ EU 7 maart 2013, C-145/10.

46 Zie voetnoot 9.