



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek van de intellectuel eigendom**

Visser, D.J.G.

### **Citation**

Visser, D. J. G. (2010). Kroniek van de intellectuel eigendom. *Njb-Kronieken*, 15, 982-988.  
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15954>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15954>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Kroniek van de intellectuele eigendom

Dirk Visser<sup>1</sup>

HET IE-PROCESRECHT WORDT EEN APARTE SUBWETENSCHAP. OP HET GEBIED VAN HET OCTROOI RECHT GEBEURDE ER HET AFGELOPEN JAAR NIET VEEL, MAAR MOGELIJK KOMT HET EUROPESE OCTROOI WEER IETS DICHTERBIJ. DE RUIME BESCHERMING VAN BEKENDE MERKEN IN EUROPA IS HELEMAAL TERUG EN DE HARMONISATIE VAN HET MERKENRECHT VIA DE RECHTSPRAAK VAN HET HVJ EU NADERT ZIJN VOLTOOIING. DE BESCHERMING VAN HET LEGO-BLOKJE IN EUROPA IS DE FACTO AFGELOPEN. DE EUROPESE HARMONISATIE VAN HET AUTEURSRECHT VIA DE RECHTSPRAAK VAN HET HVJ EU BEGINT OP GANG TE KOMEN, MAAR HOE HET VERDER MOET MET HET AUTEURSRECHT EN INTERNET WETEN WE NOG STEEDS NIET.

## IE-procesrecht

### Volledige proceskostenveroordeling

Vorig jaar berichtten wij over introductie van de regeling Indicatietarieven in IE-zaken.<sup>2</sup> In de toelichting op die regeling valt te lezen dat de daarin weergegeven uitgangspunten en tarieven zo nodig halfjaarlijks worden aangepast. De regeling is in het afgelopen jaar echter niet gewijzigd. De in de kroniek van vorig jaar vermelde tarieven zijn onveranderd gebleven en worden met grote regelmaat toegepast.

Uit de toelichting op de regeling blijkt dat wanneer het op grond van art. 1019h Rv gevorderde bedrag niet wordt betwist, dat in beginsel door de rechter conform de gedane opgave dient te worden toegewezen. Inmiddels heeft ook de Hoge Raad geoordeeld dat niet-betwiste proceskosten dienen te worden toegewezen en dat er geen ruimte is voor ambtshalve toetsing van de hoogte van de vordering.<sup>3</sup>

Een uitzondering op dit door de HR geformuleerde uitgangspunt werd het afgelopen jaar in de praktijk overigens wel gemaakt voor verstekzaken. Er zijn diverse voorbeelden te vinden van vonnissen waarin werd geoordeeld dat de volledige proceskostenveroordeling slechts bij verstek kan worden uitgesproken indien is komen vast te staan dat de kostenspecificatie in de dagvaarding was opgenomen of de niet-verschenen gedaagde bij exploit is bekendgemaakt.<sup>4</sup>

Over de reikwijdte van art. 1019h Rv is het afgelopen jaar ook weer het nodige duidelijk geworden. Dat voornoemd artikel geen toepassing kan vinden in zaken waarin slechts een beroep wordt gedaan op onrechtmatige

daadsbescherming, bijvoorbeeld wanneer slechts bescherming tegen slaafse nabootsing wordt ingeroepen of wanneer een beroep wordt gedaan op het in de Auteurswet te vinden portretrecht, was al duidelijk,<sup>5</sup> al is er een enkel voorbeeld van een onjuiste toepassing van art. 1019h Rv te vinden.<sup>6</sup> Het Haagse hof heeft duidelijk gemaakt dat de regeling onverkort van toepassing is op procedures die met een verzoekschrift worden ingeleid, daaronder begrepen de verzoeken tot een voorlopig getuigenverhoor en voorlopig deskundigenbericht.<sup>7</sup> Een volledige proceskostenveroordeling blijkt ook mogelijk in geval van intrekking van de zaak door de eiser. Uitgangspunt is volgens de Rechtbank Den Haag dat bij afstand van instantie de eiser als in het ongelijk gesteld is te beschouwen in de zin van art. 1019h Rv.<sup>8</sup>

Of de regeling ook van toepassing is op exequaturprocedures met betrekking tot een beslissing van een rechter van een andere lidstaat over een inbreuk op een IE-recht in die andere lidstaat, is onduidelijk. De Hoge Raad heeft vragen daarover gesteld aan het HvJ EG, die naar verwachting in de loop van het komende jaar zullen worden beantwoord.<sup>9</sup>

### Ex-parteverbod

Ook in het afgelopen verslagjaar is veelvuldig gebruikgemaakt van de mogelijkheid een verbod te vragen zonder dat de wederpartij daarop wordt gehoord. Er is wederom een groot aantal toewijzende beschikkingen gepubliceerd, die duidelijk maken dat het een effectief middel is ingeval van onmiskenbare inbreuk waardoor onherstelbare schade dreigt te worden geleden.

## Presenteer uw zaak zo volledig mogelijk, zodat de Voorzieningenrechter niet later het idee krijgt misleid te zijn

Vorig jaar maakten wij al melding van een zaak waarin de Voorzieningenrechter zijn oordeel over de inbreuk moest bijstellen na de producten in kwestie tijdens het opheffingskortgeding in het echt gezien te hebben. Ook dit jaar hebben wij weer zo'n zaak gezien.<sup>10</sup> Deze voorbeelden maken duidelijk dat volledigheid en openheid geboden zijn: presenteer uw zaak zo volledig mogelijk, zodat de Voorzieningenrechter niet later het idee krijgt misleid te zijn door een (voor de verzoeker althans) te rooskleurige voorstelling van zaken.

Aandacht verdient ten slotte de afwijzende beschikking van een Haagse Voorzieningenrechter, die oordeelde dat de wederpartij door een daartoe strekkende sommatie in de gelegenheid had moeten worden gesteld vrijwillig de inbreuk te staken.<sup>11</sup> Indien het in verband met de omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet mogelijk is te sommeren en een antwoord af te wachten alvorens een ex-parte verbod te vragen, verdient het aanbeveling deze onmogelijkheid goed te motiveren in het verzoekschrift.

### Beschrijvend beslag en bewijsbeslag

In diverse uitspraken zijn de contouren van de beslagregelingen nader aangescherpt. Zo is bijvoorbeeld door het Hof Leeuwarden duidelijk gemaakt dat in geval van binnentreden in een woning, de in de Algemene wet op het binnentreden dient te worden gerespecteerd door de deurwaarder in kwestie. Inzage in privébestanden op een in beslag genomen computer werd door datzelfde hof in strijd geacht met art. 10 Gw.<sup>12</sup>

In 2009 is wederom bevestigd dat een verlov tot het leggen van beslag geen inzagerecht van de beslagen stukken inhoudt.<sup>13</sup> Inzage moet in een contradictoire procedure worden gevorderd. In geval van voldoende spoedeisend

belang bij inzage van de beslagen stukken, kan de vordering overigens wel in kort geding worden ingesteld.<sup>14</sup>

Het Bossche hof heeft ten slotte duidelijkheid gegeven over de vraag hoe de rechtmatigheid van bewijsbeschermende maatregelen moet worden getoetst: de toetsing geschiedt ex nunc, met dien verstande dat de rechtvaardiging voor de bewijsbeschermende maatregelen niet mag worden afgeleid uit stukken die door die maatregelen zijn verkregen.<sup>15</sup>

### TRIP's termijn

Art. 1019i Rv bepaalt dat een voorlopige voorziening haar kracht verliest indien niet tijdig een eis in de hoofdzaak is ingesteld. Wordt geen bodemprocedure aanhangig gemaakt en dient de veroordeelde partij een verklaring met die mededeling in ter griffie van de rechtbank die de voorlopige voorziening heeft gegeven, dan is het verval een feit. Het afgelopen jaar werd een eiser die opnieuw probeerde een verbod te bewerkstelligen in kort geding niet-ontvankelijk verklaard.<sup>16</sup> De Voorzieningenrechter deed dat onder verwijzing naar een al wat ouder arrest van het Hof Leeuwarden,<sup>17</sup> waarin dat hof overwoog dat 'het in artikel 260 Rv (thans art. 1019i Rv) voorziene verlies van kracht van een voorlopige voorziening, niet kan worden teniet gedaan of uitgesteld door het telkenmale opnieuw instellen van (nagenoeg) dezelfde vordering onder het (steeds) vorderen van een nieuwe termijn voor het ahangig maken van een bodemprocedure, nu een en ander strijdig moet worden geacht met de inhoud en strekking van voornoemd artikel en voorts met hetgeen de goede procesorde met zich meebrengt'.

### Octrooirecht

In de kroniek van vorig jaar kwam het conflict tussen de *Spiro/Flamco*-leer<sup>18</sup> en het nieuwe EPC 2000<sup>19</sup> al ter sprake. De conclusie van de lagere rechtspraak dat de roemruchte leer in strijd zou zijn met het nieuwe verdrag is inmiddels bevestigd door de Hoge Raad.

De Hoge Raad oordeelde in een zaak over ballonkatheters<sup>20</sup> dat deze leer, die heel kort gezegd ziet op de partiële nietigverklaring (en dus tegelijkertijd de gedeeltelijke instandhouding) van octrooien, zelf ook (partieel) nietig is. 'Vernietiging van [het Nederlands deel van] een Europees octrooi is ingevolge de nieuwe verdragsbepaling niet meer onderworpen aan nadere, aan het nationale

#### Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam. De auteur is dank verschuldigd aan mw. mr J.A.K. van den Berg en mw. mr M. Truijens, advocaten te Amsterdam, voor het IE-procesrecht- respectievelijk het octrooideel van deze kroniek. De auteur is voorts dank verschuldigd aan mr P. de Weerd, hoofdredacteur [www.boek9.nl](http://www.boek9.nl). Alle recente rechtspraak genoemd in deze kroniek is te vinden op [www.boek9.nl](http://www.boek9.nl).

#### Noten

2. Gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl);

zie ook B9 6434.

3. HR 26 februari 2010 (*Stichting Baas In Eigen Huis/Plazacasa*), B9 8638.

4. Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 4 september 2009 (*Formula One/Goldzade*), B9 8158, en Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 16 september 2009 (*Thuiskopie/SDC*), B9 8196.

5. Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 4 februari 2010 (*Tevea/Besselink*), B9 8580, en Rb. Rotterdam (vzr.) 30 juli 2008 (*eiser/gedaagde*), B9 6578.

6. Rb. Amsterdam (vzr.) 14 december 2009 (*Rieu/Stijl & Inhoud Media*), B9 8490.

7. Hof 's-Gravenhage 22 december 2009 (*Lundbeck/Tiefenbacher*), B9 8501.

8. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 19 januari 2010 (*TNT/Logispring*), B9 8582.

9. HR 16 oktober 2009 (*Realchemie/Bayer*), B9 8276.

10. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 14 december 2009, nr. KG ZA 09-1608 (*Kruidvat/Adventure Bags*), B9 8453.

11. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 juli 2009 (*GSK/Pharmachemie*), B9 8171.

12. Hof Leeuwarden 4 augustus 2009 (*Kohler Mira/De Melker*), B9 8110.

13. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009 (*Abott/Medtronic*), B9 7704.

14. Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009 (*Abott/Medtronic*), B9 7704.

15. Hof 's-Hertogenbosch 8 december 2009 (*Bacardi/Loendersloot*), B9 8437.

16. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 23 januari 2009 (*Boco Chemie/CWS-Boco*), B9 7630.

17. Hof Leeuwarden 26 juli 2006 (*Storteboom/Fraas*), BIE 2007/64.

18. HR 9 februari 1996 (*Spiro/Flamco*), NJ 1998, 2 (m.nt. D.W.F. Verkade).

19. [www.epo.org/patents/law/legal-texts/epc.html](http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/epc.html).

20. HR 6 maart 2009, L/JN BG7412 (*Scimed/Medinol*).

recht ontleende voorwaarden.' Dat de *Spiro/Flamco*-leer na invoering van het EPC 2000 nog wel onverkort geldt voor Nederlandse octrooien, mag impliciet blijken uit het arrest en werd in juni 2009 nog eens nader geëxpliciteerd door de Rechtbank 's-Gravenhage.<sup>21</sup>

Ook het Gemeenschapsoctrooi is al eerder ter sprake gekomen. Spreken van een doorbraak is met het oog op dit politiek instabiele onderwerp gevaarlijk, maar er is in ieder geval iets substantieels gebeurd in 2009. Het Gemeenschapsoctrooi, dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon overigens verder EU Octrooi genoemd dient te worden, lijkt het afgelopen jaar weer iets dichterbij te zijn gekomen, nu de Raad van Ministers op bepaalde belangrijke punten tot overeenstemming is gekomen, overigens niet in de laatste plaats omdat de discussie over andere punten (waaronder de talen het toekomstige EU Octrooi) vermeden werd. De punten van overeenstemming zijn opgenomen in een Voorstel voor een Verordening.<sup>22</sup> Het voorstel betreft voornamelijk zaken die na verlening spelen, zoals rechtsgevolgen, licenties, nietigheid et cetera. Daarnaast heeft de Raad ook overeenstemming bereikt ook over de oprichting van een Europees en EU-Octrooi-gerecht, dat pan-Europees zal kunnen oordelen in zaken aangaande Europees en EU-Octrooien.

### Merkenrecht

#### Kielzog varen

Hét merkenrechtelijke arrest van 2009 was ongetwijfeld *L'Oréal/Bellure* van het HvJ EU.<sup>23</sup>

De bescherming van bekende merken tegen navolgers werd belangrijk versterkt en de bewijslast vereenvoudigd door deze uitspraak over zogenaamde *smell-a-likes*, kopieën van bekende parfums. De centrale overweging is zo belangrijk dat deze integraal dient te worden geciteerd:

'Het voordeel dat voortvloeit uit het gebruik door een derde van een teken dat overeenstemt met een bekend merk, wordt door die derde ongerechtvaardigd uit dat onderscheidend vermogen of die reputatie getrokken wanneer hij door dit gebruik in het kielzog van het bekende merk probeert te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dat merk, en om zonder financiële vergoeding profijt te halen uit de commerciële inspanning die de houder van het merk heeft geleverd om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden.'



Wanneer er sprake is van een zekere mate van gelijkenis, waardoor het publiek *denkt* aan het bekende merk, én wanneer duidelijk is dat het de *bedoeling* is van de navolger om 'in het kielzog te varen' van de commerciële inspan-

ning van de merkhouder, is er sprake van merkinbreuk.

In de rechtspraak is dit eenvoudig toepasbare criterium inmiddels met enthousiasme omarmd.<sup>24</sup> Een saillant voorbeeld vormt de eigenaar van coffeeshop The Bulldog die in een interview had toegegeven met de introductie van een energy drink onder dezelfde naam (Bulldog) 'een graantje te hebben willen meepikken' van 'de miljoenen van Red Bull'. Dit 'graantje meepikken' werd gekwalificeerd als 'kielzog varen'.<sup>25</sup>

#### Bekende merk

Ook ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een bekend merk (met de daarmee samenhangende ruimere beschermingsomvang), was het HvJ EU de merkhouders het afgelopen jaar gunstig gezind. In zijn arrest *Pago*<sup>26</sup> oordeelde het HvJ EU dat een Europees merk al een bekend merk kan zijn als het in één (van de 27) lidstaten van de Europese Unie, in dit geval in Oostenrijk bekendheid geniet. *Wanneer* bekendheid in één lidstaat nu precies voldoende is om bekendheid in de gehele EU aan te nemen, is minder duidelijk.



#### Normaal gebruik

Nog minder duidelijk is of ook 'normaal gebruik' in één lidstaat voldoende is om een merk rechtsgeldig in stand te houden. Dit is een buitengewoon (politiek) gevoelige kwestie, omdat wanneer normaal gebruik in één lidstaat niet voldoende is, talloze Europese merken blootstaan aan vervallenverklaring, waardoor het (politiek) succes van Europese gemeenschapsmerk zwaar onder druk zou komen te staan. Anderzijds zouden de diverse nationale<sup>27</sup> merkenbureaus deze uitkomst sterk verwelkomen, omdat de nationale merken, die nu door het succes van het Europese merk steeds meer terrein (aantal inschrijvingen en dus omzet) verliezen, daarmee weer aan belang zouden winnen.

Nadat het Benelux Bureau voor de Intellectuele Eigendom in een oppositiebeslissing<sup>28</sup> had geoordeeld dat gebruik in één lidstaat niet voldoende is voor rechtinstandhoudend normaal gebruik, barstte er onmiddellijk

## De kans lijkt groot dat het Europese HvJ uiteindelijk in het belang van het succes van de EU zal oordelen dat gebruik in één lidstaat wél voldoende kan zijn

een heftige discussie los op diverse internetfora. Het Europese Merkenbureau zag aanleiding om door middel van een persverklaring een ander standpunt in te nemen.<sup>29</sup> Het Hongaarse Merkenbureau kwam juist weer met een ondersteuning van de Benelux-collega's.<sup>30</sup> De kans lijkt groot dat het Europese HvJ EU uiteindelijk in het belang van (het succes van) de EU zal oordelen dat gebruik in één lidstaat wél voldoende kan zijn. Maar zeker is dat niet en er zal nog de nodige discussie en rechtsonzekerheid aan vooraf gaan voor het zover is.

### Slaafse nabootsing

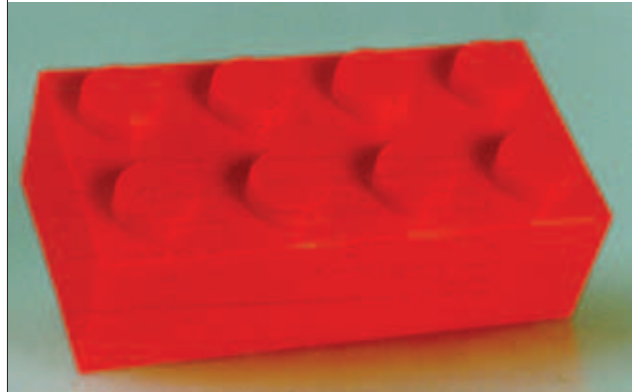
Eind 2009 sprak de Hoge Raad zich uit over de vraag of bepaalde nabootsing van Lego-blokjes geoorloofd is of wegens de leer van de 'slaafse nabootsing' verboden.<sup>31</sup> De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof Den Bosch in stand, dat er met name vanwege een bij het publiek bestaande 'standaardisatiebehoefte' – omdat men al veel Lego-blokjes heeft, wil men blokjes die daarbij en op passen – voldoende afgeweken werd door iets andere kleuren te kiezen en een andere naam op de nopjes van de blokjes te vermelden.

De Hoge Raad deed daarbij, anders dan het Bundesgerichtshof enkele jaren eerder, geen principiële uitspraak over de eindigheid van IE-rechten en de gevolgen daarvan voor de nabootsing na afloop van octrooirechten, modelrechten en andere in de tijd beperkte rechten.

Nabootsen blijft daarmee in Nederland altijd gevaarlijk, ook na afloop van wettelijk in de tijd beperkte rechten. Of sprake is van *nodeloos* (verwarringwekkend) nabootsen kan, zoals in casu, afhangen van een twee weken voor pleidooi in appel overgelegd publieksonderzoek over een standaardisatiebehoefte bij het publiek.

Binnenkort spreekt het Hof van Justitie EU zich

waarschijnlijk uit over de definitieve ongeldigheid van de merkinschrijving voor de vorm van het Lego-blokje<sup>32</sup> en daarmee zal de facto in heel Europa het doek vallen voor de juridische bescherming van het Lego-blokje (dat dateert uit 1958).



### Auteursrecht

#### Wat is een werk?

Sinds eind mei 2008 was de geldende formule voor auteursrechtelijke bescherming in Nederland te vinden in het 'Endstra'-arrest van de Hoge Raad.<sup>33</sup> Het vereiste voor auteursrechtelijke bescherming was 'eigen oorspronkelijk karakter' en 'persoonlijk stempel van de maker'. Het vereiste dat een werk een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. 'Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.' Aldus de Hoge Raad (in r.o. 4.5.1. van het *Endstra*-arrest). Deze formulering werd sindsdien in de feitenrechtspraak zorgvuldig gevolgd.

#### Infopaq

Op 16 juli 2009 lijkt de *Endstra*-formule van de Hoge Raad echter te zijn achterhaald door het arrest *Infopaq* van het Hof van Justitie EU.<sup>34</sup> De *Infopaq*-zaak ging over de vraag of het kopiëren van elf woorden uit een tekst in het kader van een soort digitale knipselzoekdienst een auteursrecht-

#### Noten

21. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 juli 2009 (*Bébécár*), B9 8064.

22. Raad van Europa Interinstitutioneel dossier 2000/0177(CNS), [http://octrooiraad.nl/index.php/component?option=com\\_blogplus/Itemid,419/intContent\\_ID,1471/](http://octrooiraad.nl/index.php/component?option=com_blogplus/Itemid,419/intContent_ID,1471/).

23. HvJ EU 18 juni 2009, nr. C-487/07 (*L'Oréal/Bellure*), B9 7974.

24. Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 4 september 2009 (*Formula One Licensing/*

*Goldzade*), B9 8158; Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2009 (*Red Bull/Frisdranken Industrie Winters*), B9 8251; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 14 oktober 2009 (*Coty Prestige Lancaster Group/FM Group Nederland*), B9 8266.

25. Hof Amsterdam 2 februari 2010 (*Red Bull/The Bulldog*), B9 8571.

26. HvJ EU 6 oktober 2009, nr. C-301/07 (*Pago/Tirolmilch*), B9 8242.

27. In het geval van de Benelux het Benelux Bureau voor de Intellectuele

Eigendom.

28. BBIE, beslissing inzake oppositie van 15 januari 2010 (*ONEL/OMEL*), B9 8524.

29. Persverklaring OHIM: <http://oami.europa.eu/ows/rw/news/item1273>. en.do.

30. Persbericht HPO: [www.mszh.hu/English/hirek/kapcsolodo/HPO\\_state-ment.pdf](http://www.mszh.hu/English/hirek/kapcsolodo/HPO_state-ment.pdf)

31. HR 20 november 2009, *LJN* BJ6999, (*Lego/Mega Brands*), B9 8365.

32. GvEA 12 november 2008, T 270/06,

B9 7264 & HvJ EU 26 januari 2010,

conclusie A-G, nr. C-48/09 (*Lego/Mega Brands*).

33. HR 30 mei 2008, *LJN* BC2153, (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*), B9 6174.

34. HvJ EU 16 juli 2009, nr. C-5/08 (*Infopaq International A/S tegen Danske Dagblades Forening*), B9 8070, AMI 2009, p. 198. Onderstaand commentaar verscheen deels al in B9 8122.

## De advocaat of feitenrechter die wil laten zien dat hij up-to-date is, doet er verstandig aan de formuleringen van het *Infopaq*-arrest te gebruiken

telijk relevante reproductie oplevert. Daarbij komt de vraag naar de status van de bewuste reproductiehandeling aan de orde, maar ook de vraag of elf woorden een werk kunnen vormen.

Uit het *Infopaq*-arrest volgt dat voor alle soorten werken het vereiste voor auteursrechtelijke bescherming is: 'een schepping van de geest' (r.o. 34.), oftewel om 'materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan' (r.o. 37). Losse woorden zijn niet auteursrechtelijke beschermd. 'Enkel via de keuze, de schikking en de combinatie van deze woorden op een oorspronkelijke wijze kan de auteur uitdrukking aan zijn creatieve geest geven en tot een resultaat komen dat een intellectuele schepping vormt' (r.o. 45).

Materieel maakt het in de praktijk ongetwijfeld helemaal niets uit,<sup>35</sup> maar de advocaat of feitenrechter die het helemaal goed wil doen en wil laten zien dat hij up-to-date is, doet er verstandig aan de formuleringen van het *Infopaq*-arrest te gebruiken (eventueel nog aangevuld met het 'banaal of triviaal' uit *Endstra*).

Ook voor het (eventuele)<sup>36</sup> vervolg van de *Endstra*-zaak maakt het vermoedelijk niets uit. Het blijft 'het beschrijven van vage termen met andere vage termen'.<sup>37</sup> De beroepstrots van de gespecialiseerde IE-jurist brengt met zich mee dat hij steeds *de meest actuele* vage termen gebruikt.

Wél is interessant dat het HvJ EU er kennelijk van uit gaat dat het creativiteitsvereiste door de Auteursrecht-richtlijn voor alle soorten werken Europees is geharmoniseerd. Dat betekent dat daarover prejudiciële vragen inhoudelijk (kunnen) worden beantwoord. En dat betekent dat feitenrechters de mogelijkheid hebben en de Hoge Raad als hoogste rechter verplicht is daar in voorkomende gevallen vragen van uitleg over te stellen. Het betekent ook dat (in theorie) de drempel voor auteursrechtelijke bescherming nu overal in Europa hetzelfde zou zijn. In de praktijk is dat zeker niet het geval.

### Wat is openbaar maken?

Openbaar maken is één van de twee hoofdcategorieën van handelingen die onder het verbodsrecht van de auteursrechthebbende valt. Bij nieuwe communicatievormen doet zich regelmatig de vraag voor of daarbij nu wel of niet sprake is van 'openbaar maken'.

Daarbij moet worden aangetekend dat dit 'openbaar maken' vrijwel geheel Europees is geharmoniseerd. Alle vormen van uitzenden en online beschikbaar stellen vallen onder het Europese begrip 'mededeling aan het

publiek'.<sup>38</sup> Het verspreiden van exemplaren valt onder het Europese distributierecht.<sup>39</sup>

Het HvJ EU heeft in 2006 in een zaak over doorgifte van televisieprogramma's naar de hotelkamers<sup>40</sup> geoordeeld het bij 'mededeling aan het publiek' moet gaan om een 'publiek' bestaande uit 'een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'.<sup>41</sup>

### Chellomedia

In 2009 oordeelde de Hoge Raad in navolging daarvan in de *Chellomedia*-zaak<sup>42</sup> dat de aanlevering van televisieprogramma's aan kabelkopstation en DTH-platforms<sup>43</sup> (vanwaar de signalen verder worden verspreid naar de consument via kabel of satelliet) niet als een openbaarmaking dient te worden gekwalificeerd. Immers, de betekenis en de draagwijdte van het begrip 'publiek' dient 'in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze' te worden uitgelegd. En derhalve, aldus de Hoge Raad: 'vallen onder "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Aw daarom geen bekendmakingen aan (groepen van) personen die niet behoren tot het in de richtlijn bedoelde "publiek"' (bestaande uit 'een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers').

Deze laatste zin van de Hoge Raad in zijn *Chellomedia*-arrest is een beetje ongelukkig (of onjuist), omdat deze de indruk zou kunnen wekken dat het aangehaalde publieks-criterium voor *alle* openbaarmakingsvormen zou gelden. Dat laatste kan namelijk niet waar zijn. Het criterium van 'een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers' verwijst op zichzelf al naar de consumenten van een vorm van uitzenden. Het kan ook zonder problemen worden toegepast op 'een onbepaald aantal potentiële *internetgebruikers*'.

Het wordt echter lastig om dit criterium toe te passen op bijvoorbeeld openbaarmaking ter plaatse, in een bioscoop, discotheek, concertzaal. Daar is immers stellig ook sprake van een openbaarmaking bij een *bepaald* aantal kijkers en/of luisteraars (die niet behoren tot een en dezelfde familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring).

Bij openbaarmaking door middel van *distributie* leidt (een poging tot) toepassing van het criterium van 'een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers' mogelijk tot de vermoedelijk onjuiste conclusie dat pas bij de beschikbaarstelling aan *eindgebruikers* sprake is van openbaar maken, en niet bijvoorbeeld bij de levering aan een (tussen) handelaar.

Bij een welwillende lezing van de bewuste passage zou 'bekendmakingen aan (groepen van) personen' gelezen kunnen worden als zich beperkend tot uitzenden en online beschikbaar stellen. In dat geval is de uitspraak van de Hoge Raad op dit punt slechts ongelukkig en niet onjuist. De genoemde bewuste ongelukkige suggestie heeft bij het Hof Den Haag echter al de gedachte doen postvatten dat de levering van inbreukmakende kopieën van de zogenaamde Tripp Trapp-kinderstoel aan een tussenhandelaar mogelijk *geen* openbaarmaking zou opleveren.<sup>44</sup>

Dat is echter niet het geval. De openbaarmaking in de vorm van distributie van exemplaren valt onder een ander Europese bepaling die spreekt van 'distributie onder het publiek' die is uitgeput door 'de eerste verkoop'. Het distributierecht is dus uitgeput door 'eerste verkoop', in veel gevallen aan een tussenhandelaar. Het kan dus niet anders dan dat het begrip 'publiek' in deze bepaling een *andere*

betekenis heeft dan in de bepaling over uitzenden en online beschikbaar stellen. Dat blijkt ten dele ook al uit het arrest *Peek & Cloppenburg*<sup>45</sup> waarin het HvJ EU oordeelde dat het tentoonstellen en beschikbaar stellen voor *gebruik* aan het publiek van Cassina-meubelen door Peek & Cloppenburg (zonder deze te verkopen) *niet* als distributie dient te worden aangemerkt.

### Hosten van torrents

Ten aanzien van het *hosten* van zogenaamde *torrents*, bestanden die een proces van *peer-to-peer-filesharing* in gang zetten, waarmee digitale bestanden, met name met muziek en films (illegaal) via internet worden gedeeld, oordeelde de rechtbank te Utrecht dat dergelijk *hosten niet* als *openbaar maken* van de betreffende bestanden valt aan te merken. Wél was de Utrechtse rechtbank van mening dat het willens en wetens hosten van zeer grote aantallen evident illegale *torrents* onrechtmatig is en een filterverplichting met zich mee brengt.<sup>46</sup>

### Embedden

Ten aanzien van het *embedden* van bewegend beeld van de éne website op de andere, oordeelde het Hof Den Bosch dat dit wél als openbaarmaking is aan te merken,<sup>47</sup> hetgeen overigens een bepaald niet onomstreden standpunt is, gezien de ophef die ontstond toen Buma/Stemra voor dergelijk *embedden* door particulieren, vaak van *You Tube*-filmpjes op hun *Hyves*-pagina, een vergoeding wilde vragen. Onder publicitaire en politieke druk trok Buma/Stemra dit idee na enkele dagen weer in.<sup>48</sup>

### Het kopieerprobleem

Naast het openbaar maken vormt het verveelvoudigen (kopieëren) de andere categorie van handelingen die de auteursrechthebbende kan verbieden. Traditioneel is het kopiëren voor privégebruik onder bepaalde voorwaarden uitgezonderd van het auteursrechtelijk verbodsrecht en staat daar voor sommige kopieervormen de zogenaamde Thuiskopievergoeding op blanco dragers zoals cd en dvd tegenover.

### Privékopiëren uit illegale bron

Omdat het kopiëren via internet een zeer hoge vlucht heeft genomen, is er al geruime tijd discussie over of het

## Zijn mensen die gewend zijn dat ze alles (illegaal?) gratis kunnen downloaden bereid om überhaupt nog iets te betalen?

onbeperkt toestaan ervan niet in strijd komt met de in verschillende verdragen vastgelegde zogenaamde drie-stappen-toets, die kort gezegd voorschrijft dat beperkingen op het auteursrecht geen afbreuk mogen doen aan de normale exploitatie ervan.

Met name ten aanzien van het kopiëren uit (evident) illegale bron doet zich deze vraag voor.

De situatie is tamelijk gecompliceerd. De Minister van Justitie heeft enkele jaren geleden verkondigd dat kopiëren uit illegale bron is toegestaan en dat daar de Thuiskopieheffing tegenover staat.<sup>49</sup> De Rechtbank Den Haag<sup>50</sup> heeft (zonder al te veel motivering) geoordeeld dat kopiëren uit illegale bron in strijd is met de drie-stappen-toets, maar dat de Thuiskopieheffing daarnaast gewoon kan bestaan. Dat is ook het standpunt van de muziek- en film-industrie. Sommige collectieve belangenorganisaties, zoals acteursorganisatie Norma, zijn van oordeel dat kopiëren uit illegale bron volledig moet worden vrijgelaten (en dat zelfs het illegaal uploaden door particulieren zou moeten worden gelegaliseerd), terwijl de heffing fors zou moeten worden uitgebreid, onder andere naar allerlei hardware, zoals mp3-spelers en harddiscs. De betalingsplichtige hardware-industrie wil juist helemaal van de (niet-Europees geharmoniseerde) Thuiskopieheffing af: de cd en dvd lopen op hun einde, de heffing bedraagt inmiddels een veelvoud van de groothandelsprijs en door de grote heffingsverschillen binnen Europa is de zwarte en grijze handel in blanco cd's en dvd's zeer omvangrijk. De introductie van een heffing op hardware die in de rest van Europa op veel plaatsen is geïntroduceerd heeft ook veel nadelen: als het betalen van een heffing een vrijbrief is voor onbeperkt illegaal downloaden, hoe hoog moet die heffing dan zijn? Moet er een heffing komen op alle geheugencapaciteit ongeacht het gebruik dat ervan wordt gemaakt?

#### Noten

35. Vgl. A-G Verkade in r.o. 4.84 van zijn conclusie in HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 505 (*Nos/Telegraaf*): 'Bij dit alles is – terzijde – mijn indruk dat het probleem niet zo zeer in verschillen in terminologie zit, als wel in de omstandigheid dat het rechterlijk oordeel omtrent de voldoening aan de hier bedoelde criteria onvermijdelijk in hoge mate van feitelijke aard is. Daarvan uitgaande, is het 'inruilen' van het *Van Dale/Romme*-criterium voor het criterium van [de databankrichtlijn, D.J.G. Visser] veeleer een intellectuele, dan een praktisch zinvolle exercitie'. Zie ook: Visser, *Het abc van iedere IE-inbreuk* (oratie)

2004, p. 12.

36. Twee jaar na het arrest van de Hoge Raad is *Endstra*-zaak door de erven Endstra nog steeds niet aangebracht bij het Hof Den Haag waar het naar was terugverwezen, hetgeen doet vermoeden dat deze zaak wel eens een stille dood zou kunnen sterven.

37. Vgl. B9 6289.

38. Art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 22 juni 2001, L 167).

39. Art. 4 lid 1 Auteursrechtlijn.

40. HvJ EU 7 december 2006, nr. C-306/05, *LJN* BF9316 (*SGAE/Rafael Hoteles*).

41. Daarbij herhalend het criterium verwoord in HvJ EG 14 juli 2005, nr. C-192/04, *NJ* 2006, 467 (*Lagardère*).

42. HR 19 juni 2009, *LJN* BH7602, *AMI* 2010, p. 12 (*Buma/Chellomedia*; m.nt.

P.B. Hugenholtz).

43. Direct To Home-platforms.

44. Tussenarrest Hof Den Haag 17 november 2009 (*Hauk/Stokke*), B9 8503.

45. HvJ EU 17 april 2008, nr. C-456/06, *AMI* 2009, p. 147 (*Peek & Cloppenburg/Cassina*; m.nt. A.A. Quaedvlieg).

46. Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008, (*BREIN/Mininova*), B9 8127.

47. Hof Den Bosch 12 januari 2010, (*C More/MyP2P*), B9 8514.

48. Zie D.J.G. Visser, 'het 'embedden' van een YouTube-filmje op een Hyves-pagina', *Mediaforum* 2010, p. 12.

49. Kamervragen (aanhangsel) II 2006/07, 2256. Vragen van het lid Gerkens (SP) aan de Minister van Justitie over het downloaden op internet, (ingezonden 27 juni 2007).

50. Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008 (*ACI Adam/Stichting De Thuiskopie*), B9 6341.

## Vechten de muziek-, de film- en straks, vanwege de e-books, ook de boekenindustrie (uitgeverij) om in de huidige vorm te overleven een bij voorbaat verloren strijd?

Moet er misschien een heffing komen op Internetgebruik, gekoppeld aan internettoegang of abonnement?

Of moet het aan de markt worden overgelaten? Moeten de muziek, de film en de boekenindustrie zelf laagdrempelige businessmodellen ontwikkelen waar bij mensen voor een heel klein bedrag muziek kunnen beluisteren, een film kunnen bekijken of een *e-book* downloaden? Maar zijn mensen die gewend zijn dat ze alles (illegaal?) gratis kunnen downloaden bereid om überhaupt nog iets te betalen? De bereidheid bij de jeugd om veel geld uit te geven aan zogenaamde *ringtones* wordt vaak aangehaald als mogelijk bewijs voor het feit dat bij een eenvoudige betalingsmethode (bijvoorbeeld via de telefoonrekening) wel de bereidheid bestaat voor muziek te betalen. De 99 cent voor een nummer van *iTunes* wordt echter weer vaak te duur gevonden. De zogenaamde 'Apps', spelletjes en andere (vaak tamelijk onzinnige) programmaatjes voor op de iPod en iPhone worden echter voor die prijs graag en veel gekocht.

Medio 2009 verscheen een rapport van een Tweede Kamer Commissie, de commissie-Gerkens,<sup>51</sup> waarin duidelijke keuzes werden gemaakt: kopiëren uit illegale bron moet worden verboden, er moeten laagdrempelige legale businessmodellen komen en de Thuiskopieheffing moet worden afgeschaft. De Minister van Justitie heeft inmiddels laten weten het daarmee eens te zijn.<sup>52</sup>

Mag kopiëren uit illegale bron pas worden verboden als er voldoende legale businessmodellen zijn? (Doet die situatie zich inmiddels voor?) Of moet kopiëren uit illegale bron juist worden verboden om de laagdrempelige legale businessmodellen een kans te geven? De commissie-Gerkens en de Minister van Justitie zijn het erover eens dat de Thuiskopievergoeding binnen drie jaar moet worden afgeschaft. Maar hoe snel moet dat dan precies? Moet de heffing in de tussentijd worden bevroren? Moet er nog worden gezocht naar alternatieve heffingen?

Het voorstel om kopiëren uit illegale bron te verbieden roept intussen de meeste weerstand op.

Belangenorganisatie Bits of Freedom<sup>53</sup> en Groenlinks<sup>54</sup> (die niet deelnam aan de commissie-Gerkens) verkondigen het standpunt dat de effectieve handhaving van een verbod op kopiëren uit illegale bron een grove aantasting van de privacy van de gebruiker zou vormen en miljoenen internetgebruikers zou criminaliseren. Daarbij wordt ook vaak gerefereerd aan de geheime internationale onderhandelingen over ACTA, een verdrag op grond waarvan illegale downloaders mogelijk de toegang tot internet zou moeten worden onttrokken.<sup>55</sup>

Dat kopiëren van computerprogramma's uit illegale bron al jaren verboden is en schendingen van de privacy bij de handhaving van dat verbod zich nooit hebben voorgedaan wordt meestal over het hoofd gezien. Ook in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, waar downloaden uit illegale bron al jaren verboden is, zijn geen schendingen van de privacy bij de handhaving van dat verbod bekend.

Vechten de muziek-, de film- en straks, vanwege de e-books, ook de boekenindustrie (uitgeverij) om in de huidige vorm te overleven een bij voorbaat verloren strijd? Collectieve belangorganisaties, zoals schrijversclub Lira, laten zich, ten koste van genoemde industrieën, steeds meer (digitale) rechten overdragen, maar zien geen kans daar substantiële inkomsten voor hun aangeslotenen tegenover te stellen.

En de individuele creatieven weten het ook niet. Moeten zij zelf via internet hun e-books gaan verkopen, zoals Leon de Winter voorstelt?<sup>56</sup> (Zullen die dan niet ook net zo snel onderling worden gekopieerd als muziek?) Kunnen artiesten alleen nog geld verdienen met optredens en moeten ze al hun muziek maar gratis op internet zetten? Zijn films straks volledig afhankelijk van sponsoring?

Het kopieerprobleem in het auteursrecht is nog niet opgelost. ●

### Noten

51. Eindrapport Parlementaire Werkgroep Auteursrecht, B9 7973.

52. Kabinetsreactie nieuwe aanpak auteursrecht op internet naar Tweede Kamer, B9 8311.

53. Persbericht Bits Of Freedom: [www.bof.nl/2009/12/14/persbericht-bits-of](http://www.bof.nl/2009/12/14/persbericht-bits-of)

[freedom-stop-het-downloadverbod/](http://freedom-stop-het-downloadverbod/).

54. <http://wanted.groenlinks.nl/>.

55. ACTA Website EU: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting/>.

56. *NRC Handelsblad* 29 januari 2010.