

Economisch recht en intellectuele eigendom

Mw. mr. S. C. van Loon

WET- EN REGELGEVING

Implementatie richtlijn 2001/29/EG (auteursrecht in de informatiemaatschappij)

De implementatiedatum (22-12-2002) voor deze richtlijn (*PbEG* 2001, L 167/10), die beoogt materiële aspecten van het auteursrecht in de Lidstaten van de Europese Gemeenschap te harmoniseren, is door het merendeel van deze staten niet gehaald. De Europese Commissie is daarom voornemens 'met redenen omklede adviezen' te gaan sturen naar de landen die de richtlijn nog niet hebben omgezet in nationale wetgeving. Hiertoe behoort ook Nederland: sedert de op 5 mei 2003 ingediende Tweede Nota van Wijziging (*Kamerstukken II* 2002/2003, 28 482, nr. 9) lijkt het wetgevingsproces in ons land nagenoeg tot stilstand te zijn gekomen. In Duitsland is op 13 september jl. wél een implementatiewet in werking getreden, waarmee het land, samen met Griekenland, Denemarken, Italië en Oostenrijk, tot de kleine groep Lidstaten behoort die de zogenoemde *infosoc*-richtlijn reeds in hun wetgeving opgenomen hebben.

Voorstel voor een richtlijn betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen

Over dit richtlijnvoorstel (*PbEG* 2002, C 151/129) is reeds veel commotie geweest. Dat komt omdat het octrooieren van software een nogal omstreden aangelegenheid is. Men maakt daarom dan ook graag duidelijk dat bovengenoemde richtlijn niet het octrooieren van software, maar van *in computers geïmplementeerde uitvindingen* betreft. Dat betekent dat het octrooi zich niet zal kunnen uitstrekken tot een algoritme an sich, maar dat het zich beperkt tot software in een bepaalde technische toepassing. In die zin behelst het richtlijnvoorstel een codificatie van de praktijk van het Europees Octrooi Bureau, dat

immers al geruime tijd octrooien verleent voor softwaregerelateerde uitvindingen die naast het algemene technische karakter dat inherent is aan computerprogrammatuur, ook een verder technisch karakter hebben.

Na enig uitstel ging het Europees Parlement op 24 september jl. akkoord met het richtlijnvoorstel, onder aanneming van een aantal amendementen die de octrooiverlening duidelijker moeten afbakenen (COD(2002)0092).

Uitvoering Wet Reprerecht

De Stichting Reprerecht, sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Wet Reprerecht (Wet van 22 maart 2002 tot wijziging van de Auteurswet 1912 inzake het reprografisch verveelvoudigen, *Stb.* 2002, 186) belast met het heffen van kopieervergoedingen bij het bedrijfsleven, is tijdelijk gestopt met het innen van betalingen. Aanleiding is de onrust die is ontstaan naar aanleiding van de wijze van totstandkoming van de facturen die door Stichting Reprerecht zijn verstuurd. Werkgeversorganisaties hadden geklaagd over de hoogte van de facturering en met name over de berekening die daaraan ten grondslag lag. Stichting Reprerecht verstuurt voorlopig geen nieuwe facturen en bedrijven die hun rekening niet hebben betaald krijgen geen aanmaningen meer. Ook zijn er kamervragen gesteld over het functioneren van de reprerechregeling (*Tweede Kamer* 2002/2003, *vragen* nr. 2020314090, 2020314460 en 2020314560).

RECHTSPRAAK AUTEURSRECHT

Het gezicht van het auteursrecht

Wanneer kan iemand bezwaar maken tegen het openbaar maken van zijn of haar portret? Regels daarvoor zijn vastgelegd in de artikelen 20 en 21 van de Auteurswet 1912, en vallen te beschouwen als een beperking op de rechten van de auteur. Immers, onder bepaalde omstandigheden kan de maker zijn uitsluitend recht niet uitoefenen. Er is sprake van een portret indien het *gelaat* van een persoon herkenbaar is afgebeeld. Bestlste de Hoge Raad in 1987 reeds dat ook het weergeven van een 'typerende lichaamshouding' een portret op kan leveren (HR 30-10-1987, *NJ* 1988, 277 *Naturiste*), in zijn arrest inzake *Breekijzer* van 5 mei 2003 (*AMI* 2003-5, nr. 14; *Mediaforum* 2003-6, nr. 30) lijkt het alsof hij opnieuw een verruiming van het gelaatscriterium heeft willen introduceren.

Het volgende was het geval: in het kader van het televisieprogramma 'Breekijzer' waren in de bedrijfsruimte van een verzekeringsorganisatie, die zich bezighoudt met hulpverlening aan verze-

kerden in het buitenland, beeld- en geluidsopnamen gemaakt van de directeur van deze organisatie. Deze opnamen bevatten negatieve uittalingen over de organisatie en de leidinggevende, naar aanleiding waarvan laatstgenoemde een verbod tot uitzending vorderde bij de rechter. Het grootste deel van het arrest van de Hoge Raad gaat over de vraag of een preventief uitzendverbod strijdig is met het recht op vrijheid van meningsuiting, maar er worden tevens een aantal overwegingen aan het portretrecht besteed.

Zo stelt het hoogste rechtscollege, bij bespreking van het cassatiemiddel waarin gesteld wordt dat artikel 21 Aw niet van toepassing is op film- en/of televisieopnamen, dat 'noch de tekst noch de strekking van artikel 21 Aw grond geeft voor de opvatting dat de technische wijze van vervaardiging van een portret beslissend is voor het antwoord op de vraag of de geportretteerde zich op voet van artikel 21 Aw tegen openbaarmaking kan verzetten' (r.o. 4.6.2). Oftewel: voor het inroepen van bescherming maakt het niet uit op welke manier of met welke middelen een portret gemaakt is. Dit is geen vernieuwende uitleg: er werd reeds langer aangenomen dat het middel ter vervaardiging bij een portret niet uitmaakt, al was het maar omdat in de Memorie van Toelichting bij de Auteurswet 1912 staat dat onder een portret 'een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is' verstaan moet worden.

Wat wèl opmerkelijk is, is dat de Hoge Raad stelt dat eveneens van een portret kan worden gesproken, indien het gelaat van de betrokkene wordt 'afgeblokt' of volledig onherkenbaar wordt gemaakt. Hij overweegt dat 'het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon er niet aan in de weg behoefte te staan dat er sprake is van een portret in de zin van artikel 21 Aw, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken, en dat derhalve openbaarmaking van een dergelijke afbeelding op de voet van deze bepaling kan worden verboden' (r.o. 4.6.3). Hij verwijst hierbij naar het reeds genoemde *Naturiste*-arrest uit 1987.

Deze overweging van de Hoge Raad is interessant, omdat dit betekent dat in de toekomst geportretteerden zich zullen kunnen verzetten tegen de publicatie van beeldmateriaal waarop slechts (een deel van) hun lichaam is weergegeven. Het zou zelfs kunnen betekenen dat de Hoge Raad afstand heeft genomen van de door hem in het *Ja Zuster, Nee Zuster* (HR 16-1-1970, *NJ* 1970, 220) ingenomen standpunt, namelijk dat er niet van een portret gesproken kan worden indien het gelaat dat is afgebeeld geen overeenstemming

vertoont met de gelaatstreken van de afgebeelde persoon.

Voor *Breekijzer* leidt het arrest slechts tot gezichtsverlies...

Citaatrecht en vrijheid van meningsuiting

Op 4 september jl. wees het Hof Den Haag arrest in de zaak Scientology Church tegen Karin Spaink en verschillende internetproviders (Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Mediaforum* 2003-10, nr. 45, m.nt. Visser). Deze bodemprocedure was aangespannen door het Amerikaanse genootschap Scientology Church na het verlies van een kort geding tegen Spaink in 1996. Onderwerp van geschil was de publicatie van (fragmenten uit) een aantal Scientology-documenten op de website van Spaink. In de bodemprocedure spitste het geschil zich toe op de vraag of het Spaink was toegestaan citaten uit de betreffende stukken op haar website te vermelden, en zo niet, of de gedagvaarde internetproviders daarvoor aansprakelijk gehouden konden worden, dan wel zelf schuldig waren aan auteursrechtinbreuk.

Spaink citeert op haar website uit niet-gepubliceerde stukken over de Scientology-leer waarvan het auteursrecht bij de Scientology Church berust. Deze stukken waren, tijdens een procedure in Californië in 1991, als bijlagen gevoegd bij een schriftelijke verklaring die was afgelegd door een ex-aanhanger van het genootschap. Via deze weg is de inhoud van de – volgens Scientology vertrouwelijke – documenten bekend geworden.

Om te bepalen of Spaink op haar website mocht citeren uit deze documenten, diende het Hof te Den Haag vast te stellen of aan alle daarvoor in de wet genoemde voorwaarden was voldaan. Een van deze vereisten, genoemd in artikel 15a van de Auteurswet 1912, is dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig is openbaar gemaakt. Scientology voerde aan dat er geen sprake kon zijn van een openbaarmaking als bedoeld in artikel 15a Aw: de documenten zouden alleen onder strikte geheimhouding aan leden ter inzage worden gegeven. Spaink c.s. bestreden dit (onder andere) met het argument dat de teksten via de bibliotheek van het District Court te Californië in het publieke domein terecht zijn gekomen en daarna via het internet zijn verspreid. Het Hof beslist echter dat, aangezien deze verspreiding zonder toestemming van Scientology was geschied, dit niet bestempeld kan worden als een *rechtmatige* openbaarmaking. En als een werk niet rechtmatig is openbaar gemaakt, mag er naar Nederlands recht ook niet uit geciteerd worden. Het Hof onderzoekt nog of er misschien sprake kan zijn van een aanvullende exceptie in de zin van het Dior/Evora arrest (HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682), maar komt tot de conclusie dat

het stelsel van de Auteurswet daarvoor in dit geval geen ruimte biedt.

Met deze vaststellingen lijkt de procedure voor Scientology een gunstige afloop te krijgen, maar de kansen keren wanneer het Hof ingaat op het betoog van Spaink e.a. inzake artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Het Hof is namelijk van mening dat het belang van Spaink haar betoog over de Scientology-leer en –organisatie te kunnen onderbouwen met de gewraakte citaten zwaarder weegt dan de handhaving van het auteursrecht in de vorm van een inbreukverbod.

Wat betreft de provideraansprakelijkheid doet het Hof een opmerkelijke uitspraak: de providers zouden slechts de technische faciliteiten verschaffen die openbaarmaking door anderen mogelijk maken, waardoor niet gesteld kan worden dat zij zelf openbaar maken (r.o. 12). Dit is in tegenpraak met het oordeel van de rechtbank in deze zaak, hetgeen lange tijd als uitgangspunt is gebruikt bij de beoordeling van dergelijke vraagstukken. Ook de e-commerce richtlijn (richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178/1) gaat ervan uit dat een serviceprovider in bepaalde situaties niet slechts een doorgeefluik is. In dit opzicht wekt het arrest van het Hof enigszins bevreemding.

RECHTSpraak MERKENRECHT

Kik/OHIM

Deze uitspraak van het Hof van Justitie (HvJ)EG 9 september 2003, zaak nr. C-361/01P, www.curia.eu.int heeft niet zozeer betrekking op het Europese merkenrecht zelf, maar op de talen die gebruikt worden bij de aanvraag voor een Gemeenschapsmerk. In het geding was artikel 115 van de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk (*PbEG* 14 januari 1994, L11/1), dat bepaalt dat de aanvraag van een gemeenschapsmerk deze aanvraag moet opstellen in een van de officiële talen van de EU (art. 115 lid 1), maar daarbij tevens een tweede taal moet opgeven waarin eventueel geprocedeerd kan worden (art. 115 lid 3). Deze tweede taal moet een van de vijf officiële talen van het OHIM (Office for the Harmonisation of the Internal Market; de instelling die alle gemeenschapsmerken registreert) zijn, te weten Engels, Frans, Duits, Italiaans of Spaans (art. 115 lid 2). Indien een zogenaamde *inter partes* procedure plaatsvindt, dat wil zeggen een procedure die niet gevoerd wordt tussen de aanvrager en het OHIM, maar tussen de aanvrager en een derde partij, dan kan deze tweede taal gebruikt worden indien de derde partij een andere voorkeurstaal heeft. Het gaat hierbij om procedures waarbij een derde partij zich verzet tegen de op handen zijnde registratie van een gemeenschaps-

merk (oppositieprocedure) of om procedures tot vervallen- of nietigverklaring van een merk. Bovendien bepaalt lid 4 van artikel 115 dat het OHIM in een *ex parte* procedure (tussen het OHIM en de aanvrager) in sommige gevallen eveneens kan *corresponderen* in de genoemde tweede taal.

Christina Kik was (ze is vóór de uitspraak van het HvJ overleden) een Nederlandse advocate en merkgemachtigde, die meende dat dit talenregime in strijd was met het discriminatieverbod van artikel 6 EG. Zij stelde dat de onmogelijkheid het Nederlands (of een van de andere officiële talen die geen taal van het OHIM zijn) als tweede taal op te geven leidt tot een ongunstige concurrentiepositie voor merkgemachtigden, aangezien merkaanvragers zich eerder zullen wenden tot een merkgemachtigde die Engels, Frans, Duits, Italiaans of Spaans als moedertaal heeft. Dit zou leiden tot concurrentievervalsing op de interne markt. Tevens stelde Kik dat de vaste praktijk van het OHIM, namelijk het overschakelen op de tweede taal in alle communicatie met de aanvrager op grond van artikel 115 lid 4, onverenigbaar is met de tekst van artikel 115 zelf. In beginsel dient namelijk de taal waarin de aanvraag is opgesteld gebruikt te worden.

Het Hof van Justitie gaat uiteindelijk niet zo ver het talenregime van het OHIM onverenigbaar met het discriminatieverbod te verklaren. Het onderschrijft de conclusie van het Gerecht van Eerste Aanleg dat met het uitkiezen van enkele talen die als proceduretaal *inter partes* moeten dienen een rechtmatig doel werd nagestreefd, te weten het oplossen van het taalprobleem dat ontstaat indien partijen geen gezamenlijke voorkeurstaal hebben. Ook al heeft de Europese wetgever bij het opstellen van de merkenverordening de officiële talen van de Gemeenschap verschillend behandeld, hij heeft met zijn keuze van uitsluitend de in de Gemeenschap meest verbreide talen een passende en evenredige keuze gemaakt (r.o. 94). Het Hof wijst de door Kik ingestelde hogere voorziening dan ook af.

Toch zal het arrest wellicht gevolgen hebben voor de praktijk binnen het OHIM. Het Hof bepaalt namelijk wel, dat de bepaling in artikel 115 lid 4 die het gebruik van de tweede taal als proceduretaal mogelijk maakt, restrictief moet worden uitgelegd. Het gaat hier om een uitzondering op het beginsel van het gebruik van de taal van de aanvraag als proceduretaal, en het begrip 'corresponderen' heeft zodoende alleen betrekking op de behandeling van stukken waarvan de inhoud niet kan worden gelijkgesteld met een procedurehandeling (r.o. 45-47). Aangezien het OHIM in de praktijk vrij makkelijk overschakelde op de aangegeven tweede taal, ook met betrek-

king tot stukken die wèl het karakter van een procedurehandeling hadden, zal het arrest van het Hof in dit verband niet zonder gevolg zijn. Deze gewoonte zal het OHIM dus moeten gaan aanpassen in de communicatie met aanvragers van een gemeenschapsmerk.

LITERATUUR

- M.M.M. van Eechoud, *Choice of law in copyright and related rights: alternatives to the lex protectionis* (diss. UvA, Amsterdam), Den Haag: Kluwer 2003;
- M. de Zwaan, *Geen beelden geen nieuws. Beeldbeperkingen in oud en nieuw auteursrecht*, Amsterdam: Otto Cramwinkel uitgever 2003;
- R.H. van den Hoogen, A.R. Lodder & M. van der Linden-Smith, *Jurisprudentie Internetrecht*, Deventer: Kluwer 2003;
- R.B. Bakels, 'Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht', *IER* 2003-4, p. 213-221. ✎