

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht (ICER)**

Datum: 31 oktober 2001

Onderwerp: Rapport van de ad hoc ICER-werkgroep betreffende de implementatie van de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	p. 3
1. Inleiding	p. 8
2. Toetsingskader vrij verkeer van goederen en diensten	p. 10
3. Doel, opzet, werkingssfeer en materiële inhoud van de richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij	p. 17
4. Beantwoording van vragen A en B	p. 25
5. Beantwoording van vraag C	p. 41

SAMENVATTING

1. De minister van Justitie heeft de ICER advies gevraagd of producten en goederen die onder de reikwijdte van Richtlijn 2001/29 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PbEG 2001, L 167/19) (hierna te noemen: Richtlijn 2001/29) vallen na implementatie ervan, vrij kunnen circuleren binnen de EG, of dat het zo is dat nog sprake kan zijn van handelsbelemmeringen die hun rechtvaardiging vinden in de artikelen 30 en 55 jo. 45 en 46 EG, of op grond van de ‘*rule of reason*’. Daarnaast heeft hij advies gevraagd over de verhouding tussen Richtlijn 2001/29 en de richtlijn elektronische handel.¹
2. 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. 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.
3. 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 op de uitsluitende rechten. Artikel 6 houdt in dat de bescherming waarop rechthebbenden van auteursrechten en naburige rechten aanspraak kunnen maken, niet omzeild mag worden en dat tegen een zodanige 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 begunstigen van de beperkingen op de uitsluitende rechten gebruik kunnen blijven maken.
4. De vragen van de minister van Justitie zijn in hoofdzaak gericht op dit artikel 6, vierde lid, van Richtlijn 2001/29. Dit artikel geeft geen uitsluitsel welke deze "passende maatregelen" *in concreto* kunnen zijn. Als deze maatregelen tussen de lidstaten uiteenlopen kan een strijd met het vrij verkeer van goederen en/of diensten ontstaan. De werkgroep signaleert dat verschillende interpretaties mogelijk zijn ten aanzien van de omvang van het begrip bescherming van de industriële eigendom in artikel 30 EG. 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 vereist voor maatregelen op grond van de ‘algemeen belang’-doctrine).

¹ Zie voor een letterlijke weergave van de vragen, hierna Hoofdstuk 1.

5. Om inzicht te bieden welke gevolgen het uiteenlopen tussen lidstaten van "passende maatregelen" voor het vrij verkeer van goederen en diensten heeft, heeft de werkgroep een aantal casusposities uitgewerkt. Het materiaal voor deze casusposities is ontleend aan de vier voorbeelden die zijn omschreven in de achtergrondnotitie van het Ministerie van Justitie .

Situatie 1

6. 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 werkgroep 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 werkgroep 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 werkgroep 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 begunstigen.

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

Situatie 2

7. Lidstaat A schrijft voor dat een CD waarop een werk en ander beschermd materiaal is geregistreerd t.b.v. begunstigen 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 werkgroep heeft 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 zonder in strijd te komen met artikel 30 EG zich 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 begunstigen 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 - die van etikettering - als toereikend moet worden beschouwd ter behartiging van het gebruikersbelang.

Situatie 3

8. 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 werkgroep onderscheidt met betrekking tot deze situatie 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 werkgroep geconcludeerd dat een absoluut verbod op de invoer en verhandeling van DVD-spelers met kopieerfaciliteit als disproportioneel middel niet kan worden gerechtvaardigd.

Situatie 4

9. 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 werkgroep 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 werkgroep 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 vragen A en B

10. Vraag A moet naar de mening van de werkgroep ontkennend worden beantwoord, terwijl 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 werkgroep 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.

11. Inzake de onder 2 en 3 beschreven situaties merkt de werkgroep 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 beschermlaag moet immers door de afspeelapparatuur worden herkend. Volgens de werkgroep 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.

12. De keuzevrijheid die de lidstaten hebben bij het opnemen van door Richtlijn 2001/29 toegestane (facultatieve) beperkingen (artikel 6, vierde lid) kan inhouden dat de ene lidstaat veel beperkingen op deze rechten zal kennen en een andere lidstaat weinig beperkingen. Dit kan resulteren dat de toegestane beperkingen van lidstaat tot lidstaat zullen verschillen. Hierdoor kan het vrij verkeer van goederen en diensten belemmerd worden. Harmonisatie volgens Richtlijn 2001/29 kan er toe leiden dat de grenzen van de lidstaten eerder op slot dan open gaan.

Beantwoording van vraag C

13. Vraag C dient volgens de werkgroep 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.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1. Op 28 mei 2001 heeft de Minister van Justitie aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd over de implementatie van Richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/19) (hierna te noemen: Richtlijn 2001/29). Bij de adviesaanvraag was een achtergrondnotitie gevoegd waarin de adviesaanvraag nader is uiteengezet. Een ad hoc werkgroep van de ICER heeft het rapport opgesteld. Aan de werkgroep hebben de volgende departementen deelgenomen: BZ, EZ, JUS, OCW en V&W. De werkgroep is vijf maal bijeengekomen.
2. De richtlijn voorziet in harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten, waaronder bepaalde economische exploitatierechten (artikelen 2 t/m 4) en de toegestane beperkingen en restricties daarop (artikel 5). De richtlijn bevat in artikel 6, eerste lid, een verplichting voor de lidstaten om de rechthebbenden passende rechtsbescherming te bieden tegen het omzeilen van door de rechthebbende aangebrachte technische beschermingsmaatregelen. Voorts moeten de lidstaten ingevolge artikel 6, tweede lid, voorzien in passende rechtsbescherming tegen het fabriceren, op de markt brengen en promoten van producten en diensten die primair zijn bedoeld om de voornoemde technische beschermingsmaatregelen te omzeilen. Bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden genomen maatregelen moeten de lidstaten passende maatregelen treffen om de begunstigden van enkele specifiek genoemde facultatief om te zetten beperkingen en restricties (zie artikel 5) effectief gebruik te laten maken (artikel 6, vierde lid, eerste onderdeel). Bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden genomen maatregelen mogen de lidstaten passende maatregelen treffen om de begunstigden van de uitzondering voor privé-kopiëren gebruik te laten maken (artikel 6, vierde lid, tweede onderdeel).
3. Uitgaande van de veronderstelling dat de beperkingen en restricties van artikel 5 en in relatie daarmee artikel 6, vierde lid, van de richtlijn op uiteenlopende wijze door de lidstaten kunnen worden geïmplementeerd, heeft de Minister van Justitie de volgende Europeesrechtelijke vragen aan de ICER voorgelegd:
 - 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?*

Het advies is als volgt opgezet. In hoofdstuk 2 zal een overzicht worden gegeven van het vrij verkeer van goederen en diensten op grond van het EG-Verdrag, dat zal dienen als toetsingskader. In hoofdstuk 3 wordt voor zover relevant het doel, inhoud, werkingssfeer en materiële inhoud van de richtlijn besproken. In hoofdstuk 4 worden de eerste twee vragen behandeld. In hoofdstuk 5 zal worden ingegaan op de relevante aspecten van de richtlijn elektronische handel en wordt de derde vraag beantwoord. Het rapport wordt voorafgegaan door een samenvatting.

Hoofdstuk 2 Toetsingskader vrij verkeer van goederen en diensten

4. De vragen van de minister van Justitie betreffen de verhouding tussen het vrije verkeer van goederen en diensten en richtlijn 2001/29. Dit hoofdstuk bevat het toetsingskader dat voor de beantwoording van de vragen noodzakelijk is. Daarbij wordt ingegaan op de desbetreffende voorschriften in het EG-Verdrag en de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie). Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de verdragsvoorschriften inzake het vrij verkeer van goederen en het vrije verkeer van diensten, de door het EG-Verdrag toegestane uitzonderingen, vervolgens op de ‘algemeen belang’-doctrine zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie, en tot slot op de betekenis van harmonisatie-maatregelen voor de toepassing van de verdragsuitzonderingen en de ‘algemeen belang’-doctrine (de ‘*rule of reason*’).

Vrij verkeer van goederen

5. Krachtens de artikelen 28 en 29 EG zijn kwantitatieve invoerbepalingen, respectievelijk uitvoerbepalingen, en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden.⁴ Gelet op het ontbreken van relevantie voor de beantwoording van de door de minister van Justitie voorgelegde vragen behoeven de uitvoerbepalingen geen nadere uitwerking in dit toetsingskader. Artikel 28 EG, betreffende de invoerbepalingen, heeft volgens het Hof van Justitie betrekking op elke maatregel van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.⁵

Verdragsuitzonderingen op het vrije verkeer van goederen.

6. Het voorschrift van artikel 28 EG vormt volgens artikel 30 EG geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van een aantal met name genoemde uitzonderingsgronden, waaronder bescherming van de industriële en commerciële eigendom.⁶ Deze verboden of beperkingen mogen volgens de slotzin van artikel 30 EG echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.
7. Als uitzonderingen op de fundamentele vrijheid van verkeer van goederen moeten de uitzonderingen van artikel 30 EG volgens het Hof van Justitie strikt worden

⁴ Artikel 29 is voor de materie van het rapport van geen praktisch belang omdat dit artikel uitvoerbepalingen betreft.

⁵ HvJ EG 11 juli 1974, Dassonville, 8/74, Jur. 1974, blz. 837, punt 5.

⁶ De andere gronden die in artikel 30 EG worden genoemd zijn: de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit.

uitgelegd. De opsomming van de gerechtvaardigde uitzonderingen in artikel 30 EG is bovendien limitatief. Dit laat overigens onverlet de toepassing van de ‘algemeen belang’-doctrine, waarover hierna meer.

8. Een beroep op de in artikel 30 EG genoemde uitzonderingsgronden kan zelfs worden gedaan als het gaat om maatregelen die discriminatoir zijn. Hierbij kan worden gedacht aan maatregelen die onderscheid maken naar de lidstaat van herkomst van de producten of de lidstaat van vestiging van de producent. Dit onderscheid mag echter niet willekeurig zijn in die zin, dat producten en producenten afkomstig uit de eigen lidstaat of uit sommige andere lidstaten zonder redelijke grond worden bevoordeeld boven die uit andere lidstaten.

Het vrije dienstenverkeer

9. Krachtens artikel 49 EG zijn beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Als diensten in de zin van het EG-Verdrag worden beschouwd de dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden (artikel 50 EG).
10. Onder diensten moeten mede worden begrepen de diensten die worden verricht zonder dat een verplaatsing van de dienstverrichter of de dienstenontvanger van de ene lidstaat naar de andere aan de orde is.⁷ Diensten die via internet worden verricht of ontvangen vallen daarom eveneens onder het vrije dienstenverkeer.

Verdragsuitzonderingen op het vrije dienstenverkeer

11. De bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer doen niet af aan de toepasselijkheid van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn (artikel 55 jo. artikel 46 EG). Deze, eveneens limitatieve, opsomming is beperkter dan de opsomming van de uitzonderingsgronden in artikel 30 EG ten aanzien van het vrije goederenverkeer. Zij bevat ook niet de uitdrukkelijke vermelding van industriële eigendomsrechten als beschermingswaardig belang.
12. Dit heeft tot gevolg dat nationale maatregelen ter bescherming van de industriële eigendom, anders dan in het kader van het vrije goederenverkeer, niet kunnen worden gerechtvaardigd met een rechtstreeks beroep op de verdragsbepalingen zelf. Een eventuele rechtvaardiging van nationale maatregelen ter bescherming van de industriële eigendom zou wel kunnen worden gebaseerd op de ‘algemeen-belang’-doctrine, met de beperkingen die daaraan verbonden zijn ten aanzien van een

⁷ HvJEG 25 juli 1991, Säger, C-76/90, Jur. 1991, blz. I-4221; HvJEG 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jur. 1995, blz. I-1141.

eventueel discriminatoir karakter van deze nationale maatregelen, waarover hierna meer.

'Algemeen belang'-doctrine en het vrije goederen en dienstenverkeer

13. Naast de uitdrukkelijk geregelde excepties van artikel 30 EG en artikel 46 EG is het mogelijk dat een lidstaat zich beroept op dwingende vereisten van algemeen belang ter rechtvaardiging van een bepaalde maatregel.
14. Het Hof van Justitie heeft deze mogelijkheid voor het vrije goederenverkeer aanvaard in het Cassis de Dijon-arrest. In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat belemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op het verhandelen van de betrokken producten moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdende met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van de consumenten, noodzakelijk kunnen zijn.⁸ Deze door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak ontwikkelde uitzonderingsmogelijkheid wordt ook wel aangeduid als de 'algemeen belang'-doctrine, of met de ook wel gebruikelijke Engelse benaming, de 'rule of reason'-exceptie.
15. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat lidstaten zich ook in de context van het vrije dienstenverkeer kunnen beroepen op de 'algemeen belang'-doctrine⁹, onder meer ter bescherming van het specifieke voorwerp van de intellectuele eigendom.¹⁰
16. Het Hof van Justitie heeft geen limitatieve lijst geformuleerd van dwingende vereisten die verband houden met het algemeen belang. In de rechtspraak zijn onder meer als zodanig aangemerkt de bescherming van de consument, de pluriformiteit van de media, de eerlijkheid van handelstransacties, bescherming van het milieu, bescherming van de maatschappelijke orde, productveiligheid, doeltreffendheid van fiscale controles en bescherming van werknemers.¹¹
17. In het arrest Cassis de Dijon ontwikkelde het Hof van Justitie voorts het beginsel van 'wederzijdse erkenning' in het kader van het vrije verkeer van goederen. Volgens het Hof van Justitie kan een lidstaat in beginsel niet de invoer en verhandeling beletten van goederen die in een van de andere lidstaten regulier geproduceerd en verhandeld zijn. Dit betekent dat uitgegaan dient te worden van het vermoeden dat goederen die regulier op de markt zijn gebracht in een andere lidstaat tevens voldoen aan de dwingende vereisten van de importerende staat, mits de beoogde bescherming van de belangen gelijkwaardig is. Voor zover een lidstaat een hogere graad van bescherming

⁸ HvJEG 20 februari 1979, Cassis de Dijon, 120/78. Jur. 1979, blz. 649, punt 8.

⁹ Arrest van 25 juli 1991, Säger, C-76/90, Jur. 1991, blz. I-4221, punt 15; arrest van 17 december 1981, Webb, 279/80, Jur. 1981, blz. 3305, punt 17.

¹⁰ HvJEG 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel I, Jur. 1980, blz. 881.

¹¹ HvJ EG 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda ('Mediawet'), C-288/89. Jur. 1991, I-4007.

beoogt na te streven bestaat in dat geval daarvoor ruimte. De bewijslast dat striktere maatregelen noodzakelijk zijn om dwingende eisen van belang te beschermen, rust op de lidstaat, waarbij de criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid in acht moeten worden genomen.

18. In het kader van het vrije dienstenverkeer heeft het Hof van Justitie een overeenkomstig beginsel ontwikkeld. Als grondbeginsel van het verdrag kan de vrijheid van dienstverrichting slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken lidstaat werkzaam is, voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd, aldus het Hof van Justitie.¹²

Toepassing van verdragsexcepties en 'algemeen belang'-doctrine

19. Een beroep op de verdragsexcepties of dwingende vereisten van algemeen belang kan slechts worden gedaan onder bepaalde voorwaarden.
- Op het gebied dat de nationale maatregel bestrijkt, mag geen gemeenschapsregeling tot stand zijn gekomen die de materie uitputtend en volledig regelt;
 - De maatregel moet noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken en mag het vrije verkeer van goederen of diensten niet verder beperken dan noodzakelijk is.
20. Wanneer het gaat om een beroep op dwingende vereisten van algemeen belang, geldt bovendien het volgende:
- Het moet gaan om maatregelen die niet-discriminatoir zijn;
 - De belangen waarvan de bescherming met desbetreffende nationale maatregel wordt nagestreefd, moeten van niet-economische aard zijn.
21. Nationale maatregelen die zijn gebaseerd op de algemeen belang doctrine moeten zonder onderscheid van toepassing zijn op ingevoerde goederen en nationaal geproduceerde goederen, respectievelijk met betrekking tot de plaats van vestiging van de dienstverrichter. Anders dan bij het vrije verkeer van goederen mogen maatregelen met betrekking tot intellectuele eigendom in het kader van het vrije dienstenverkeer slechts non-discriminatoir worden toegepast, omdat zij uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op de 'algemeen belang'-doctrine en niet op een verdragsexceptie.
22. De werkgroep signaleert dat het Hof van Justitie in enkele recente arresten¹³ een redenering volgt die aanknopingspunten biedt voor de veronderstelling dat ook

¹² Zie onder meer HvJEG 28 maart 1996, zaak C-272/94, Guiot, Jur. 1996, blz. I-1905, punt 11, HvJEG 26 februari 1991, zaak C-180/89, Commissie/Italië, Jur. 1991, blz. I-709, punt 17, HvJEG 17 december 1981, zaak 279/80, Webb, Jur. 1981, blz. 3305, punt 20.

¹³ Zie, met name, HvJEG 9 juli 1992, Commissie tegen België, C-2/90, Jur. 1992, blz. I-4431; HvJEG 25 juni 1998, Dusseldorp, C-203/96, Jur. 1998, blz. I-4075; HvJEG 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98,

maatregelen met onderscheid in het kader van de ‘algemeen belang’-doctrine aanvaardbaar kunnen zijn. Onduidelijk is echter nog hoever deze jurisprudentie reikt. Bij de huidige stand van de Hofjurisprudentie verdient het daarom geen aanbeveling deze trend tot uitgangspunt van nationale beleidsvorming te maken.

23. Iedere nationale maatregel die een inbreuk maakt op het vrije verkeer van goederen en diensten met een beroep op artikel 30 of 46 EG moet worden voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Deze toets geldt ook bij de toepassing van de ‘*rule of reason*’. Bij de beoordeling van het eerste vereiste moet worden onderzocht of de nationale maatregel kan worden aangemerkt als noodzakelijk voor het bereiken van het nagestreefde doel. De nationale maatregel moet dus in causaal verband staan met het nagestreefde doel. Voorts moet voor de maatregel geen alternatief bestaan dat het vrij verkeer van goederen minder beperkt. Het tweede vereiste betreft het bestaan van evenredigheid tussen enerzijds de veroorzaakte belemmering, anderzijds het nagestreefde doel en de concrete verwezenlijking daarvan. De maatregel mag dus niet verder gaan dan noodzakelijk is.
24. Het is voorts vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat artikel 30 EG weliswaar afwijkingen van het vrije verkeer van goederen en diensten toelaat in verband met door een nationale wetgeving erkende rechten op het gebied van de industriële en commerciële eigendom, maar slechts voor zover dergelijke afwijkingen gerechtvaardigd zijn ter bescherming van de rechten die het specifieke voorwerp van die eigendom vormen. Onder het specifieke voorwerp van de intellectuele eigendom verstaat het Hof van Justitie het desbetreffende recht dat wordt beschermd door het nationale recht van een lidstaat, zoals onder meer het recht op verveelvoudiging, het recht op openbaarmaking, het recht op verhuur, of het distributierecht. De werking van het door de nationale wetgeving inzake industriële en commerciële eigendom gegarandeerde exclusieve distributierecht is echter uitgeput, zodra een product rechtmatig, door de houder zelf van het recht of met diens toestemming, in een lidstaat op de markt is gebracht.¹⁴
25. Een rechthebbende kan zich in dat geval dus niet beroepen op een nationale maatregel ter bescherming van de intellectuele eigendom wanneer dit tot gevolg zou hebben dat de gemeenschappelijke markt zou worden opgesplitst, waardoor het vrije verkeer van goederen zou worden ondermijnd.¹⁵ Op grond hiervan verbood het Hof van Justitie een rechthebbende op een wettelijk erkend alleenverkooprecht zich te verzetten tegen de invoer van grammofoonplaten die met zijn toestemming in een andere lidstaat in de handel waren gebracht, en waarvoor hij in die lidstaat reeds een vergoeding had ontvangen. Wanneer een fysieke zaak als drager van een auteursrechtelijk beschermd

n.n.g.; zie hierover ook Lauwaars/Timmermans, Europees recht in kort bestek, Deventer 1999, blz. 205-207 (m.b.t. vrije goederenverkeer) en blz. 229 (m.b.t. dienstenverkeer).

¹⁴ Zie, met name, arresten van 28 april 1998, *Metronome*, C-200/96, Jur. 1998, blz. I-1953, punt 14, 16 juli 1998, *Silhouette*, C-355/96, Jur. 1998, blz. I-4799, punt 27, 20 januari 1981, *Musik-Vertrieb membran en K-tel International*, 55/80 en 57/80, Jur. 1981, blz. 147, punten 10 en 15, en 22 januari 1981, *Dansk Supermarked*, 58/80, Jur. 1981, blz. 181, punt 11.

¹⁵ HvJEG 8 juni 1971, *Deutsche Grammophon*, 78/70, Jur. 1971, blz. 487.

werk eenmaal in de handel is gebracht in een van de lidstaten is het recht om zich tegen de invoer van die zaak in een andere lidstaat te verzetten, uitgeput.

26. De vraag of een rechthebbende ook geacht kan worden met zijn toestemming een product in de handel te hebben gebracht wanneer hij juridisch gedwongen wordt, hetzij door het nationale recht, hetzij door het gemeenschapsrecht, om zijn producten in een lidstaat in het verkeer te brengen, is door het Hof van Justitie ontkennend beantwoord. Hij kan dan niet worden geacht te hebben ingestemd met het in het verkeer brengen en hij is gerechtigd zich te verzetten tegen de invoer en het in het verkeer brengen van deze producten in de staat waar deze bescherming genieten.¹⁶ De werkgroep is van mening dat voorzichtigheid is geboden bij het onverkort en volledig doortrekken van merkenrechtelijke jurisprudentie inzake uitputting naar het auteursrecht.
27. Ook in het kader van het vrije dienstenverkeer heeft het Hof van Justitie bij toetsing van nationale maatregelen aan de ‘algemeen belang’-doctrine de geoorloofdheid van de rechtvaardiging beoordeeld aan de hand van het specifieke voorwerp van de intellectueel eigendom.¹⁷

Harmonisatiemaatregelen en nationale beperkingen van het vrije verkeer

28. Er is in beginsel geen plaats meer voor nationale maatregelen op grond van artikel 30 of 46 EG Verdrag dan wel de ‘*rule of reason*’-doctrine, wanneer op gemeenschapsniveau harmonisatie is doorgevoerd van wetgevingen die de bescherming van het betrokken specifieke belang beogen. In beginsel, want deze regel geldt niet absoluut. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie moet immers worden afgeleid dat daarbij nauwkeurig moet worden onderzocht wat de inhoud, het doel, de bewoordingen en de context van de gemeenschapsmaatregel is in relatie tot het onderwerp en het doel van de nationale maatregel. Vastgesteld moet worden welke graad van harmonisatie met de gemeenschapsmaatregel wordt beoogd op het gebied dat door de nationale maatregel wordt bestreken. Daarbij kan worden onderscheiden naar de volgende gradaties.
29. Sommige harmonisatie-maatregelen beogen een volledige en uitputtende harmonisatie. De lidstaten hebben in dat geval geen enkele vrijheid meer verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen op het door de harmonisatiemaatregel bestreken terrein.
30. Andere harmonisatie-maatregelen regelen een onderwerp niet volledig, maar regelen slechts deelaspecten van het desbetreffende onderwerp. In dergelijke gevallen kunnen de lidstaten hun nationale maatregelen handhaven voor zover zij betrekking hebben op een niet door de desbetreffende gemeenschapsregeling bestreken gebied.

¹⁶ Vgl. HvJEG 12 november 1996, zaak C-267/95 en C-268/95, Merck v. Primecrown, Jur. 1996, I-6285, punt 50; zie ook HvJEG 9 juli 1985, zaak 19/84, Pharmon v. Hoechst, Jur. 1985, 2281 inzake dwanglicenties in het kader van het octrooirecht.

¹⁷ HvJEG 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel I, Jur. 1980, blz. 881.

31. Weer andere harmonisatie-maatregelen beogen slechts een minimumharmonisatie door te voeren. Zij verplichten de lidstaten tot het aanpassen van de nationale wetgeving waarbij ten minste het niveau van bescherming moet worden doorgevoerd dat de communautaire maatregel voorschrijft, maar laten hun de vrijheid verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen.
32. Deze bevoegdheid van de lidstaten om verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen kan met zoveel woorden rechtstreeks uit het Verdrag voortvloeien.¹⁸ Voorts kan een lidstaat, wanneer een harmonisatiemaatregel is gebaseerd op artikel 95 EG nationale maatregelen handhaven¹⁹ die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 30 EG.²⁰ Ook kan de bevoegdheid om verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen in de communautaire maatregel zelf zijn vervat.²¹
33. In het laatste geval zal deze bevoegdheid van de lidstaten moeten worden uitgelegd in het licht van de harmonisatie-maatregel zelf. De bevoegdheid kan in dat geval niet worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor hij wordt verleend, en moet passen binnen de kaders van de desbetreffende richtlijn.²²
34. Mengvormen komen ook voor. Een richtlijn kan tegelijkertijd harmonisatie-maatregelen bevatten die volledig en uitputtend zijn op een bepaald aspect van het bestreken onderwerp, en daarnaast maatregelen toestaan die de lidstaten de keuze laten verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen.²³
35. Het Hof van Justitie heeft in zijn jurisprudentie ook steeds bepaald dat bij afwezigheid van harmonisatie de lidstaten de voorwaarden en procedures kunnen bepalen voor de bescherming van de intellectuele eigendom. Afhankelijk van de graad van harmonisatie van maatregelen ter bescherming van de intellectuele eigendom kunnen de lidstaten of de rechthebbenden zich echter niet meer beroepen op de rechtvaardiging in artikel 30 of 46 EG van een nationale maatregel met het oog op het bereiken van doelstellingen die onverenigbaar zijn met de desbetreffende harmonisatiemaatregelen.²⁴

¹⁸ Bijvoorbeeld artikel 137 EG, tweede lid, EG betreffende maatregelen op het gebied van het sociaal beleid, of artikel 152, vierde lid, sub a, EG betreffende bepaalde aspecten van de volksgezondheid.

¹⁹ Na het vaststellen van de harmonisatiemaatregel kunnen nieuwe nationale maatregelen slechts worden getroffen op het gebied van milieu en het arbeidsmilieu en vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend (art. 95, vijfde lid, EG).

²⁰ Of die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu; een en ander onder kennisgeving aan de Commissie en met inachtneming van de overige voorschriften van deze bepaling (art. 95, vierde lid, EG).

²¹ Zie bijvoorbeeld artikel 14 van richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (PB 1979, L 103, blz. 1).

²² Vgl. HvJEG 23 mei 1990, Gourmetterie van den Burg, C-169/89, Jur. 1990, blz. I-2143.

²³ HvJ EG 2 juni 1993, Gallaher, zaak C-11/92, Jur. 1993, I-3545.

²⁴ Zie arresten van 5 oktober 1977, zaak 5/77, Denkvit, Jur. 1977, blz. 155, punt 35; 8 november 1979, zaak 151/78, Denkvit, Jur. 1979, blz. 3369, punt 14; 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel I, Jur. 1980, blz. 881, punt 15; 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel II, Jur. 1982, blz. 3381, punt 13.

Hoofdstuk 3 Doel, opzet, werkingssfeer en materiële inhoud van Richtlijn 2001/29

Inleiding

36. Dit hoofdstuk bevat een beschrijving van Richtlijn 2001/29. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan het doel, de opzet, de werkingssfeer, en de materiële inhoud van de richtlijn. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een concluderende paragraaf waarin de mate van harmonisatie wordt geëvalueerd.

Doel van de richtlijn

37. De richtlijn auteursrecht die op artikel 95 EG is gebaseerd, dient twee doelen. In de *eerste plaats* is het doel de rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten te harmoniseren opdat een hoog niveau van bescherming van auteursrecht en naburige rechten totstandkomt, de rechtszekerheid toeneemt en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur worden bevorderd (overweging 4 van de richtlijn). Dit zal leiden tot groei en vergroting van het Europese concurrentievermogen op het gebied van de voorziening van inhoud en de informatietechnologie en, meer in het algemeen, in een hele reeks industriële en culturele sectoren. Dit heeft ook positieve effecten op de werkgelegenheid.

38. Bij het eerste doel van de richtlijn auteursrecht dient overigens direct te worden bedacht dat het auteursrecht niet alleen de bescherming van werken regelt door aan de auteur van een werk of diens rechtverkrijger het uitsluitend recht toe te kennen van openbaarmaking en verveelvoudiging van dat werk. De naburige rechten beschermen evenmin alleen de prestaties van uitvoerend kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties door rechten toe te kennen die overeenstemmen met de rechten uit het auteursrecht. Het auteursrecht en de naburige rechten omvatten namelijk ook beperkingen en restricties ten aanzien van de voornoemde rechten. De beperkingen en restricties strekken ertoe gerechtvaardigde belangen te waarborgen van anderen zoals consumenten, bibliotheken, onderwijs- en onderzoeksinstellingen, vrije nieuwsgaring en mededinging. Tussen de rechten enerzijds en beperkingen en restricties anderzijds dient een zeker evenwicht te bestaan. De rechten en beperkingen vormen, anders gezegd, de keerzijden van dezelfde auteursrechtelijke medaille.

39. In de *tweede plaats* is het doel van de richtlijn auteursrecht om toetreding door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten tot de in het kader van de World Intellectual Property Organization (WIPO) onder de vlag van de Verenigde Naties tot stand gekomen verdragen uit december 1996 mogelijk te maken, te weten: het WIPO verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO verdrag inzake Uitvoeringen en Fonogrammen. Het eerste verdrag heeft betrekking op de toepasbaarheid van het auteursrecht in de informatiemaatschappij. Het tweede verdrag heeft betrekking op rechten van uitvoerende kunstenaars en platenproducenten. Het tweede verdrag heeft, gelijk het eerste verdrag, in het bijzonder het oog op de toepasbaarheid van het juridisch instrumentarium in de informatiemaatschappij. In werkelijkheid bevatten de

verdragen niet alleen regels over de toepasbaarheid van het juridisch instrumentarium in de informatiemaatschappij, maar ook regels over de toepasbaarheid van het juridisch instrumentarium in de alledaagse, werkelijke of fysieke wereld. De Europese Gemeenschap en de lidstaten hebben op de conferentie van december 1996 te kennen gegeven gezamenlijk tot de beide verdragen toe te willen treden. Na inwerkingtreding van de richtlijn auteursrechten uitvoering in de nationale wetgeving van de lidstaten zijn de Europese Gemeenschap en de lidstaten daartoe eerst in staat.

Opzet van de richtlijn

40. De richtlijn auteursrecht is als volgt opgezet: een algemeen deel (artikel 1), een deel gewijd aan de rechten van de rechthebbenden (artikelen 2-4), de beperkingen op deze rechten (artikel 5), een deel gewijd aan de bescherming tegen het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen (artikel 6) en manipulatie van elektronische rechtenbeheer (artikel 7) en tenslotte een deel met overige bepalingen, waaronder overgangsrecht, aanpassingen in bestaande richtlijnen, de instelling van een contactcomité en regels omtrent uitvoering van de richtlijn auteursrecht in nationale wetgeving (artikelen 8-13).

Werkingsfeer van de richtlijn

41. Artikel 1 beschrijft de werkingssfeer van de richtlijn. Deze is in beginsel onbeperkt, zij het dat “een bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij” wordt gezet. De richtlijn auteursrecht is dus in beginsel op zowel het analoge als het digitale domein van toepassing. De richtlijn auteursrecht bouwt in hoge mate voort op het ‘*acquis communautaire*’, neergelegd in de richtlijnen die op dit terreinen reeds zijn aanvaard. Artikel 1 vermeldt in verband hiermee dat de bestaande richtlijnen op dit terrein onverlet worden gelaten, hetgeen betekent dat de regels van deze bestaande richtlijnen ingeval van samenloop voorrang hebben, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald. De eerder tot stand gebrachte richtlijnen zijn achtereenvolgens:

- Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PbEG L 122/42 van 17 mei 1991);
- Richtlijn 92/100 van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom (PbEG L 346/61 van 27 november 1992), zoals gewijzigd bij richtlijn 93/83/EEG;
- 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 (PbEG L 248/15 van 6 oktober 1993);
- Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 19 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PbEG L 290/9 van 24 november 1993); en
- Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PbEG L 77/20 van 27 maart 1996).

Materiële inhoud van de richtlijn

42. De artikelen 2, 3 en 4 van de richtlijn auteursrecht regelen de uitsluitende rechten voor auteurs, uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties. Meer in het bijzonder gaat het wat betreft auteurs om het reproductierecht, het recht van mededeling aan het publiek (waaronder het zogenaamde beschikbaarstellingsrecht) en het verspreidings- of distributierecht. Voor uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties behoefde, vanwege de eerdere inwerkingtreding van harmoniserende regels op die terreinen, slechts het reproductierecht en het beschikbaarstellingsrecht te worden geregeld.
43. Het reproductierecht wordt ruim omschreven. Het omvat elke, ook zeer kortstondige of vluchtige, zich puur binnen het technisch functioneren van netwerken of hardware afspelende kopieerhandelingen. Ook aan het recht van mededeling van werken aan het publiek moet een ruime betekenis worden gegeven. Het recht omvat iedere mededeling die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Het laatstgenoemde recht omspant ook het recht van beschikbaarstelling voor het publiek van ander beschermd materiaal. Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat rechthebbenden het uitsluitend recht hebben om werken en ander materiaal door middel van interactieve doorgifte op aanvraag voor het publiek beschikbaar te stellen. Ten slotte voorziet de richtlijn, wat de rechten betreft, nog in het uitsluitende recht om zeggenschap uit te oefenen over de distributie van het werk, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd.
44. Het distributierecht is beperkt, omdat het recht na het eerste in het verkeer brengen is uitgeput. Dat wil zeggen dat de verdere verspreiding (door middel van verkoop of andere wijze van eigendomsovergang) van het exemplaar niet door de auteurs- en/of nabuurrechthebbenden kan worden belemmerd met een beroep op hun intellectueel eigendomsrecht. Het uitputtingsbeginsel komt tegemoet aan de belangen van parallel- en detailhandel en van de consument. Het uitputtingsbeginsel speelt overigens alleen bij het exemplaar-gebonden distributierecht. Bij niet-exemplaar gebonden vormen van openbaarmaking, zoals mededeling (met inbegrip van beschikbaar stellen) voor het publiek, is geen sprake van uitputting. Nederland is voorstander van wereldwijde uitputting. Maar op grond van de onderhavige richtlijn auteursrecht moet in lijn met andere richtlijnen op het gebied van de intellectuele eigendom communautaire uitputting worden voorgeschreven. Dientengevolge is het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk eerst uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang geschiedt in de Gemeenschap door de rechthebbende of met diens toestemming.
45. Artikel 5 bevat een regeling van de beperkingen en restricties op de uitsluitende rechten. Op één beperking na is deze regeling facultatief van aard. Het eerste lid bevat een verplichte uitzondering op het reproductierecht, namelijk voorzover het technische kopieën betreft. De formulering is ingewikkeld. Maar waar het in de kern

van de zaak op neer komt is dat kopieën die slechts een functioneel of technisch karakter dragen, zoals *caching* en *browsing*, en die geen onafhankelijke economische betekenis hebben, buiten het auteursrecht vallen.

46. Artikel 5 bevat naast de reeds genoemde verplichte beperking inzake technische kopieën nog een groot aantal door elke lidstaat afzonderlijk facultatief over te nemen beperkingen en restricties. Het tweede lid bevat beperkingen en restricties op het reproductierecht, het derde lid bevat beperkingen en restricties op zowel het reproductierecht als het recht op mededeling van werken aan het publiek en het beschikkingstellingsrecht en het vierde lid bevat de mogelijkheid tot het vaststellen van de beperkingen en restricties uit het tweede en derde lid op het distributierecht. De beperkingen en restricties behelzen achtereenvolgens fotokopiëren, privé-gebruik, bibliotheek- en archiefgebruik, efemere opnamen van omroepprogramma's, kopieën van omroepprogramma's in sociale instellingen, gebruik in het kader van onderwijs of wetenschap, gebruik ten behoeve van gehandicapten, gebruik in de pers, citaatvrijheid, gebruik in het kader van administratieve of judiciële procedures, gebruik van politieke teksten, gebruik in het kader van religieuze of officiële gebeurtenissen, toevallig gebruik bij opnames of verslagen, gebruik in het kader van karikaturen en parodieën, gebruik in het kader van reparatie en demonstratie, gebruik in het kader van reclame, gebruik van afbeeldingen van openbare gebouwen en beeldhouwwerken en lezen en luisteren in een bibliotheekomgeving.
47. Het is opvallend dat de beperkingen en restricties zo uitvoerig worden geregeld in de richtlijn. De WIPO-verdragen regelen niets over beperkingen en restricties, laat staan over een plicht voor een redelijke tegemoetkoming bij een aantal van die beperkingen en restricties. Er is slechts een politieke verklaring aangenomen op grond waarvan bestaande beperkingen op hun digitale betekenis mogen worden getest en op grond waarvan eventueel nieuwe beperkingen mogen worden aangenomen. In de WIPO-verdragen was ook niets geregeld over het reproductierecht. Er was slechts een verklaring aangenomen op grond waarvan het reproductierecht ook in een digitale omgeving van toepassing is. De WIPO-verdragen noopten dan ook, in tegenstelling tot de richtlijn auteursrecht, niet tot een verplichte beperking voor puur technische kopieën op het buiten zijn oevers getreden reproductierecht weer enigszins in te dammen. Onder andere over die onderwerpen heeft zich de strijd afgespeeld tussen de lidstaten en de Commissie, tussen lidstaten onderling, tussen belangengroeperingen en in het Parlement. In die strijd is de in het aanvankelijk voorstel voor een richtlijn van de Europese Commissie voorkomende, overigens veel te korte lijst van beperkingen en restricties enorm uitgedijd. De ambitie van de Commissie de beperkingen en restricties uitputtend en daarenboven bij voorkeur volledig te regelen heeft als het ware een kettingreactie teweeggebracht die in een lange lijst van beperkingen heeft geresulteerd. Het alternatief voor die lange lijst was een hardheidsclausule (open eind), doch die was voor zowel de Commissie als verschillende voornamelijk zuidelijke lidstaten onaanvaardbaar. Het spreekt voor zichzelf dat met het uitdijen van de lijst het dwingend voorschrijven van de beperkingen allengs geheel uit beeld verdween.

48. Het vijfde lid, ten slotte, bevat de zogenaamde ‘drie stappen toets’, waaraan elke op het recht te maken beperking getoetst dient te worden. De toepassing van deze beperkingen en restricties mogen op grond daarvan (1) slechts in bijzondere gevallen worden toegepast (2) onder voorwaarde dat daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en (3) de wettige belangen van de belanghebbende niet onredelijk worden geschaad. Deze toets is reeds neergelegd in verschillende internationale regelingen, namelijk de Berner Conventie, het TRIPs-verdrag en de beide WIPO-verdragen uit 1996.
49. Artikelen 6 en 7 bevatten regels ter bescherming van respectievelijk doeltreffende ‘technische’ voorzieningen en informatie omtrent beheer van elektronische rechten. De adviesaanvraag van de Minister van Justitie heeft met name betrekking op doeltreffende technische voorzieningen. Onder "technische voorzieningen" wordt ingevolge artikel 6, derde lid, van de richtlijn auteursrecht verstaan technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of ander materiaal, die niet zijn toegestaan door de houders van auteursrechten, wettelijk vastgelegde naburige rechten of het *sui generis* databankenrecht bedoeld in hoofdstuk III van Richtlijn 96/9/EG. Technische voorzieningen worden geacht "doeltreffend" te zijn indien het gebruik van een beschermd werk of ander beschermd materiaal wordt gecontroleerd door de rechthebbenden door toepassing van een controle op de toegang of een beschermingsprocédé zoals encryptie, versluiering of een andere transformatie van het werk of ander materiaal of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt.
50. Door dergelijke kwaliteitseisen te stellen worden de *hardware* en *content* - industrie in feite tot elkaar veroordeeld. Zij moeten met elkaar om de tafel gaan zitten teneinde overeenstemming te bereiken over de maatregelen die men wil toepassen. Als technische beveiliging niet aan dergelijke eisen zou moeten voldoen, zou (de producent van) elk apparaat waarin content wordt gebruikt aansprakelijkheid riskeren als die beveiliging niet zou worden herkend. Ook zou technische beveiliging het normaal gebruik van *hardware* kunnen belemmeren. Om die reden bevat de richtlijn auteursrecht dan ook clausules, zoals de *playability* en *no mandate* clauses, die deze in feite mededingingsrechtelijk getinte en voor dit advies dientengevolge minder relevante problematiek trachten te ondervangen.
51. Op grond van artikel 6, eerste lid, moeten lidstaten voorzien in passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technologische voorzieningen door een persoon die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij aldus handelt. Op grond van artikel 6, tweede lid, moeten lidstaten voorzien in passende rechtsbescherming tegen de vervaardiging, invoer, distributie, verkoop, verhuur, reclame voor verkoop of verhuur, of het bezit voor commerciële doeleinden van inrichtingen, producten, onderdelen of het verrichten van diensten die omzeiling mogelijk maken en daarvoor ook primair bedoeld zijn. Het gaat hier, voor alle duidelijkheid, dus niet om de producenten van de apparaten genoemd in alinea's 15 en 16 die apparaten fabriceren, op de markt brengen en promoten die vanwege

afspraken daarover met rechthebbenden in staat zijn de door rechthebbenden aangebracht technische beschermingsmaatregelen te herkennen en daar onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden door heen kunnen prikken om een kopie te maken.

52. Het gevaar dat ten gevolge van doeltreffende technologische voorzieningen kan rijzen, is dat beperkingen en restricties zinledig worden. Althans, wanneer het gaat om zogenaamde bulkleveringen. In geval van interactief *on-line on demand* contracteren kunnen afspraken op maat worden gesneden, zodat het probleem van zinledig wordende beperkingen zich daar niet snel zal voordoen. Op grond van artikel 6, vierde lid, vierde onderdeel, is de onderstaande regeling dan ook niet op de laatstgenoemde situatie van toepassing.
53. De lidstaten moeten de rechthebbenden aansporen om binnen een redelijke termijn vrijwillig maatregelen te treffen waardoor de beperkingen en restricties niet zinledig worden. Bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden genomen maatregelen *moeten* de lidstaten ten aanzien van de rechthebbenden passende maatregelen treffen wanneer de bepaalde specifiek genoemde doch facultatief om te zetten beperkingen en restricties in het gedrang komen (artikel 6, vierde lid, tweede onderdeel). Het gaat hierbij om de beperkingen en restricties ten behoeve van fotokopiëren, kopiëren door bibliotheken, kopiëren door sociale instellingen, kopiëren ten behoeve van onderwijsdoeleinden, ten behoeve van gehandicapten en ten behoeven van rechterlijke of administratieve procedures vanwege de daaraan ten grondslag liggende algemene belangen. Bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden genomen maatregelen *mogen* lidstaten ten aanzien van de rechthebbenden passende maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat de facultatieve uitzondering voor privé-kopiëren in het gedrang komt (artikel 6, vierde lid, derde onderdeel).
54. De vraag rijst wat passende maatregelen zijn. Vooropgesteld zij dat het feit dat de maatregelen *passend* moeten zijn, impliceert dat de maatregelen de goedkeuring moeten kunnen weldragen van het in het vorige hoofdstuk uit de doeken gedane communautaire toetsingskader. Het vorenstaande in het achterhoofd houdende zou een passende maatregel wellicht kunnen zijn dat de rechthebbende ertoe wordt verplicht om van een elektronisch werk ook altijd een papieren exemplaar te verspreiden. Een andere passende maatregel zou kunnen zijn dat de rechthebbende ertoe wordt verplicht aan de gebruiker een sleutel beschikbaar te stellen, zodat laatstgenoemde van een hem ter beschikking staande beperking of restrictie gebruik kan maken. Begunstigden van beperkingen en restricties zouden hun gelijk in een concreet voorliggend feitencomplex kunnen halen bij de rechter op grond van een wettelijk vastgelegd recht. Maar het is ook niet ondenkbaar dat de wetgevende macht een algemene maatregel van bestuur uitvaardigt waarin rechthebbenden worden opgedragen aan de begunstigden van specifieke beperkingen en restricties de gelegenheid te bieden van die beperkingen en restricties gebruik te kunnen maken. Zoveel is duidelijk, de lidstaten bezitten met uitzondering van het EG-kader waarin de passende maatregel natuurlijk moet passen, een grote discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de concrete invulling van de maatregel.

55. Het laatste hoofdstuk van de richtlijn auteursrecht is gewijd aan gemeenschappelijke bepalingen (artikelen 8 tot en met 14), namelijk sancties en rechtsmiddelen, voortgezette toepassing van andere wettelijke bepalingen, overgangsrecht, wijzigingen in bestaande richtlijnen, rapportageverplichtingen, de implementatietermijn en de datum van inwerkingtreding.

Mate van harmonisatie

56. De mate van harmonisatie binnen de richtlijn auteursrecht verschilt. Illustratief voor het beperkt effect dat de richtlijn (vooralsnog) heeft voor de interne markt is overweging 31 van de preambule bij de richtlijn, waarin wordt opgemerkt:

“ De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben *directe negatieve gevolgen* voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet *meer eenheid* in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De *mate* waarin dergelijke beperkingen en restricties worden *geharmoniseerd*, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor goede werking van de interne markt.” [cursivering werkgroep]

57. Ten aanzien van het reproductierecht, het recht op mededeling (met inbegrip van beschikbaar stellen) voor het publiek en het distributierecht kan geconcludeerd worden dat er sprake is van volledige harmonisatie van de kern van de rechten. Ten aanzien van het distributierecht wordt communautaire uitputting voorgeschreven. De uitputting wordt daarmee eveneens volledig geharmoniseerd. Ook het verbod te omzeilen en het verbod producten en diensten te fabriceren, op de markt te zetten en te promoten die primair zijn bedoeld om te omzeilen, zijn volledig geharmoniseerd. Ten slotte is ook de verplicht om te zetten uitzondering op het reproductierecht voor puur technische kopieën (‘*caching*’) een typisch voorbeeld van volledige harmonisatie.

58. De overige beperkingen en restricties ten aanzien van de in Richtlijn 2001/29 genoemde rechten zijn ingevolge artikel 5 facultatief omzetbaar. De lidstaten mogen kiezen welke beperkingen zij in hun nationale wetgeving wensen op te nemen. De lijst van beperkingen en restricties is wel limitatief. Dat wil zeggen dat het lidstaten niet vrij staat in hun wet- en regelgeving andere dan de in de richtlijn auteursrechtgenoemde beperkingen en restricties op te nemen. Geconcludeerd kan mitsdien worden dat er wel sprake is van uitputtende harmonisatie, doch deze is niet volledig. Voor artikel 6, vierde lid, geldt hetzelfde voor zover en indien de bepaling voortbouwt op de steeds facultatief om te zetten beperkingen restricties. Het feit dat een lidstaat, bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden getroffen maatregelen, passende maatregelen *moet* treffen, wanneer bepaalde beperkingen en restricties in het gedrang komen, doet daaraan niet af. De beperkingen en restricties zijn immers wél uitputtend opgesomd, maar facultatief omzetbaar.

59. Een lidstaat *mag*, bij gebreke van vrijwillig door rechthebbenden getroffen maatregelen, passende maatregelen treffen, wanneer het privé-kopiëren in het nauw komt. Hier is andermaal sprake van uitputtende harmonisatie. Maar de harmonisatie is hier nog onvollediger. Het staat lidstaten niet alleen vrij te kiezen of een beperking voor privé-kopiëren wordt opgenomen, maar ook of ter zake onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden passende maatregelen worden genomen. Voor de volledigheid wordt ten slotte vermeld dat de lidstaten sowieso een grote discretionaire bevoegdheid bezitten ten aanzien van de concrete invulling van de passende maatregelen.

Hoofdstuk 4. Beantwoording van de vragen A en B (Richtlijn 2001/29 en het vrije verkeer van goederen en diensten)

60. Uitgaande van de veronderstelling dat artikel 5 en, in relatie daarmee, artikel 6, vierde lid, van de richtlijn op uiteenlopende wijze door de lidstaten zal worden geïmplementeerd, heeft de Minister van Justitie, afgezien van vraag C, de volgende Europeesrechtelijke vragen gesteld:

A) moet dan worden uitgegaan van het algemene beginsel dat eenmaal in een lidstaat rechtmatig in het vrije verkeer gebrachte goederen (art. 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

61. De werkgroep merkt allereerst op dat deze vragen zodanig met elkaar samenhangen, dat het de voorkeur verdient de eerste twee vragen gezamenlijk te behandelen.

62. De werkgroep tekent in verband met het voorgaande aan dat de door de Minister van Justitie onder A en B gestelde vragen niet op de eerste plaats een auteursrechtelijk probleem betreffen al vloeien zij voort uit de bescherming van het auteursrecht zoals dat in Richtlijn 2001/29/EG is neergelegd. Zij hebben vooral betrekking op de regels van het vrij verkeer van goederen en de verhouding van die regels tot de facultatieve beperkingen.

63. Tengevolge van de mogelijkheid dat lidstaten de artikelen 5 en 6 van de richtlijn uiteenlopend implementeren, kunnen verschillen ontstaan in de omvang van de auteursrechtelijke bescherming van lidstaat tot lidstaat. Dergelijke verschillen kunnen leiden tot belemmeringen van het handelsverkeer in dragers van werken die, teneinde te voldoen aan de voorschriften die een lidstaat op grond van die bepalingen heeft vastgesteld over bepaalde eigenschappen beschikken. Hoewel de lidstaten door beperkingen op het auteursrecht aan te brengen gebruik maken van ruimte die door de

richtlijn wordt geboden, moet worden benadrukt dat het hierbij gaat om een facultatieve bevoegdheid en dienen de betrokken nationale maatregelen te voldoen aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en diensten. Ter illustratie van de uitwerking van de bepalingen inzake het vrij verkeer op nationale voorschriften ten aanzien van dragers van beschermde uitingen, afspeelapparatuur en omzeilingsmiddelen is een aantal casusposities uitgewerkt. Het materiaal voor deze casusposities is ontleend aan de vier voorbeelden die zijn omschreven in de achtergrondnotitie van het Ministerie van Justitie. Omdat de toepassing van de communautaire regels op deze gevallen tot verschillende resultaten leidt, afhankelijk van de vraag of er sprake is van de invoer in een lidstaat met een ruim auteursrechtelijk beschermingsrégime (bijv. geen beperkingen op het auteursrecht) vanuit een lidstaat met een beperkter régime (wel beperkingen op het auteursrecht) dan wel de omgekeerde situatie, is onderscheid gemaakt tussen acht verschillende casusposities, die in onderstaande matrix zijn weergegeven.

	Status		Invoer vanuit lidstaat A naar lidstaat B	Invoer vanuit Lidstaat B naar lidstaat A
	Lidstaat A	Lidstaat B		
Papieren drager	Verplicht	Ongeregeld	1.a	1.b
2x kopieerbaar cd-schijfje	Verplicht	Ongeregeld	2.a	2.b
DVD-speler geschikt om 1x kopie te maken	Verplicht	Verboden	3.a	3.b
Braillesoftware via internet	Toegestaan	Verboden	4.a	4.b

Werkwijze

64. De verschillende in deze matrix geïdentificeerde casusposities zullen worden besproken aan de hand van het “klassieke” stramien, waarbij eerst wordt gezien hoe de casus zich verhoudt tot Richtlijn 2001/29 en in hoeverre deze, gelet op de beoogde graad van harmonisatie, een basis biedt voor de nationale maatregel in kwestie. Wanneer blijkt dat dit niet het geval is, vindt toetsing aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en diensten plaats. Dit houdt in dat, nadat is vastgesteld dat het betrokken nationale voorschrift een belemmering vormt voor het vrij verkeer van goederen of diensten en daarmee getroffen worden door het verbod van artikel 28 EG respectievelijk artikel 49 EG, vervolgens de aandacht wordt gericht op de mogelijkheid om de betrokken maatregel te rechtvaardigen op grond van een in artikel 30 EG respectievelijk de artikelen 55 jo. 45 en 46 EG of een in de jurisprudentie van het Hof van Justitie erkende uitzondering. Daarbij staat uiteraard centraal de mogelijkheid om inbreuken op het vrij verkeer te rechtvaardigen om redenen van de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht, zij het dat ook

andere overwegingen van algemeen belang (onderwijs, cultuur en sociaal beleid) relevant zijn. Tenslotte wordt steeds bezien in hoeverre is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid. In de praktijk blijkt dat op dit laatste vaak de nadruk ligt bij de toetsing van nationale maatregelen aan de vrij-verkeersbepalingen van het EG-Verdrag.

65. Ten aanzien van het intellectueel eigendomsrecht is een uitdrukkelijke uitzondering opgenomen in artikel 30 EG, terwijl het Hof van Justitie in de sfeer van de diensten bij het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling, eveneens heeft erkend dat deze grond belemmeringen kan rechtvaardigen.²⁵ Bij die rechtvaardiging waakt het Hof van Justitie ervoor dat de belemmering steeds betrekking heeft op het “specifieke voorwerp” van het betrokken i.e.-recht en dat dit recht niet wordt gebruikt voor kunstmatige opsplitsing van de interne markt. De richtlijnen op het terrein van het i.e.-recht, waaronder Richtlijn 2001/29, geven op communautair niveau, onder meer, invulling aan het “specifieke voorwerp” van het i.e.-recht. Deze richtlijnen geven geen expliciete voorschriften met betrekking tot het vrij verkeer van goederen en diensten die voorwerp zijn van het betrokken i.e.-recht.
66. Inzake het begrip “specifiek voorwerp” van het intellectuele eigendomsrecht moet erop worden gewezen dat dit in de context van het auteursrecht twee betekenissen kan hebben. In de eerste plaats zou als het specifieke voorwerp van het auteursrecht kunnen worden opgevat de rechten *met inbegrip van de beperkingen en restricties* (de ruime variant). In die variant staan zowel de rechten als de beperkingen en restricties centraal. In de tweede plaats zou als het specifieke voorwerp van het auteursrecht kunnen worden opgevat de rechten *minus de beperkingen en restricties* (de enge variant). In die variant staan de rechten van de rechthebbenden centraal: wat niet onder die rechten valt behoort niet tot het auteursrecht. Beperkingen en restricties betreffen handelingen die weliswaar als openbaar maken en verveelvoudigen zijn aan te merken, doch die aan de beschikkingsmacht van de rechthebbende zijn onttrokken. Gevolg van een ruime invulling van het begrip “specifiek voorwerp” is dat beperkingen onderdeel uitmaken van de te beschermen intellectuele eigendom en dat deze, voor zover zij belemmeringen van de handel veroorzaken, kunnen worden gerechtvaardigd op grond van artikel 30 EG. De maatregelen mogen zelfs discriminatoir zijn als ze maar niet willekeurig zijn. Wordt daarentegen uitgegaan van een restrictieve opvatting met betrekking tot het begrip “specifiek voorwerp”, zodat deze beperkingen en restricties niet omvat, dan kunnen daarmee verband houdende handelsbelemmeringen niet worden gerechtvaardigd op grond van artikel 30 EG. Daarvoor is uitsluitend de ‘*rule of reason*’ beschikbaar. Voorwaarde daarvoor is dat de betrokken nationale voorschriften niet discriminatoir zijn. Hieronder worden acht casusposities, met inachtneming van het voorgaande, besproken.

Situatie 1

²⁵ Zaak 62/79, Coditel I, Jur. 1980, blz. 881.

67. Lidstaat A schrijft voor dat 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. Ten aanzien van een (niet kopieerbare) CD-ROM wordt er vanuit gegaan dat de verhandeling of invoer in lidstaat B niet op problemen zal stuiten.

1a. Papieren drager wordt uit lidstaat A (waar verplicht) ingevoerd in lidstaat B (waar ongeregeld)

68. In lidstaat A voorziet de regelgeving erin dat om redenen van algemeen belang (bijvoorbeeld t.b.v. bibliotheken, wetenschap en onderwijs) werken die worden gedistribueerd op CD-ROM tevens in papieren vorm beschikbaar moeten zijn. Hiermee neemt lidstaat A een “passende maatregel” in de zin van artikel 6, vierde lid, van de richtlijn teneinde de begunstigen van een beperking als bedoeld in artikel 5, derde lid, onder c, van de richtlijn in staat te stellen van hun daaruit voortvloeiende rechten gebruik te maken. Indien lidstaat B een soortgelijke verplichting niet kent is het de vraag of de invoer of verhandeling van een papieren versie in lidstaat B kan worden tegengehouden. Daarbij gaat het dan om een uit de auteurswetgeving van B voortvloeiend recht van de rechthebbende op het werk in lidstaat B om zich te verzetten tegen de verspreiding van de papieren versie in lidstaat B als bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de richtlijn.

69. Allereerst moet worden vastgesteld dat de richtlijn niets bepaalt omtrent het vrij verkeer van dragers van een uiting die als uitvloeisel van een “passende maatregel” in de handel worden gebracht. Dit brengt met zich mee dat de beschreven casus moet worden gezien in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen. Vanuit die invalshoek is duidelijk dat het recht van de rechthebbende in B om - op grond van de daar geldende wetgeving - in rechte op te treden tegen de verspreiding van een papieren versie van het door zijn auteursrecht beschermd werk een belemmering van de handel oplevert in de zin van artikel 28 EG.²⁶ Overigens moet hiervoor een rechtvaardiging worden gevonden, in het bijzonder op grond van de exceptie inzake de industriële en commerciële eigendom in artikel 30 EG. Bij de beoordeling hiervan is van belang dat de rechthebbende in lidstaat A op grond van de daar geldende regelgeving, waarmee uitvoering wordt gegeven aan artikel 6, vierde lid, eerste onderdeel, van de richtlijn, *ertoe verplicht is* een papieren versie ter beschikking te stellen. Er is dus geen sprake van dat de papieren versie vrijwillig of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer is gebracht. Hij voldoet aan een in lidstaat A geldende wettelijke verplichting die is terug te voeren op de in artikel 5, tweede lid, onder c, van de richtlijn bedoelde beperking op het reproductierecht. In deze omstandigheden is het de vraag of het distributierecht van de rechthebbende is uitgeput met het in lidstaat A in het verkeer brengen van een papieren versie.

²⁶ Overigens zou de rechthebbende in deze situatie ook op zijn exclusief reproductierecht kunnen beroepen.

70. Volgens de termen van artikel 4, tweede lid, van de richtlijn is het distributierecht alleen dan uitgeput wanneer de eerste verkoop of eigendomsovergang van het werk en ander beschermd materiaal in de EG geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming. Uit deze omschrijving blijkt niet uitdrukkelijk dat uitputting ook optreedt in geval er geen sprake is van vrijwilligheid bij de rechthebbende, omdat hij gevolg geeft aan een wettelijke verplichting. Desondanks moet erop worden gewezen dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie (inzake het octrooirecht) aanwijzingen zijn te vinden dat de uitputting van het distributierecht inderdaad samenhangt met de vrije keuze van de rechthebbende en niet van toepassing is in gevallen waarin deze juridisch gedwongen is zijn werk ook in deze vorm in het verkeer te brengen.²⁷ Het lijkt aannemelijk dat het Hof van Justitie de in artikel 4, tweede lid, vastgelegde uitputtingsregel op het terrein van het auteursrecht op gelijke wijze zal uitleggen.
71. In deze omstandigheden is de conclusie dat artikel 30 EG, alsook artikel 4 van de richtlijn, de rechthebbende in lidstaat B inderdaad toestaan op grond van zijn in die lidstaat B geldend exclusief distributierecht te verzetten tegen de invoer van een in lidstaat A dwingend voorgeschreven papieren versie van een werk, ook al wordt hiermee uitvoering gegeven aan artikel 6, vierde lid, eerste onderdeel, van de richtlijn. Is de papieren versie daarentegen vrijwillig in lidstaat A in het verkeer gebracht door de rechthebbende, dan is zijn exclusief distributierecht uitgeput en heeft hij geen mogelijkheid zich te verzetten tegen invoer en verhandeling in lidstaat B.
72. De werkgroep wijst er wel op dat, indien het gevolg van het verplicht voorschrijven dat er een papieren versie beschikbaar moet zijn is dat de rechthebbende zich in andere lidstaten kan verzetten tegen de invoer en verhandeling in die lidstaten, er bij hem een incentive zal ontbreken om in lidstaat A vrijwillige afspraken met begunstigden te treffen die ertoe leiden dat zij de beschikking verkrijgen over een papieren versie van het beschermde werk. Het is dan immers in zijn belang te wachten tot hem van overheidswege (als “passende maatregel”) wordt opgedragen de bewuste papieren versie ter beschikking te stellen. De rechthebbende wordt met andere woorden ervoor “beloond” dat hij nalaat uit eigen beweging maatregelen ten behoeve van de begunstigden te treffen.
- 1b. Papieren drager wordt uit lidstaat B (waar ongeregeld) ingevoerd in lidstaat A (waar verplicht)*
73. Er kunnen zich drie mogelijkheden voordoen.
74. De eerste mogelijkheid is dat de wetgeving van lidstaat A erin voorziet dat beschermde werken tevens in papieren vorm beschikbaar moeten zijn. In dat geval bestaat er voor invoer van een papieren versie uit lidstaat B geen belemmering.

²⁷ Vgl. zaak C-267/95 en C-268/95, Merck v. Primecrown, Jur. 1996, blz. I-6285, punt 50. Zie ook zaak 19/84, Pharmon v. Hoechst, Jur. 1985, 2281 inzake dwanglicenties in het kader van het octrooirecht.

75. De tweede mogelijkheid is dat in lidstaat A is voorgeschreven dat de papieren versie alleen aan bepaalde categorieën begunstigen ter beschikking mag worden gesteld terwijl de rechthebbende geen exemplaren daarvan in lidstaat A in het verkeer heeft gebracht en daarvoor voor lidstaat B ook geen toestemming heeft gegeven. In dat geval zou de rechthebbende in lidstaat A zich wel kunnen verzetten tegen de invoer en verhandeling van deze papieren exemplaren, omdat deze handelingen vallen buiten de aangebrachte beperking en daarmee binnen het beschermingsbereik vallen van het in artikel 4, eerste lid, van Richtlijn 2001/29 gegarandeerde uitsluitende recht op de distributie van het werk.
76. De derde mogelijkheid is dat de rechthebbende in lidstaat A toestemming heeft gegeven om de papieren versie in lidstaat B in het verkeer te brengen. In dat geval is de uitputtingsregel van artikel 4, tweede lid, van Richtlijn 2001/29 van toepassing en is verzet tegen de invoer en verhandeling in lidstaat A niet langer mogelijk.
77. Ingeval van invoer van een CD-ROM zonder een begeleidende papieren versie in lidstaat A vanuit lidstaat B, waar een papieren versie niet is voorgeschreven, geldt hetgeen hierna wordt opgemerkt bij situatie 2b.
78. **Conclusie met betrekking tot situaties 1a en 1b (papieren versie).**
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), dan kan de rechthebbende op grond van zijn in de richtlijn neergelegde uitsluitend *distributierecht* in laatstgenoemde lidstaat zich verzetten tegen de invoer en verhandeling.
In de omgekeerde situatie, waarbij een papieren versie vrijwillig in een lidstaat is gebracht en vervolgens wordt ingevoerd in een lidstaat waar is voorgeschreven dat een dergelijk exemplaar beschikbaar moet zijn, is er 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 begunstigen.
Onderkend moet worden dat, gelet op het feit dat gedwongen beschikbaarstelling, de rechthebbende meer mogelijkheden geeft zich te verzetten tegen invoer en verhandeling in andere lidstaten, er in deze situatie weinig incentive zal bestaan voor de rechthebbende om mee te werken aan vrijwillige afspraken met begunstigen van een beperking.
Voor de rechtssituatie ten aanzien van invoer van een CD-ROM zonder een begeleidende papieren versie in lidstaat A vanuit lidstaat B, waar een papieren versie niet is voorgeschreven, geldt hetgeen hierna wordt opgemerkt bij situatie 2b.

Situatie 2

2a. Kopieerbare CD wordt ingevoerd in lidstaat B, die niet voorziet in kopieerbaarheid

79. Lidstaat A schrijft voor dat een CD waarop een werk en ander beschermd materiaal is geregistreerd t.b.v. begunstigen 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.
80. In lidstaat B is de omvang van de bescherming van het auteursrecht ruimer dan in lidstaat A, omdat deze lidstaat geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 5 van de richtlijn om beperkingen aan te brengen, noch, in het verlengde daarvan, passende maatregelen getroffen in de zin van artikel 6, vierde lid, tweede onderdeel, van de richtlijn. Indien uit lidstaat A afkomstige kopieerbare CD's in lidstaat B op de markt worden gebracht, is het de vraag of de rechthebbende in lidstaat B zich binnen de grenzen van het EG-recht kan verzetten tegen de verhandeling van deze CD's. Voor alle duidelijkheid zij hier herhaald dat Richtlijn 2001/29 niets bepaalt omtrent het vrij verkeer van dragers die, teneinde te voldoen aan op artikel 6, vierde lid, van de richtlijn gebaseerde nationale voorschriften in de lidstaat van vervaardiging, over bepaalde eigenschappen moeten beschikken. Dit betekent dat de deze situatie moet worden beoordeeld aan de hand van de basisprincipes van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen.
81. Het bestaan van een ruimere beschermingsomvang in de wetgeving van lidstaat B belemmert (potentieel) de handel in CD's afkomstig uit lidstaten, zoals lidstaat A, die in verband met de beperking van het auteursrecht eisen aan de drager van beschermde werken hebben gesteld. Er wordt vanuit gegaan dat in deze situatie CD's, die in A in de handel zijn gebracht, door een derde en niet door de rechthebbende zelf in lidstaat B worden ingevoerd. Gelet op het feit dat de rechthebbende in lidstaat B ingevolge het in de wetgeving van B geïmplementeerde artikel 2 van de richtlijn, een *uitsluitend recht heeft op de reproductie* van het op de betrokken CD's opgeslagen materiaal, heeft hij in beginsel de mogelijkheid om de invoer en verhandeling van kopieerbare CD's te beletten. Een dergelijk uit de richtlijn voortvloeiend recht moet worden beschouwd als te behoren tot het specifieke voorwerp van het auteursrecht dat op grond van artikel 30 EG een rechtvaardiging kan bieden voor de belemmering van het handelsverkeer. In deze situatie wordt aan toetsing aan het EG-verdrag niet meer toegekomen. Dit laat onverlet dat de rechthebbende in dit geval tevens een beroep kan doen op zijn exclusieve distributierecht. Hiervoor zij verwezen naar de hiervoor genoemde situatie 1a.
82. Indien de rechthebbende in lidstaat B daarentegen zelf kopieerbare CD's in lidstaat B in de handel heeft gebracht (hetgeen immers niet is uitgesloten door de wetgeving van lidstaat B), is het de vraag of deze zich nog met een beroep op zijn uitsluitende recht tegen de invoer van identieke CD's uit lidstaat A kan verzetten. In dit geval is weer van belang of de betrokken CD's al dan niet met toestemming van dezelfde rechthebbende in lidstaat A in het verkeer zijn gebracht. Is dat wel het geval dan lijkt het niet langer mogelijk om met een beroep op het auteursrecht in lidstaat B de invoer en verhandeling tegen te gaan. Zijn uitsluitende *distributierecht* is in dit geval uitgeput. Indien de rechthebbende, die door middel van het in lidstaat B op de markt brengen van kopieerbare CD's toestemming geeft zijn werk te kopiëren, de

mogelijkheid zou hebben identieke kopieerbare CD's uit andere lidstaten te weren, zou hem een middel worden gegeven die hem in staat stelt de markt te verdelen zonder dat hier een aan het specifiek voorwerp verbonden rechtvaardiging aan ten grondslag ligt. In dit geval is derhalve geen verzet mogelijk tegen invoer en verhandeling. Ten aanzien van het daadwerkelijk reproduceren geldt hetgeen is opgemerkt in punt 81.

83. Het bovenstaande maakt duidelijk dat in geval 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), deze zonder in strijd te komen met artikel 28 EG zich op basis van zijn uitsluitend reproductierecht kan verzetten tegen de invoer. 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. Wel kan hij zich in voorkomend geval verzetten tegen ongeoorloofde reproductie.

2b. Niet kopieerbare CD (uit lidstaat B) wordt ingevoerd in lidstaat A (waar kopieerbaarheid verplicht is)

84. Op grond van de regelgeving in lidstaat A moeten CD's eenmaal kopieerbaar zijn voor privé-gebruik. Daarentegen is in lidstaat B niets geregeld omtrent verplichte kopieerbaarheid. Indien de rechthebbende in lidstaat B zijn CD's aldaar in de handel brengt voorzien van een beschermlaag tegen kopiëren, is het de vraag in hoeverre de invoer van die CD's in lidstaat A kan worden tegengehouden op grond van de daar geldende regelgeving.

85. In dit geval heeft de rechthebbende in lidstaat A geen belang om zich te verzetten tegen de verhandeling van CD's uit B. Zij tasten zijn rechten immers niet aan. Indien lidstaat A echter maatregelen zou treffen tegen de invoer of verhandeling van deze niet kopieerbare CD's, zou zulks worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 28 EG. Om te ontkomen aan de werking van het in dit artikel vervat verbod, dient voor deze maatregel een rechtvaardiging te worden gegeven op grond van hetzij artikel 30 EG, hetzij de 'rule of reason'. Welke rechtvaardigingslijn gevolgd wordt, is afhankelijk van de opvatting die wordt gehuldigd ten aanzien van de omvang van de bescherming van het auteursrecht en met name de vraag of ook de aangebrachte beperkingen daaronder vallen (zie ook hiervoor, punten 58 en 66). Is dat wel het geval dan kunnen de beperkingen worden geacht deel uit te maken van het specifieke voorwerp van het auteursrecht met als gevolg dat nationale maatregelen die dienaangaande worden getroffen, kunnen worden gerechtvaardigd op grond van artikel 30 EG. Wordt daarentegen uitgegaan van de enge opvatting dan is rechtvaardiging alleen op grond van de 'rule of reason' mogelijk.

86. Voorop staat dat de bedoelde nationale maatregelen in lidstaat A uitvoering geven aan artikel 5 van de richtlijn. De in de richtlijn toegelaten beperkingen zijn alle ingegeven

door overwegingen van maatschappelijk belang, zoals onderwijs-, wetenschaps- en cultuurbeleid en sociaal beleid, zodat – voor de doeleinden van de toepassing van de ‘*rule of reason*’ - kan worden aangenomen dat de nationale maatregelen inderdaad kunnen worden erkend als “dwingende vereisten van algemeen belang”. (In de ruime opvatting ten aanzien van de omvang van het door artikel 30 beschermde auteursrecht is de rechtvaardigingsgrond gegeven). Het enkele feit dat met deze maatregelen gebruik wordt gemaakt van door de richtlijn geboden ruimte is evenwel nog onvoldoende voor de gemeenschapsrechtelijke aanvaardbaarheid daarvan. Daarvoor moeten de door de toegestane maatregelen tevens voldoen aan de overige vereisten voor de rechtvaardiging van belemmeringen van het tussenstaatse handelsverkeer.

87. In de eerste plaats is om een beroep op de ‘*rule of reason*’ te kunnen doen van belang dat de regel inzake kopieerbaarheid zonder onderscheid van toepassing is op CD’s die in lidstaat A zijn vervaardigd en in de handel zijn gebracht en CD’s van herkomst uit andere lidstaten van de EU. In de ruime opvatting geldt deze voorwaarde niet. In beide gevallen dient te worden aangetoond dat de maatregel noodzakelijk is voor het nagestreefde doel, *in casu* de verspreiding van kennis, informatie, literatuur om redenen van onderwijs-, wetenschaps- en cultuurbeleid en sociaal beleid respectievelijk de bescherming van het specifieke voorwerp van het auteursrecht. Naar mag worden aangenomen voldoet de eis inzake kopieerbaarheid daaraan.
88. Tenslotte, dient de maatregel steeds te voldoen aan de eis van de evenredigheid, in die zin dat zij het handelsverkeer tussen de lidstaten niet meer belemmert dan nodig is voor het verwezenlijken van het doel. Een absoluut verbod op de verhandeling van niet kopieerbare CD’s lijkt in dit opzicht een te vergaand middel. Door het absoluut weren door lidstaat A van zulke CD’s wordt op zich geen enkel belang gediend, terwijl het handelsverkeer in belangrijke mate wordt belemmerd. Het lijkt dan ook dat een minder handelsbelemmerende maatregel mogelijk is ten aanzien van niet in lidstaat A geproduceerde CD’s in de vorm van een etiketteringseis (“niet kopieerbaar”). Hiermee wordt voldoende informatie gegeven aan de gebruiker die verwachtingen zou kunnen hebben inzake de kopieerbaarheid, terwijl invoer en verhandeling mogelijk worden gemaakt.
89. Ten aanzien van situatie 2b kan worden geconcludeerd dat nationale maatregelen die erop gericht zijn uit andere lidstaten ingevoerde niet-kopieerbare CD’s van de markt te weren, omdat zij niet voldoen aan nationale regelgeving die erop gericht is begunstigden van een beperking in staat te stellen daarvan gebruik te maken, het handelsverkeer op disproportionele wijze treffen en daarom noch op grond van artikel 30 EG, noch op grond van de ‘*rule of reason*’ kunnen worden gerechtvaardigd.
90. **Conclusie met betrekking tot situaties 2a en 2b (kopieerbare CD’s)**
In de situatie 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 zonder in strijd te komen met artikel 28 EG zich 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, 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.

Situatie 3

91. Lidstaat A bepaalt, voor het geval producenten en rechthebbenden geen overeenstemming daarover kunnen bereiken,²⁸ 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.

3a. DVD-speler uit lidstaat A die wel geschikt is voor kopiëren wordt ingevoerd in lidstaat B waar er een verbod geldt voor dergelijke apparaten

92. Ingevolge artikel 6, eerste lid, van de richtlijn voorzien de lidstaten in een passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technische voorzieningen door een persoon die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij aldus handelt. Waar deze bepaling gericht is op de handeling van het omzeilen zelf, bepaalt artikel 6, tweede lid, van de richtlijn dat de lidstaten eveneens maatregelen treffen tegen - kortweg - de vervaardiging, invoer en verhandeling van omzeilingsapparatuur. Richtlijn 2001/29 gaat er in artikel 6 van uit dat er sprake is van omzeiling indien er opzettelijk tegen de wil van de rechthebbende (doeltreffende) technische voorzieningen te niet worden gedaan en dit niet het gevolg van een nationale beperking als bedoeld in het vierde lid. Aangezien uit de omschrijving van deze apparatuur in deze bepaling blijkt dat het moet gaan specifiek op omzeiling gerichte apparatuur of die buiten die functie overigens geen zelfstandige waarde heeft, voldoet een DVD-speler met kopieerfaciliteit niet aan deze omschrijving. Daarbij zij aangetekend dat de begrippen die hier aan de orde zijn ("omzeiling"; "doeltreffende technische voorzieningen") communautaire begrippen zijn die in alle lidstaten een eenvormige betekenis moeten hebben. Hieruit volgt dat geen enkele lidstaat maatregelen kan nemen tegen de hier bedoelde DVD-spelers op grond van artikel 6,

²⁸ Waar in deze paragraaf wordt ingegaan op een door het Ministerie genoemd voorbeeld (zie bijlage 2), merkt de werkgroep op dat een lidstaat doorgaans niet bepaalt dat een dvd-speler geschikt moet zijn om tenminste een kopie voor prive-gebruik te maken. Dat wordt in beginsel bepaald in een overeenkomst tussen producenten van de apparatuur en rechthebbenden. Aan technische voorzieningen worden namelijk bepaalde kwaliteitseisen gesteld. Door die eisen worden de hardware en content - industrie in feite tot elkaar veroordeeld. Zij moeten met elkaar onderhandelen teneinde overeenstemming te bereiken over de maatregelen die men wil toepassen. Als de technische beveiliging niet aan dergelijke eisen zou moeten voldoen, zou (de producent van) elk apparaat waarin content wordt gebruikt aansprakelijkheid riskeren als die beveiliging niet zou worden herkend. Ook zou de technische beveiliging het normaal gebruik van hardware kunnen belemmeren.

tweede lid, van de richtlijn. Deze apparaten vallen buiten het materieel bereik van de richtlijn.

93. Indien een DVD-speler met kopieerfaciliteit in lidstaat A rechtmatig in het verkeer is gebracht, is het de vraag of lidstaat B op grond van de daar geldende regelgeving de invoer van dat apparaat kan verbieden. Vanzelfsprekend is een verbod een belemmering van het handelsverkeer en derhalve verboden op grond van artikel 28 EG, tenzij daarvoor een aanvaardbare rechtvaardiging kan worden gegeven. Niet uitgesloten is dat een dergelijk verbod in verband zou kunnen worden gebracht met de exceptie inzake het industrieel en commercieel eigendomsrecht van artikel 30 EG, omdat deze ertoe strekt bescherming te bieden aan het reproductierecht van de rechthebbende. Het is evenwel zeer de vraag of, ondanks de aanvaardbaarheid van het doel van deze maatregel, het middel niet in een te ver verwijderd verband staat met het specifiek voorwerp van het auteursrecht.²⁹ Buiten de bescherming van het auteursrecht valt moeilijk in te zien welk ander belang met een dergelijk verbod is gediend. Indien zou kunnen worden aangenomen dat dat verband wel bestaat, moet echter worden betwijfeld of de maatregel voldoet aan het evenredigheidsvereiste. Immers, in de situatie dat een lidstaat niet heeft voorzien in verplichte kopieerbaarheid, waardoor de uitoefening van het reproductierecht geheel bij de rechthebbende berust, moet niet worden uitgesloten dat rechthebbenden toch opteren voor kopieerbaarheid van de dragers van hun werk. Wanneer de middelen ontbreken om deze rechtmatige uitoefening van het reproductierecht in lidstaat B te realiseren, is duidelijk dat een absoluut verbod zijn doel voorbij schiet en het handelsverkeer op disproportionele wijze treft.

94. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat, buiten de bescherming van het reproductierecht, moeilijk kan worden ingezien welk ander algemeen belang zou kunnen worden aangewezen ter rechtvaardiging van een verbod op de invoer en verhandeling van DVD-spelers met kopieerfaciliteit. De conclusie is dat een absoluut verbod op de invoer en verhandeling van deze apparaten gemeenschapsrechtelijk niet kan worden gerechtvaardigd.

3b. 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.

95. In lidstaat A is de verhandeling van DVD-spelers afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat deze de mogelijkheid moet bieden om te kunnen kopiëren. DVD-spelers uit lidstaat B, waar dit vereiste niet geldt, voldoen niet aan deze voorwaarde. Vraag is of lidstaat A dergelijke spelers van de eigen markt kan weren.

96. De eis dat DVD-spelers een kopieerfaciliteit moeten hebben vormt een belemmering voor de invoer van DVD-spelers uit andere lidstaten die daaraan niet voldoen en is in beginsel verboden op grond van artikel 28 EG, tenzij een rechtvaardiging voor de belemmering kan worden gegeven. In dit geval heeft de nationale eis niet tot doel het

²⁹ Dit verband zou wel meer aanwezig zijn, indien de software met beschermd materiaal wordt geïncorporeerd in de hardware, zoals bijvoorbeeld een televisietoestel met harde schijf.

intellectueel eigendomsrecht van de rechthebbende te beschermen; deze dient ertoe bij te dragen dat de begunstigden van een beperking van het auteursrecht daarvan ook daadwerkelijk gebruik kunnen maken. De in artikel 30 EG vervatte excepties zijn hier dan ook niet van toepassing (tenzij ook hier kan worden uitgegaan van de ruime opvatting ten aanzien van de reikwijdte van de bescherming van het auteursrecht). Dit betekent dat de rechtvaardiging moet worden gevonden in de *'rule of reason'*. Zoals ook onder 2b opgemerkt kan worden aangenomen dat de nationale maatregel in verband staat met een dwingend vereiste van algemeen belang, zoals impliciet erkend in artikel 5, tweede lid, onder b, van de richtlijn. Gelet op de gevolgen voor het handelsverkeer, moet deze maatregel evenwel ook voldoen aan de overige EG-rechtelijke vereisten. Zo dient het betrokken nationale voorschrift zonder onderscheid naar herkomst van het product van toepassing te zijn; *in casu* kan daarvan worden uitgegaan. Verder dient te zijn voldaan aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid. Wat betreft de eerste is er reeds plaats voor twijfel: het is immers de vraag of een verplichting dat DVD-spelers een kopieerfaciliteit moeten hebben noodzakelijk is voor het in artikel 5, tweede lid, onder b, van de richtlijn omschreven doel. Daarvoor zou moeten worden aangetoond dat zonder een dergelijke verplichting de betrokken apparaten niet op de markt zouden komen, hetgeen onwaarschijnlijk lijkt. Ook lijkt een absoluut verbod op de verhandeling van DVD-spelers die niet kunnen kopiëren een onevenredige maatregel, zolang er op de markt ook apparaten beschikbaar zijn die wel kunnen kopiëren. Ook hier (vgl. situatie 2b) zou kunnen worden volstaan met een etiketteringseis.

97. De conclusie luidt dat een absoluut verbod op de invoer en verhandeling van DVD-spelers die niet over een kopieerfaciliteit beschikken, onverenigbaar is met de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen.

98. Conclusie met betrekking tot situaties 3a en 3b (DVD-spelers)

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

Situatie 4

99. 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.

4a. 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).

100. Het toestaan (door lidstaat A) van de verhandeling van software die het mogelijk maakt versleutelde informatie om te zetten in braille kan worden beschouwd als een

maatregel ter uitvoering van artikel 6, vierde lid, eerste onderdeel; impliciet daarin besloten is dat gebruik is gemaakt van de mogelijkheid een beperking als bedoeld in artikel 5, derde lid, onder b, van Richtlijn 2001/29 op het auteursrecht aan te brengen. Lidstaat B heeft daarentegen geen gebruik gemaakt van laatstgenoemde richtlijnbeperking en verbiedt de invoer en verhandeling van dergelijke software.

101. Zoals ook bij de andere casusposities het geval was is er hier sprake van een uiteenlopende omvang in de bescherming van het auteursrecht in lidstaat A en lidstaat B ten gevolge van de keuzes bij de implementatie. Lidstaat A kent een beperktere bescherming van het reproductierecht, omdat gebruik is gemaakt van artikel 5, derde lid, onder b, van de richtlijn. Lidstaat B kent een ruimere beschermingsomvang, omdat deze restrictie niet is aangebracht.
102. Indien een in lidstaat B gevestigde persoon, de vanuit A via het internet aangeboden software ‘invoert’ en verder gaat distribueren of exploiteren is het de vraag of lidstaat B op basis van de nationale regelgeving hiertegen kan optreden. Er kan van worden uitgegaan dat de regelgeving van zowel lidstaat A als lidstaat B in overeenstemming is met Richtlijn 2001/29. In lidstaat B is de omvang van het uitsluitende reproductierecht echter ruimer dan in lidstaat A. Hoewel de nationale regelgeving van B een belemmering van het dienstenverkeer tot gevolg heeft, kan deze worden gerechtvaardigd met een beroep op de bescherming van de intellectuele eigendom, nu het Hof van Justitie zulks in zoveel woorden in het arrest *Coditel*³⁰ bij het ontbreken van een uitdrukkelijke basis in het EG-Verdrag heeft erkend. Het betrokken nationaal verbod is ook zonder onderscheid van toepassing op vanuit andere lidstaten en binnen lidstaat B aangeboden software. Gelet op het doel, waarbij het gaat om het beschermen van het reproductierecht van de rechthebbende dat tot het specifieke voorwerp van het auteursrecht moet worden gerekend, is het verbod aan te merken als een noodzakelijk en niet onevenredig middel.
103. Ook is mogelijk dat de rechthebbende in lidstaat B bij geconstateerde inbreuk op zijn reproductierecht in B zou kunnen optreden tegen de eveneens in B gevestigde derde die met behulp van de ontsleutelingssoftware zijn beschermd werk in braille omzet en in deze vorm verder exploiteert. Een dergelijke op grond van de nationale implementatieregeling gebaseerde actie is in termen van de jurisprudentie van het Hof van Justitie erop gericht het specifieke voorwerp van het auteursrecht, zoals in lidstaat B verankerd, te beschermen.
104. De belemmeringen die hieruit voortvloeien voor het vrij verrichten van diensten zijn het gevolg van de (onvolledige) graad van harmonisatie die door Richtlijn 2001/29 wordt bereikt.
105. Geconcludeerd kan worden dat maatregelen tegen het aanbieden en het exploiteren van software die indruist tegen de door het nationaal recht geboden auteursrechtelijke bescherming bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht kan worden gerechtvaardigd. Hierbij wordt opgemerkt dat aanbieding door een Internet

³⁰ Zaak 62/79, *Coditel I*, Jur. 1980, 881.

Service Provider (ISP) onderworpen is aan de wetgeving die geldt in de staat waar deze is gevestigd, op grond van het *country-of-origin*-beginsel in de richtlijn elektronische handel. Echter, tegen ISP's die gevestigd zijn in de lidstaat waar dergelijke software niet is toegestaan en die de in een andere lidstaat aangeboden software doorgeven, kan de rechthebbende een vordering tot staking van de doorgifte instellen.

4b. ontsleutelingssoftware uit lidstaat B (waar zulks niet is toegestaan) wordt on-line wordt aangeboden in lidstaat A (waar zulks wel is toegestaan)

106. Deze situatie lijkt niet realistisch en zou bovendien ook niet leiden tot enige handelsbelemmering.

107. Wel is van belang de situatie dat software wordt aangeboden zonder begeleidende ontsleutelingssoftware. Net als in casuspositie 1b gaat het er in dit geval om dat wanneer auteurs- of nabuurrechtelijk beschermd materiaal vanuit lidstaat B wordt aangeboden, tevens op grond van een passende maatregel in lidstaat A software moet worden aangeboden die begunstigden van de gehandicaptenbepanking in lidstaat A in staat stelt daarvan gebruik te maken. Ook hier geldt dan echter hetgeen wordt opgemerkt in situatie 2b.

108. Conclusie met betrekking tot situatie 4a

Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht kunnen 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.

Slotopmerkingen

109. Het beeld dat uit de bovenstaande casusposities ontstaat is dat de principes met betrekking tot de afstemming tussen het vrij verkeer van goederen en diensten enerzijds en de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht anderzijds afhankelijk van het geval en het belang dat daarbij in geding is tot verschillende resultaten leiden. Indien er sprake is van inbreuken op rechten die kunnen worden gerekend tot het specifieke voorwerp (in ruime of enge zin) van het auteursrecht, dan staat het EG-recht toe dat daartegen kan worden opgetreden, hetzij op grond van artikel 30 EG, hetzij op grond van de '*rule of reason*'. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer producten van beschermd materiaal niet door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer zijn gebracht, zoals bij het verplicht ter beschikking stellen: in dat geval is het uitsluitende distributierecht niet uitgeput. Is er daarentegen wel sprake van het vrijwillig in het verkeer brengen van deze producten, dan heeft de rechthebbende niet langer de mogelijkheid de invoer en verhandeling tegen te gaan. Bij uiteenlopende nationale regelingen terzake van het reproductierecht, zal de rechthebbende doorgaans met een beroep op dat recht in eigen land 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 begunstigen 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 afspeelapparatuur tegen te gaan lijken echter aanzienlijk beperkter.

110. Inzake de onder 2 en 3 beschreven situaties moet worden opgemerkt 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 beschermlaag moet immers door de afspeelapparatuur worden herkend. Hiervan uitgaand is het opmerkelijk dat de *dragers* van auteursrechtelijk en anderszins beschermd materiaal *wel* (uitkomst situatie 2a) en de *apparatuur* waarop die dragers moeten worden afgespeeld *niet* (uitkomst situatie 3a) aan de grens kunnen worden tegengehouden op grond van nationale maatregelen die EG-rechtelijk kunnen worden gerechtvaardigd. Dit is echter het gevolg van de verschillende belangen die ter rechtvaardiging van dergelijke maatregelen kunnen worden ingeroepen en de EG-rechtelijke waardering daarvan.

Beantwoording van de vragen A en B

De hiervoor gestelde vragen A en B moeten naar de mening van de werkgroep ontkennend resp. bevestigend worden beantwoord. 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 diensten binnen de EG kunnen ontstaan. Meer concreet komt de werkgroep 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 m.n. 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 begunstigen 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.

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.

Hoofdstuk 5. Beantwoording van vraag C

111. De derde vraag betreft de verhouding van richtlijn 2001/29 tot de richtlijn elektronische handel.³¹

Deze vraag luidt als volgt:

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?”*

Doel, en werkingssfeer van de richtlijn elektronische handel

112. Doel van de richtlijn is het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen. Daartoe wordt 'voor zover nodig' de nationale regelgeving met betrekking tot de volgende onderwerpen geharmoniseerd: commerciële communicatie, elektronisch contracteren, en de aansprakelijkheid van tussenpersonen.

113. De richtlijn heeft een ruime *materiële werkingssfeer*. Zij bestrijkt een groot gedeelte van het gehele internetaanbod. De richtlijn bestrijkt een groot gebied. Maar niet omdat geharmoniseerd wordt, maar wel omdat het oorsprongslidbeginsel het gecoördineerd gebied bestrijkt.

114. Artikel 3, derde lid, zondert door middel van een bijlage een aantal onderwerpen uit van de interne marktbeginselen. Dit betreft onder meer auteursrechten en naburige rechten.

Artikel 3, vierde lid, geeft aan de lidstaten mogelijkheden onder de daarin gestelde voorwaarden af te wijken van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij in bijzondere gevallen (openbare orde, bescherming van de volksgezondheid, openbare veiligheid en bescherming van de consument). Artikel 3, vierde lid, kent minder uitzonderingen dan het EG-Verdrag. De vraag welke uitzonderingen gerechtvaardigd zijn, moet uitsluitend worden beantwoord binnen het kader van de Richtlijn elektronische handel. Voor wat betreft de aansprakelijkheid van Internet Service Providers wordt hier verwezen naar hetgeen is opgemerkt bij de beantwoording van casus 4a.

³¹ 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 ('Richtlijn inzake elektronische handel'), PB 2000, L 178, blz. 1.

Artikel 3 moet volgens de werkgroep in onderlinge samenhang worden gelezen.³² Dit betekent dat artikel 3, vierde lid, niet van toepassing is op de in de bijlage genoemde onderwerpen.

Relatie richtlijn elektronische handel en richtlijn 2001/29

115. Voor de relatie tussen de richtlijn elektronische handel en de richtlijn 2001/29 waarop het rapport betrekking heeft, is in het bijzonder van belang artikel 3, derde lid, van de richtlijn elektronische handel. Zoals hiervoor aangegeven, zondert artikel 3, derde lid, onder meer auteursrechten en naburige rechten uit van de werkingssfeer van de richtlijn. Dit betekent dat artikel 3, vierde lid, van de richtlijn elektronische handel 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 wordt dus exclusief geregeld 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.

Beantwoording van vraag C

Het antwoord op vraag C luidt ontkennend. Immers, artikel 3, vierde lid, van de richtlijn elektronische handel vindt geen toepassing 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 wordt dus exclusief geregeld 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.

³² Dit kan ook worden afgeleid uit het ICER-advies inzake het voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de elektronische handel in de interne markt (ICER 99/61)