

RECHTSPRAAK

Metro-Goldwyn-Mayer vs. Grokster

In de VS is op 19 augustus 2004 door het gezaghebbende Court of Appeals for the 9th Circuit vonnis gewezen inzake Metro-Goldwyn-Mayer (MGM) vs. Grokster en Streamcast (uitspraak te vinden op www.findlaw.com). Procespartij MGM vertegenwoordigt het merendeel van Amerikaanse filmstudio's en platenmaatschappijen; Grokster en Streamcast zijn distributeurs van peer-to-peer software.

Eiser stelt dat de bestanden die worden uitgewisseld via de netwerken die met behulp van de door gedaagden ter beschikking gestelde software zijn opgezet, voor 90% bestaan uit auteursrechtelijk beschermd materiaal, waarvan 70% onder het exclusieve recht valt van de partijen die zij vertegenwoordigt. Zij stelt gedaagden aansprakelijk voor zowel 'vicarious' als 'contributory' auteursrechtinbreuk, hetgeen inhoudt dat zij gedaagden niet aanspreekt wegens *directe*, dat wil zeggen door Grokster en Streamcast zelf gepleegde, auteursrechtinbreuk, maar hen aansprakelijk houdt wegens *indirecte* auteursrechtinbreuk. Gebleken is immers dat, bij het ontbreken van een centrale server, aanbieders van peer-to-peer netwerken zelf geen auteursrechtelijk relevante handelingen verrichten: het zijn de gebruikers die dat doen. 'Contributory infringement' ziet in deze op het bevorderen van inbreuk, terwijl 'vicarious infringement' het niet verhinderen van auteursrechtinbreuk bestrijkt.

Het Court of Appeals oordeelt dat van beide vormen van indirecte auteursrechtinbreuk geen sprake is: in het geval van contributory infringement vanwege het ontbreken van de vereiste wetenschap van auteursrechtinbreuk alsmede het gegeven dat gedaagden geen bijdrage leveren aan de inbreuk door middel van het ter beschikking stellen van sites of faciliteiten, zoals service providers dat wel doen. Vicarious infringement wordt afgewezen op grond van het ontbreken van mogelijkheden voor gedaagden om toezicht te houden op de inbreukmakende handelingen van de gebruikers. Het Hof voegt hier nog aan toe, dat de problematiek waarvoor de introductie van nieuwe technieken als peer-to-peer het recht stelt, niet zonder meer opgelost kunnen worden door het verruimen van aansprakelijkheidscriteria, maar dat dergelijke zaken overgelaten moeten worden aan de wetgever.

Deze uitspraak van het Court of Appeals is tevens relevant voor de situatie in Nederland, te meer daar Grokster (en aanvankelijk ook Streamcast) licentienemer is van de 'fast track' technologie die is ontwikkeld door KaZaA. In zijn arrest inzake BUMA/KaZaA (HR 19 december 2003, zie

Economisch recht en intellectuele eigendom

Mw.mr. S.C. van Loon

WET- EN REGELGEVING

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

Op 1 september 2004 is in werking getreden de Wet inzake de aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10): *Stb.* 2004, 336. De integrale tekst van de Auteurswet 1912 per 1 september 2004 is geplaatst in *Stb.* 2004, 410. Voor de opletende lezer van deze integrale wettekst: in artikel 29a lid 3 sub b (bescherming tegen omzeiling technische voorzieningen) is inderdaad per abuis de tekst van artikel 15a lid 1 sub b (citaatrecht) opgenomen.

Overigens blijft het besluit van de Europese Commissie Nederland (alsmede een aantal andere Lidstaten) voor het HvJEG te dagen wegens te late implementatie van deze richtlijn gehandhaafd.

Richtlijn Handhaving Intellectuele Eigendomsrechten

In mei van dit jaar is in werking getreden Richtlijn 2004/48/EG betreffende de Handhaving van Intellectuele Eigendomsrechten (*PbEG* 2004, L 157/45), die naast de reeds bestaande handhavingsmogelijkheden voor rechthebbenden een aantal nieuwe maatregelen introduceert. Zie in dit verband ook J.L.R.A. Huydecooper, 'Nous maintiendrons – de nieuwe 'Richtlijn Handhaving'', *AMI* 2004-4, p. 117-123 en P.B. Hugenholtz, 'Een overbodige richtlijn', *IER* 2004-4, p. 247-248.

ook *Katern 90*) kwam de Hoge Raad niet toe aan beoordeling van de vraag of KaZaA zich schuldig maakt aan (indirecte) auteursrechtinbreuk, maar A-G Verkade heeft deze mogelijkheid in zijn conclusie bij deze zaak uitgebreid besproken. Ook hij maant hierbij tot voorzichtigheid als het gaat om de aansprakelijkheid van KaZaA voor de handelingen van zijn gebruikers.

Een onmiskenbaar gevolg van de steeds kleiner lijkende te worden mogelijkheid verspreiders van peer-to-peer software aan te spreken wegens (indirecte) auteursrechtinbreuk, is de toename van het aantal dagvaardingen dat uitgaat naar individuele gebruikers (zie onder meer www.recht.nl op 8 oktober 2004: 'Honderden EU-rechtszaken tegen P2P uploaders'). Ook de Nederlandse stichting BREIN laat zich in deze niet onbetuigd: in augustus van dit jaar verstuurd BREIN waarschuwingsberichten aan diverse KaZaA-gebruikers.

CBB: NOS/Telegraaf

Aan het langdurige conflict tussen de NOS en de Telegraaf aangaande de licentiëring van tv-programmagegevens lijkt vooralsnog een einde te zijn gekomen door een uitspraak van het CBB (CBB 15 juli 2004, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AQ 1727). Het CBB moest in hoger beroep oordelen over het besluit van de NMa dat de weigering van de NOS aan de Telegraaf een licentie te verlenen had bestempeld als misbruik van een economische machtspositie. (Overigens heeft deze zaak ook een civielrechtelijke tegenhanger gehad: zie HR 6 juni 2003, *Katern 88*.)

Het CBB betreft het arrest IMS Health van het Hof van Justitie (HvJEG 29 april 2004, zaak nr. C-418/01) in de overwegingen teneinde een oordeel te kunnen vormen over de vraag of de D-G NMa terecht heeft geoordeeld dat er sprake is van misbruik. Daarbij benadrukt het College dat het Nederlandse mededingingsrecht dermate op het Europese mededingingsrecht gestoeld is, dat de uitleg door het HvJEG van de begrippen 'machtspositie' en 'misbruik' bepalend is voor de interpretatie van deze begrippen door de NMa bij de toepassing van artikel 24 Mw (verbod op misbruik van een economische machtspositie).

In IMS Health komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat een licentiëweigering misbruik van machtspositie op kan leveren indien de onderneming die om een licentie verzoekt voornemens is nieuwe producten of diensten op de markt te brengen, en niet de intentie heeft zich te beperken tot het aanbieden van eenzelfde product als de rechtgebende. Het CBB oordeelt dat niet aangenomen kan worden dat het product dat De Telegraaf op de markt wil brengen (een tv-gids in de vorm van een gratis bijlage bij haar zaterdageditie) een dergelijk nieuw product is. Het feit dat het om een pro-

grammagids gaat die niet aan een omroep gelieerd is, is daartoe onvoldoende, evenals het gegeven dat er een substantiële vraag naar het product zou zijn. In het laatste geval zouden immers alle producten die aanzienlijk lager geprijsd zijn of die tegelijk met een ander product worden aangeboden, te kwalificeren vallen als 'nieuw product' (overweging 6).

Het CBB beslist zodoende dat de NOS geen misbruik maakt van haar economische machtspositie door De Telegraaf een licentie te weigeren, en vernietigt het besluit van de D-G NMa. Daarmee komt een einde aan wat wel is aangeduid als 'een gebed zonder end' (Loozen in *Mediaforum* 2001-5) en 'een feuilleton' (Quaedvlieg in *AA* 2002-6).

Overigens zal het belang van deze uitspraak voor de praktijk aanzienlijk gereduceerd worden als het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 58 van de Mediawet wordt aangenomen (*Kamerstukken II* 2003-2004, 29 680). Dit wetsvoorstel behelst namelijk een verplichting voor de NOS programmeergegevens ter beschikking te stellen van derden die daarom verzoeken.

Lancôme/Kecofa: auteursrecht op parfum

Is een parfum een werk van letterkunde, wetenschap of kunst? Als we afgaan op het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 8 juni 2004 (*AMI* 2004, nr. 14; *IER* 2004, nr. 73) inzake Lancôme/Kecofa moet het antwoord op deze vraag bevestigend zijn. In een geschil tussen genoemd Frans cosmeticabedrijf en de BV Kecofa over het nabootsen van het parfum Trésor, oordeelde het Hof namelijk dat dit parfum een eigen, oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt.

De casus was niet bijzonder gecompliceerd: Lancôme brengt in Nederland het parfum Trésor op de markt en Kecofa doet hetzelfde met een parfum genaamd 'Female Treasure'. Lancôme is van mening dat de geurcombinatie van Female Treasure een kopie is van die van Trésor, en beroept zich op het auteursrecht teneinde Kecofa ervan te weerhouden Female Treasure nog langer op de markt te brengen. Kecofa verweert zich met het argument dat een parfum door zijn aard niet in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming en dat, indien dit wel het geval mocht zijn, Trésor onvoldoende oorspronkelijk karakter heeft om voor deze bescherming in aanmerking te komen.

Het Hof oordeelt anders. Auteursrechtelijke bescherming voor een parfum is wel degelijk mogelijk: een reukstof is niet alleen zintuiglijk waarneembaar, maar tevens voldoende concreet en stabiel om als werk in de zin van de Auteurswet te kunnen worden beschouwd. Het creatieve ontwikkelingstraject dat heeft geleid tot de selectie van een aantal olfactorische bestanddelen voor het parfum Trésor rechtvaardigt bovendien het oordeel

dat in casu sprake is van een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de maker (r.o. 4.12.1/4.12.2). Het Hof laat zich vervolgens niet afleiden door het argument van Kecofa dat Trésor erg veel gelijkenissen vertoont met een ander parfum: voor auteursrechtelijke bescherming is immers niet vereist dat een werk *objectief* gezien oorspronkelijk is; ook op een bewerking kan auteursrecht rusten. Vervolgens is de stap naar het aannemen van inbreuk klein, gezien het feit dat Kecofa – de vergaande mate van overeenstemming tussen de beide producten in aanmerking genomen – in onvoldoende mate heeft gesteld dat haar parfum geen ontlening is van Trésor.

's Hof's oordeel is in de media met enige verbazing ontvangen (zie o.a. 'Namaakgeurtjes mogen niet meer van Gerechtshof' op 1 juli 2004 in De Volkskrant en 'Ook parfum valt nu onder auteursrecht' op 30 juni 2004 in NRC). Onterecht, zo stelt Spoor in zijn noot onder het arrest (*AMI* 2004-5, p. 183-185). Wel bepleit Spoor een strikte uitleg van het openbaarmakingsbegrip in deze: het dragen van een parfum in het openbaar levert geen openbaarmaking in auteursrechtelijke zin op (p. 185).

LITERATUUR

- V. van den Eijnde, *Auteursrecht voor ontwerpers*, Amsterdam: Nijhof & Lee 2004;
- R.P.J. Ribbert, *Wettenpocket Mediarecht*, Den Haag: Kluwer 2004;
- Ch. Gielen, 'De totaalindruk in het auteursrecht', *IER* 2004-4, p. 255-258;
- R. Bakels, 'Softwareoctrooien. Een testcase voor het democratisch gehalte van "Europa"', *JAVI* 2004-4, p. 128-134. ✎