

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht (ICER)**

Aan:
de Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
14 november 2001

Doorkiesnummer
070-3486565

Onderwerp
Advies implementatie van de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij

Inleiding

Bij brief van 28 mei 2001 (zie bijlage 2) heeft u aan de ICER advies gevraagd over de mogelijke gevolgen voor het vrij verkeer van goederen en diensten van de implementatie van Richtlijn 2001/29 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, alsmede over de verhouding tussen deze richtlijn en de richtlijn elektronische handel. Bijgaand treft u het advies aan.

Het voorliggende advies is opgesteld op basis van een rapport geschreven door een ad-hoc werkgroep van de ICER (voor samenstelling, zie bijlage 3). Het rapport treft u aan als bijlage 1 bij dit advies.

De richtlijn

Richtlijn 2001/29 bestrijkt het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij. De richtlijn beoogt een tweetal doelen. In de eerste plaats gaat het om harmonisatie van belangrijke delen van deze rechten. Dit betreft onder meer economische exploitatierechten, beperkingen en restricties daarop ten behoeve van in de richtlijn limitatief opgesomde categorieën van begunstigden passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen.

In de tweede plaats heeft de richtlijn tot doel om toetreding door de Gemeenschap mogelijk te maken tot het WIPO verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen.

De gestelde vragen

In bovengenoemde brief zijn de ICER de volgende drie vragen gesteld:

- A) *moet worden uitgegaan van het algemene beginsel dat eenmaal in een lidstaat rechtmatig in het vrije verkeer gebrachte goederen (artt. 28 en 29 EG) en/of diensten (art. 49 EG) vervolgens onbelemmerd en vrij binnen de interne markt kunnen circuleren? Het gaat daarbij overigens niet uitsluitend om binnen de Unie geproduceerde goederen en/of diensten, maar ook om van elders afkomstige producten die overeenkomstig artikel 24 EG in het vrije verkeer zijn gebracht;*
- B) *of houden lidstaten, gelet op de mate van harmonisatie die met artikel 6, lid 4, van de richtlijn wordt beoogd, (nog) de vrijheid om maatregelen in het kader van het algemeen belang te nemen, die het intracommunautaire handelsverkeer kunnen belemmeren? Hier rijst met name de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, lidstaten na afloop van de implementatietermijn nog een beroep kunnen doen op artikel 30 en/of de artikelen 55 juncto 46 EG dan wel op de zogenaamde "algemeen belang-doctrine", op grond waarvan non-discriminatoire belemmeringen van het vrij verkeer binnen de EG kunnen worden gerechtvaardigd als deze zijn ingegeven door dwingende overwegingen van algemeen belang;*
- C) *voor zover Internet het distributiemedium is, rijst -in het verlengde hiervan- de vraag naar de implicaties van Richtlijn nr. 2000/31 van 8 juni 2000 inzake -kort gezegd- de elektronische handel binnen de EG (Pb EG 2000, L 178/1); artikel 3, lid 4, van deze Richtlijn laat de mogelijkheid open om handelsbelemmerende maatregelen te treffen. Kan daarop in de onder b) genoemde omstandigheden een beroep worden gedaan? En sluit artikel 3, lid 4, van de richtlijn inzake elektronische handel, gelet op de beoogde vorm van harmonisatie, een beroep op de hiervoor genoemde 'algemeen belang-doctrine' wel of niet uit?*

Werkwijze

Voor de adviesaanvraag van de minister van Justitie zijn met name de artikelen 5 en 6 van de richtlijn van belang. Artikel 5 bevat een regeling van de beperkingen en restricties op de exclusieve exploitatierechten. Artikel 6 houdt in dat de bescherming waarop rechthebbenden van auteursrechten en naburige rechten aanspraak kunnen maken, niet omzeild mag worden en dat tegen deze omzeiling een "passende rechtsbescherming" dient te worden geboden: lidstaten moeten dit verbod 'bevorderen' door het instellen van een doelmatige rechtsbescherming tegen het gebruik van omzeilingsmiddelen. Lidstaten moeten echter wel "passende maatregelen" nemen om ervoor te zorgen dat de begunstigden van de beperkingen op de uitsluitende rechten van gebruik kunnen blijven maken.

De vragen van de minister van Justitie zijn in hoofdzaak gericht op dit artikel 6, vierde lid, Richtlijn 2001/29. Dit artikel geeft geen uitsluitsel welke de "passende maatregelen" concreet kunnen zijn. Als deze maatregelen tussen de lidstaten uiteenlopen kan een strijd met het vrij verkeer van goederen en/of diensten ontstaan.

Bedoeling van de richtlijn is gelet op de rechtsgrondslag – met name artikel 95 EG - om op het terrein van het auteursrecht in de informatiemaatschappij de interne markt dichter bij te brengen door middel van harmonisatie van nationale rechtsstelsels. De richtlijn geeft echter de mogelijkheid voor lidstaten tot afwijkende rechtsregimes te komen door hun een zekere mate van keuzevrijheid te geven bij het opnemen van beperkingen op het auteursrecht in de nationale wetgeving. De ICER constateert dat hierdoor met de richtlijn slechts een beperkte mate van harmonisatie wordt bereikt, en dat als gevolg van deze keuzevrijheid zoals hierna nog zal blijken, handelsbelemmeringen kunnen optreden die op grond van artikelen 30 en 55 jo. 45 en 46 EG, of op grond van de ‘*rule of reason*’ te rechtvaardigen zijn.

Tevens constateert de ICER dat verschillende interpretaties mogelijk zijn ten aanzien van de omvang van het begrip bescherming van de industriële en commerciële eigendom in artikel 30 EG. Uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie kan mogelijk worden afgeleid dat ook maatregelen met onderscheid in het kader van de ‘algemeen belang’-doctrine aanvaardbaar kunnen zijn. Dit heeft gevolgen voor het antwoord op de vraag of een maatregel onderscheid mag maken naar de herkomst van goederen (zoals mogelijk is op grond van artikel 30 EG) of dat die maatregel zonder onderscheid van toepassing moet zijn op ingevoerde en nationaal geproduceerde goederen (zoals vereist voor maatregelen op grond van de ‘algemeen belang’-doctrine). Onduidelijk is echter hoe ver deze jurisprudentie reikt.

Om inzicht te bieden welke gevolgen het uiteenlopen tussen lidstaten van "passende maatregelen" voor het vrij verkeer van goederen en diensten heeft, heeft de ICER op basis van een viertal situaties acht casusposities onderscheiden. Daarbij is het materiaal voor deze casusposities ontleend aan de voorbeelden die zijn omschreven in de achtergrondnotitie van uw ministerie. Voor een uitvoerigere beschrijving van de verschillende casusposities en een uitgebreide analyse daarvan verwijst de ICER naar hoofdstuk 4 van het rapport van eerdergenoemde werkgroep, i.c. de punten 67 t/m 110.

Situatie 1

Lidstaat A schrijft voor dat ten behoeve van bijvoorbeeld bibliotheken een papieren versie van op een CD-ROM opgeslagen informatie beschikbaar moet zijn. Lidstaat B schrijft dat niet voor, zodat er niets geldt terzake van op de markt brengen in papieren vorm.

De ICER heeft met betrekking tot de eerste situatie twee casusposities onderscheiden. Een papieren drager wordt uit lidstaat A (waar verplicht) ingevoerd in lidstaat B (waar ongeregeld) (situatie 1a) en een papieren drager wordt uit lidstaat B (waar ongeregeld) ingevoerd in lidstaat A (waar verplicht) (situatie 1b).

Met betrekking tot situatie 1a is de ICER van mening dat wanneer een lidstaat als “passende maatregel” in de zin van artikel 6, vierde lid, heeft voorgeschreven dat een papieren versie van een op CD-ROM uitgebracht werk beschikbaar moet zijn ten behoeve van de begunstigen van een beperking (beperkte auteursrechtelijke bescherming) en deze papieren versie wordt ingevoerd in een lidstaat waar dit ongeregeld is gelaten

(bescherming van het recht van de auteur is ruimer), de rechthebbende zich op grond van zijn in Richtlijn 2001/29 neergelegde uitsluitend *distributierecht* in laatstgenoemde lidstaat kan verzetten tegen de invoer en verhandeling.

In de omgekeerde situatie (1b), waarbij een papieren versie vrijwillig in een lidstaat in het verkeer is gebracht en vervolgens wordt ingevoerd in een lidstaat waar is voorgeschreven dat een dergelijk exemplaar beschikbaar moet zijn, is er volgens de ICER geen mogelijkheid voor de rechthebbende om zich te verzetten tegen de invoer, tenzij in de lidstaat van invoer slechts sprake is van beschikbaarstelling aan een beperkte groep begunstigden.

Onderkend moet worden dat in deze situatie, gelet op het feit dat gedwongen beschikbaarstelling de rechthebbende meer mogelijkheden geeft zich te verzetten tegen invoer en verhandeling in andere lidstaten, weinig *incentive* zal bestaan voor de rechthebbende om mee te werken aan vrijwillige afspraken met begunstigden van een beperking.

Situatie 2

Lidstaat A schrijft voor dat een CD waarop een werk en ander beschermd materiaal is geregistreerd t.b.v. begunstigden van een beperking op het auteursrecht, eenmaal kopieerbaar moet zijn. Lidstaat B heeft een dergelijke verplichting niet opgelegd, zodat de situatie aldaar ongeregeld is gelaten.

De ICER heeft eveneens met betrekking tot de tweede situatie twee casusposities onderscheiden. Een kopieerbare CD wordt ingevoerd in lidstaat B die niet voorziet in kopieerbaarheid (situatie 2a) en een niet-kopieerbare CD (uit lidstaat B) wordt ingevoerd in lidstaat A (waar kopieerbaarheid verplicht is) (situatie 2b).

In situatie 2a, te weten dat een kopieerbare CD wordt ingevoerd uit een lidstaat waar beperkingen op het auteursrecht zijn aangebracht in een lidstaat waar de wetgeving de rechthebbende een ruimere bescherming biedt (geen beperkingen), kan deze zich zonder in strijd te komen met artikel 28 EG op basis van zijn uitsluitend reproductierecht verzetten tegen de invoer en verhandeling. Heeft de rechthebbende daarentegen zelf kopieerbare CD's in omloop gebracht of daartoe toestemming gegeven, dan is geen verzet mogelijk, omdat daarmee zijn uitsluitende distributierecht is uitgeput.

Nationale maatregelen die erop gericht zijn uit andere lidstaten ingevoerde niet-kopieerbare CD's van de markt te weren (situatie 2b), omdat zij niet voldoen aan nationale regelgeving die erop gericht is begunstigden van een beperking in staat te stellen daarvan gebruik te maken, treffen het handelsverkeer op disproportionele wijze en kunnen daarom noch op grond van artikel 30 EG, noch op grond van de "rule of reason" worden gerechtvaardigd. Hierbij is sprake van disproportionaliteit omdat een minder vergaande maatregel – namelijk die van etikettering - als toereikend moet worden beschouwd ter behartiging van het gebruikersbelang.

Situatie 3

Lidstaat A bepaalt, voor het geval producenten en rechthebbenden geen overeenstemming daarover kunnen bereiken, dat DVD-spelers geschikt moeten zijn om tenminste eenmaal een kopie voor privé-gebruik te maken. In lidstaat B geldt een verbod voor dergelijke apparatuur.

De ICER onderscheidt met betrekking tot deze situatie ook weer twee casusposities. Een DVD-speler uit lidstaat A die wel geschikt is voor kopiëren, wordt ingevoerd in lidstaat B waar er een verbod geldt voor dergelijke apparaten (situatie 3a) en een DVD-speler uit lidstaat B die niet geschikt is voor kopiëren, wordt ingevoerd in lidstaat A waar de regel geldt dat deze apparaten wel moeten kunnen kopiëren (situatie 3b).

In beide situaties is door de ICER geconcludeerd dat een absoluut verbod op de invoer en verhandeling van DVD-spelers met kopieerfaciliteit als disproportioneel middel niet kan worden gerechtvaardigd.

Situatie 4

Lidstaat A staat verhandeling van software toe die versleutelde informatie kan omzetten in braille. Lidstaat B staat de verhandeling van dergelijke software niet toe. Ervan uitgaande dat de betrokken software via het internet wordt aangeboden, zijn in dit geval andere regels van gemeenschapsrecht van toepassing, namelijk de regels inzake het vrij verkeer van diensten.

Ook met betrekking tot de vierde situatie onderscheidt de ICER twee casusposities. Software die het mogelijk maakt versleutelde informatie om te zetten in braille wordt on-line aangeboden vanuit lidstaat A (alwaar dit is toegestaan) aan een afnemer in lidstaat B (alwaar dit niet is toegestaan) (situatie 4a) en de omgekeerde situatie waarbij ontsleutelingssoftware uit lidstaat B (waar zulks niet is toegestaan) on-line wordt aangeboden in lidstaat A (waar zulks wel is toegestaan) (situatie 4b). Laatstgenoemde situatie is niet realistisch en zou bovendien ook niet leiden tot enige handelsbelemmering.

Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht kunnen naar de mening van de ICER maatregelen tegen het aanbieden en het exploiteren van software die indruist tegen de door het nationaal recht geboden auteursrechtelijke bescherming, die zelf in overeenstemming is met een communautaire richtlijn, worden gerechtvaardigd.

Beantwoording van de gestelde vragen A en B

De hiervoor gestelde vraag A moet naar de mening van de ICER ontkennend worden beantwoord, terwijl de eerder genoemde vraag B juist een bevestigend antwoord verdient. Immers, uit de beschreven casusposities en de analyse daarvan kan worden afgeleid dat als gevolg van een divergerende implementatie van de richtlijn door de lidstaten - afhankelijk van het geval en het belang dat daarbij in het geding is - gerechtvaardigde belemmeringen van het *vrij verkeer van goederen* en het *vrij verkeer van diensten* binnen

de EG kunnen ontstaan. Meer concreet komt de ICER daarbij tot de volgende bevindingen:

- Indien er sprake is van inbreuken op rechten die kunnen worden gerekend tot het specifieke voorwerp van het auteursrecht, staat het EG-recht toe dat daartegen met name door de rechthebbende worden opgetreden, hetzij op grond van artikel 30 in het geval van vrij verkeer van goederen, hetzij op grond van de *'rule of reason'* in het geval van het vrij verkeer van goederen en diensten.
- Is er daarentegen sprake van het vrijwillig in het verkeer brengen van producten, dan heeft de rechthebbende niet langer op grond van het distributierecht de mogelijkheid de invoer en verhandeling tegen te gaan.
- Bij uiteenlopende nationale regelingen terzake van het reproductierecht, zal de rechthebbende in de regel met een beroep op dat recht kunnen optreden tegen inbreuken met kopieerbare dragers van beschermd materiaal of via on-line aangeboden software.
- Daar waar invoer plaatsvindt vanuit een lidstaat waar de auteursrechtelijke bescherming ruimer is en een drager niet voldoet aan de regelgeving die erop gericht is begunstigden in staat te stellen van een beperking gebruik te maken, dient ervoor te worden gewaakt dat de betrokken nationale maatregelen van de lidstaat van invoer voldoen aan het evenredigheidsvereiste.
- De mogelijkheden om het vrij verkeer van apparatuur tegen te gaan, zijn daarentegen beperkter.

Inzake de onder 2 en 3 beschreven situaties merkt de ICER op dat deze uitgaan van een onderscheid dat, tengevolge van de voortschrijdende technologische ontwikkelingen, snel achterhaald kan raken. In de praktijk zullen rechthebbenden overeenstemming moeten bereiken met de fabrikanten van apparatuur om ervoor te zorgen dat de technische beschermingsmaatregelen die zij hebben aangebracht, effectief zijn. De op CD's en DVD's aangebrachte bescherming moet immers door de afspeelapparatuur worden herkend. Volgens de ICER verdient opmerking dat de *dragers* van auteursrechtelijk en anderszins beschermd materiaal *wel*, en de *apparatuur* waarop die dragers moeten worden afgespeeld *niet* aan de grens kunnen worden tegengehouden op grond van nationale maatregelen die EG-rechtelijk kunnen worden gerechtvaardigd.

De keuzevrijheid die de lidstaten hebben bij het opnemen van door Richtlijn 2001/29 toegestane (facultatieve) beperkingen (artikel 6, vierde lid) kan er toe leiden dat de grenzen van lidstaten die minder beperkingen ten gunste van gebruikers kennen eerder op slot gaan voor producten uit andere lidstaten dan de grenzen van lidstaten die meer beperkingen in hun nationale wetgeving opnemen. Dit is echter inherent aan de beperkte graad van harmonisatie die met Richtlijn 2001/29 wordt bereikt.

Beantwoording van vraag C

Vraag C dient ontkennend te worden beantwoord. Immers, met betrekking tot de verhouding tussen de Richtlijn elektronische handel en Richtlijn 2001/29 moet worden

geconstateerd dat auteursrechten en naburige rechten uitgezonderd zijn van de werkingssfeer van de Richtlijn elektronische handel. Dit betekent dat de in de Richtlijn elektronische handel opgenomen mogelijkheid om vanwege redenen van openbare orde, bescherming van de volksgezondheid, openbare veiligheid en bescherming van de consument af te wijken van het vrij verkeer van goederen (artikel 3, vierde lid van deze richtlijn), geen toepassing vindt op de eventuele mogelijkheid van bescherming door lidstaten tegen het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen. De mogelijkheden van lidstaten om omzeiling tegen te gaan in grensoverschrijdende situaties worden dus uitsluitend bepaald door art. 6 van Richtlijn 2001/29. Uitleg en toepassing van dit artikel dienen echter wel in overeenstemming te zijn met de artikelen 55 jo. 45 en 46 EG of een in de jurisprudentie van het Hof van Justitie erkende uitzondering.

Aanbevelingen

1. De ICER signaleert dat verschillende interpretaties mogelijk zijn ten aanzien van de omvang van het begrip bescherming van de industriële en commerciële eigendom in artikel 30 EG. Uit recente rechtspraak van het EG-Hof van Justitie kan mogelijk worden afgeleid dat voortaan ook maatregelen met onderscheid in het kader van de 'algemeen belang'-doctrine aanvaardbaar kunnen zijn. Dit heeft gevolgen voor de vraag of een maatregel onderscheid mag maken naar de herkomst van goederen (zoals mogelijk is op grond van artikel 30 EG) of dat die maatregel zonder onderscheid van toepassing moet zijn op ingevoerde en nationaal geproduceerde goederen (zoals tot nog toe veelal werd aangenomen als vereist voor maatregelen op grond van de 'algemeen belang'-doctrine). Onduidelijk is echter hoe ver de bedoelde ontwikkeling in de jurisprudentie reikt. Bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof en mede gelet op de in het geding zijnde belangen, acht de ICER het daarom juridisch risicovol op dit gebied maatregelen van discriminatoire aard te treffen.
2. Gelet op de beperkte harmonisatie die Richtlijn 2001/29 tot stand brengt, kunnen lidstaten tot onderling verschillende rechtsregimes komen die op grond van artikel 30 en 55 jo. 45 en 46 EG, of op grond van de *'rule of reason'* te rechtvaardigen zijn. Waar Richtlijn 2001/29 juist beoogt de interne markt dichterbij te brengen voor de producten en diensten die onder de richtlijn vallen, is dit een opmerkelijke en ongewenste uitkomst. De ICER adviseert de Minister van Justitie en alle overige Ministers bij andere interne markt richtlijnen die in onderhandeling zijn of nog door de Europese Commissie in procedure worden gebracht hierop bedacht te zijn.
3. De ICER beveelt de Minister van Justitie aan om haar bevindingen zoals in dit advies neergelegd, in te brengen in de in artikel 12 van Richtlijn 2001/29 voorziene evaluatie. Gelet op de vele voornoemde complicaties die de implementatie van Richtlijn 2001/29 in de praktijk met zich mee kan brengen, adviseert de ICER er bij de Europese Commissie op aan te dringen om deze evaluatie zo spoedig na de afloop van de implementatietermijn van de richtlijn (22 december 2002) te starten en niet op voorhand met de evaluatie te wachten tot het in de richtlijn genoemde uiterlijke tijdstip van 22 december 2004.

4. Gelet op de bredere aspecten van het vrije verkeer van goederen en diensten die in dit advies aan de orde komen, beveelt de ICER de Minister van Justitie afsluitend aan om dit advies toe te zenden aan alle andere ministers.

Graag verneemt de ICER tot welke bevindingen dit advies heeft geleid.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht,

Th.J.A.M. de Bruijn
(eerste voorzitter)

P. H. Holthuis
(tweede voorzitter)

Postadres Secretariaat ICER:

*Kamer 4A44
Postbus 20061
2500 EB DEN HAAG
fax: (070) 3 48 51 28*