



Een overbodige richtlijn

Verschenen in *IER* 2004-4, p. 247-248.

P.B. Hugenholtz

Op 26 april 2004 is de Europese richtlijn 'betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen' (kortweg 'Handhavingsrichtlijn') aangenomen. De timing – vier dagen voor de uitbreiding van de Europese Unie – is niet toevallig. De angst dat de Europese markt binnenkort wordt overspoeld met namaakproducten uit het 'Wilde Oosten' is groot; het is dus belangrijk dat de piraterijbestrijding in de toetredingslanden goed op orde is. Vandaar dat de richtlijn in recordtempo door de Brusselse wetgevingsmolen is gejaagd; tussen het eerste richtlijnvoorstel (d.d. 30 januari 2003) en de definitieve aanvaarding liggen amper 15 maanden.

Door het *fast tracken* van de richtlijn heeft de Commissie belangrijke concessies aan de Raad en het Parlement moeten doen. Zo is het strafrechtelijke hoofdstuk, dat voorzag in draconische sancties, waaronder ontneming van sociale uitkeringen en een *Berufsverbot* voor veroordeelde piraten, gesneuveld; het strafrecht, zo oordeelde het Parlement terecht, behoort tot de derde peiler. Ook een science fiction-achtige bepaling ter bescherming van 'technical devices', zoals holografische codes en verborgen zendertjes, is in de uiteindelijke richtlijn verdwenen.

Gebleven zijn moeilijk leesbare bepalingen over de civielrechtelijke handhaving van rechten van intellectuele eigendom – vooral over de verkrijging en bewaring van bewijs, over voorlopige maatregelen en over civiele sancties ten gronde. Wie deze regels vergelijkt met het bestaande Nederlandse procesrecht of met het hoofdstuk handhaving van het TRIPs-verdrag (art. 41-62), dat als belangrijke bron van inspiratie heeft gediend, ziet geen spectaculaire innovatie. Van de 'TRIPs-plus elementen', die het oorspronkelijke voorstel kenmerkten, is weinig overgebleven. Te wijzen valt wellicht op art. 7 (maatregelen ter bewaring van bewijs), dat geen pendant heeft in het TRIPs-verdrag, maar zozeer met compromissen is doorregen dat moeilijk valt te zeggen welke verplichtingen hieruit voor de lidstaten precies voortvloeien.^[1] Moet Nederland straks aan de *Anton Piller Order* of zijn de bestaande remedies voldoende?^[2] Ook art. 14, dat vergoeding van volledige proceskosten lijkt voor te schrijven, is zozeer van elastiek dat het maar de vraag is of de Nederlandse wetgever er echt iets mee moet.^[3] Met dat al is het verleidelijk na lezing van de richtlijn uit te roepen 'Dit hebben we al!', eenmaal te gapen en dit nieuwste stukje Brussels broddelwerk vervolgens onderin een la te leggen.

Maar er is meer. Het eerste richtlijnvoorstel leidde begin 2003 tot ongekend kritische reacties, niet alleen van de gebruikelijk 'anti's' uit de hoek van Open Source Software, maar ook van liefst 36 hoogleraren intellectuele eigendom, waaronder ondergetekende.^[4] Recent heeft de Nederlandse Commissie Auteursrecht, die de minister van Justitie adviseert over auteursrechtelijke aangelegenheden, zich bij dit koor van criticasters gevoegd. De kritiek

concentreert zich op drie aspecten: reikwijdte ('scope'), subsidiariteit en proportionaliteit.

Ten eerste: de reikwijdte. Blijkens de toelichting en omringende publiciteit, inclusief een heuse FAQ-file op het web,^[5] dient de richtlijn de piraterijbestrijding. Het oorspronkelijke voorstel beperkte de werkingssfeer dan ook tot inbreuken die 'voor commerciële doeleinden' werden gepleegd of die aanmerkelijke schade aan de rechthebbende toebrachten. In de definitieve versie is deze beperking komen te vervallen; de in de richtlijn voorgeschreven sancties gelden in beginsel voor alle vormen van inbreuk, dus ook voor situaties waarin een eiser tegenover een *bona fide* gedaagde (misschien wel: de echte rechthebbende) staat. Het is de vraag of het rechtvaardig en doelmatig is dat de eisende partij in zulke situaties over het complete scala aan rechtsmiddelen beschikt. In het civiele procesrecht is de *equality of arms* een belangrijk beginsel; door geen onderscheid te maken tussen een piraat en een *bona fide* mededinger wordt dat beginsel genegeerd.^[6]

Ten tweede: de subsidiariteit. In de 'Professors' Letter' in EIPR wordt benadrukt dat iedere lidstaat op zijn eigen wijze de checks and balances van het procesrecht heeft vormgegeven; daarbij spelen nationale culturen en tradities (common law of civiel recht) een belangrijke rol. Niet voor niets is het procesrecht tot op heden goeddeels ongeharmoniseerd terrein gebleven. De *one size fits all* benadering van de richtlijn houdt met deze juridische cultuurverschillen onvoldoende rekening. Van het beginsel van subsidiariteit, een belangrijke regel van EG-recht, valt in elk geval weinig te bespeuren.

Ten derde: de proportionaliteit. De richtlijn is doordrongen van de gedachte dat inbreuk op IE-rechten ernstiger is dan schending van 'normale' vermogensrechten, waardoor aanvullende rechtsmiddelen geboden en gerechtvaardigd zijn. Deze gedachte moge ook onder de lezers van dit blad gemeengoed zijn, er valt wel wat op af te dingen. IE-piraterij is een groot maatschappelijk kwaad, daarover zijn we het eens, maar er bestaan ernstiger delicten op aarde. Waarom zouden Microsoft en Louis Vuitton over meer procesrechtelijke bevoegdheden moeten beschikken dan de slachtoffers van een milieudelict of een verkeersongeval? Zelfs het TRIPs-verdrag benadrukt met zoveel woorden dat er voor het recht van intellectuele eigendom geen procesrechtelijke *Sonderregelung* hoeft te worden getroffen.^[7]

Proportionaliteit houdt in dat sancties evenredig moeten zijn aan het nagestreefde doel; van dat beginsel is in de richtlijn evenmin veel terug te vinden. Het staat geenszins vast staat dat effectieve piraterijbestrijding noopt tot uitbreiding van het bestaande arsenaal aan procesrechtelijke middelen en sancties. Waarom groeit en bloeit de piraterij in het 'Wilde Oosten'? Niet omdat het procesrecht in die landen bij 'het Westen' achterloopt (veel toetredingslanden hebben hun civiele recht en IE-wetgeving recent vernieuwd), maar omdat opsporing en handhaving van IE-rechten in die landen geen hoge prioriteit heeft. En ook, omdat advocaten en rechters over weinig gespecialiseerde kennis beschikken. De Handhavingsrichtlijn zal daar niets aan veranderen, zo voorspel ik.

P.B. Hugenholtz

Noten

[1] Art. 7 eerste lid, eerste alinea luidt als volgt: 'De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties, reeds voordat een bodemprocedure is begonnen, op verzoek

van een partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd tot staving van haar beweringen dat er inbreuk op haar intellectuele-eigendomsrecht is gemaakt of zal worden gemaakt, onmiddellijk afdoende voorlopige maatregelen kunnen gelasten om het relevante bewijsmateriaal in verband met de vermeende inbreuk te beschermen, mits de bescherming van vertrouwelijke informatie wordt gewaarborgd. Tot deze maatregelen kunnen behoren de gedetailleerde beschrijving, met of zonder monsterneming, dan wel de fysieke inbeslagneming van de litigieuze goederen en, in voorkomend geval, de bij de productie en/of distributie daarvan gebruikte materialen en werktuigen en de desbetreffende documenten. Deze maatregelen worden genomen, zo nodig zonder dat de wederpartij wordt gehoord, met name indien het aannemelijk is dat uitstel de rechthebbende onherstelbare schade zal berokkenen, of indien er een aantoonbaar gevaar voor vernietiging van bewijsmateriaal bestaat.[...]

[2] J.L.R.A. Huydecoper, 'Nous Maintiendrons – de nieuwe “Richtlijn handhaving”', *AMI* 2004/3, par. 6.

[3] Art. 14 luidt als volgt: ' De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'

[4] W.R. Cornish e.a., 'Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: the European Commission's Proposed Directive', *EIPR* 2003, p. 447-449.

[5] Frequently asked questions,

http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/docs/index.htm#directives .

[6] Huydecoper, a.w., par. 20.

[7] Art. 47 lid 5 TRIPs.