CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 29 november 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Ten einde de nationale rechten van intellectuele eigendom in overeenstemming te brengen met de communautaire beginselen van vrij verkeer van goederen en vrije mededinging, heeft het Hof in de loop der tijd een reeks richtingwijzende uitspraken gedaan, welker toepassing op het onderhavige geval ons in staat stelt een antwoord te vinden op de vraag van het Landgericht Hamburg.

2. Het probleem dat aan het Hof is voorgelegd, is duidelijk omlijnd. In Denemarken zijn de muziekwerken van Cliff Richard in het publiek domein gevallen, terwijl zij in Duitsland nog beschermd zijn. Kan in dit geval de rechthebbende in laatstgenoemde staat zich met een beroep op de artikelen 30 en 36 EEG-Verdrag en op grond van de rechten die de nationale wettelijke regeling hem verleent, zich verzetten tegen de verhandeling van uit Denemarken afkomstige geluidsdragers met opnamen van Cliff Richard? Om maar met de deur in huis te vallen: ik stel voor deze vraag bevestigend te beantwoorden, waarmee ik mij aansluit bij de Commissie en de Lid-Staten die opmerkingen hebben ingediend, die op dit punt een opmerkelijke eensgezindheid aan de dag hebben gelegd.

3. Vooraf twee preciseringen, de eerste over de aard van de geluidsdragers, en de tweede over het recht van intellectuele eigendom waar het hier om gaat. Allereerst wijs ik erop, dat

„geluidsdragers, ook wanneer daarop beschermde muziekwerken zijn opgenomen, produkten zijn waarvoor het... stelsel van het vrije verkeer van goederen geldt." [1]

Er kan dus geen twijfel over bestaan, dat de beginselen van artikel 30 op geluidsdragers van toepassing zijn en dat een wettelijke regeling op grond waarvan men zich tegen hun verhandeling kan verzetten, een beperking in de zin van dat artikel is.

4. Vervolgens rijst echter de vraag, of artikel 36, dat verboden of beperkingen toelaat die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom, waaronder mede valt

„de door het auteursrecht geboden bescherming, met name voor zover dit recht commercieel wordt geëxploiteerd" [2],

betrekking heeft op het aan de fabrikant van geluidsdragers toekomende „droit voisin" van het auteursrecht, dat thans in geding is.

5. Dienaangaande heeft het Hof in zijn arrest Deutsche Grammophon [3] eenvoudig „aangenomen", dat dat recht inderdaad tot de in artikel 36 bedoelde industriële en commerciële eigendom behoort. Deze hypothetische formulering komt echter niet meer voor in het dictum van het arrest. Bovendien

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Arrest van 20 januari 1981, gevoegde zaken 55 en 57/80, Musik-Vertrieb membran, Jurispr. 1981, blz. 147, r. o. 8.

2 — Ibid., r. o. 9.

3 — Arrest van 8 juni 1971, zaak 78/70, Jurispr. 1971, blz. 487, r. o. 11.

wordt in het arrest Coditel II uitdrukkelijk verklaard, dat artikel 36 ertoe strekt, het bestaan van rechten van *artistieke en intellectuele eigendom*[4] te beschermen. Maar het belangrijkste is, dat de redenen waarom het Hof meende dat het auteursrecht *stricto sensu* tot de industriële en commerciële eigendom behoort, mijns inziens ook in dit geval dienen op te gaan. Het Hof beklemtoonde immers, dat het auteursrecht de bevoegdheid inhoudt

„om het in het verkeer brengen van het beschermde werk commercieel te exploiteren",

en dat er

„geen reden is om in zoverre voor de toepassing van artikel 36 EEG-Verdrag onderscheid te maken tussen het auteursrecht en de andere industriële en commerciële eigendomsrechten." [5]

Het Hof voegde daaraan toe:

„De commerciële exploitatie van het auteursrecht levert dezelfde problemen op als die van een ander recht van industriële of commerciële eigendom." [6]

Die redenen brachten het Hof er in de zaak Musik-Vertrieb toe, het betoog van de Franse regering te verwerpen, dat de rechtspraak inzake industriële en commerciële eigendom niet kan gelden voor het auteursrecht wegens de „persoonlijke en morele" dimensie van dit recht, en ik meen dat zij evenzeer gelding hebben ten aanzien van het verveelvoudigings- en verspreidingsrecht van de uitgever, voor zover het om de commerciële exploitatie van het betrokken werk gaat.

6. Deze analyse lijkt te worden bevestigd door de algemene strekking van de motivering van het arrest Keurkoop, waarin wij lezen:

„... opgemerkt zij dat, gelijk het Hof reeds heeft vastgesteld met betrekking tot het octrooi-, het merk- en het auteursrecht, het recht op tekeningen en modellen onder de bescherming van de industriële en commerciële eigendom in de zin van artikel 36 valt, *nu het ertoe strekt, de voor deze eigendom kenmerkende exclusiviteitsrechten te verlenen.*" [7]

7. Daarenboven, als het Hof erkent dat de vennootschap die de exploitatie van het auteursrecht op een cinematografisch werk heeft verkregen, zich op dat recht kan beroepen [8], dan lijkt het mij voor de hand te liggen, dat de uitgever die de rechten op een muziekwerk bezit, niet slechter gesteld moet zijn.

8. De intellectuele-eigendomsrechten zijn tot op heden in het communautaire kader nog niet geharmoniseerd. Voor de thans in geding zijnde verveelvoudigings- en verspreidingsrechten geldt dus dat

„bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, zolang het recht binnen de Gemeenschap niet eenvormig is gemaakt of de nationale wettelijke regelingen niet zijn geharmoniseerd, de voorwaarden waaronder en de wijze waarop [die rechten] worden beschermd, door de nationale rechtsregels worden bepaald." [9]

4 — Arrest van 6 oktober 1982, zaak 262/81, Jurispr. 1982, blz. 3381, r. o. 10.

5 — Gevoegde zaken 55 en 57/80, reeds aangehaald, r. o. 12.

6 — Ibid., r. o. 13.

7 — Arrest van 14 september 1982, zaak 144/81, Jurispr. 1982, blz. 2853, r. o. 14, cursivering van mij.

8 — Met name de arresten van 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel II, reeds aangehaald, en 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel I, Jurispr. 1980, blz. 881.

9 — Zaak 144/81, reeds aangehaald, r. o. 18.

9. De toepassing van die regelingen mag echter volgens 's Hofs vaste rechtspraak het vrije verkeer van goederen slechts belemmeren voor zover zij voortvloeit uit het bestaan [10] of ook uit het specifieke voorwerp [11] van het betrokken recht. In zijn arrest Deutsche Grammophon [12] heeft het Hof zich niet expliciet uitgesproken over de vraag, of het exclusieve recht om geluidsdragers in het verkeer te brengen, als zodanig tot de „kern" van het verveelvoudigings- en verspreidingsrecht van de uitgever behoort, omdat het recht in die zaak al was uitgeput. Ik neig echter tot de opvatting, dat er geen reden is om ons niet te laten inspireren door de oplossingen die het Hof op het gebied van het octrooirecht heeft gevonden, omdat, zoals advocaat-generaal Roemer opmerkte,

„het auteursrecht stellig dichter bij het octrooirecht staat dan bij voorbeeld bij het merkrecht." [13]

10. Volgens 's Hofs rechtspraak inzake octrooien — laatstelijk het arrest Pharmon —

„schuilt de kern van het octrooirecht in wezen in de toekenning aan de uitvinder van een *uitsluitend recht om* het betrokken produkt *als eerste in het verkeer te brengen*, ten einde hem in staat te stellen de beloning voor zijn creatieve inspanningen te verkrijgen." [14]

11. Voor de toepassing van deze analyse in het onderhavige geval kan mijns inziens een rechtvaardiging worden gevonden in het arrest Coditel II, waarin het Hof overwoog dat

„letterkundige en kunstwerken... *het publiek ter beschikking worden gesteld door het in omloop brengen van de materiële drager van het werk, zoals het geval is bij boeken of grammofoonplaten.*" [15]

12. Gezien het accent dat daar wordt gelegd op het belang van het in het verkeer brengen van de materiële drager van het werk, meen ik dat het exclusieve recht om het werk als eerste in het verkeer te brengen, eveneens kan worden geacht te behoren tot de kern van het hier besproken verveelvoudigingsrecht. [16] Evenals bij het octrooirecht immers vormen inbreuken op dat recht een aanslag op het bestaan van het recht zelf. Indien derden het beschermde werk in het verkeer konden brengen zonder dat de rechthebbende zich daartegen kan verzetten, dan zou niet de uitoefening van het recht worden aangetast, maar de kern ervan, namelijk het exclusieve recht om het werk onder het publiek te brengen.

13. De vraag ten slotte, of de beschermingstermijn tot het specifieke voorwerp van het recht behoort, kan met weinig woorden worden afgedaan. Deze vraag heeft immers een goeddeels kunstmatig karakter: de beschermingsduur kan niet los worden gezien van het bestaan van het recht zelf, aangezien hij er de draagwijdte *ratione temporis* van bepaalt. Blijft nog te onderzoeken — maar hierop kom ik later terug —, of de concrete beschermingsduur discriminerend

10 — Arresten van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, Grundig, Jurispr. 1966, blz. 429, en 29 februari 1968, zaak 24/67, Parke Davis, Jurispr. 1968, blz. 82.

11 — Zaak 78/70, Deutsche Grammophon, reeds aangehaald; arresten van 31 oktober 1974, zaak 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, en zaak 16/74, Centrafarm/Winthrop, Jurispr. 1974, blz. 1147 en 1183.

12 — Zaak 78/70, reeds aangehaald.

13 — Ibid., in het bijzonder blz. 509.

14 — Arrest van 9 juli 1985, zaak 19/84, Jurispr. 1985, blz. 2281, r. o. 26, cursivering van mij.

15 — Zaak 262/81, reeds aangehaald, r. o. 11, cursivering van mij; zie ook zaak 62/79, reeds aangehaald, r. o. 12.

16 — Het gaat hier enkel om de geluidsdragers als handelswaar en niet als drager van een uitvoering; zie voor het met dit aspect verband houdende „recht van mechanische verveelvoudiging" het arrest van 9 april 1987, zaak 402/85, Basset, Jurispr. 1987, blz. 1747; in het bijzonder over het onderscheid tussen de grammofoonplaat als handelswaar en als drager van een uitvoering, zie A. Hermitte, noot onder arrest Basset, Clunet 1988, blz. 535 en volgende.

kan zijn of een verkapte beperking kan opleveren.

14. Het exclusieve recht om het werk als eerste in de handel te brengen, vindt zijn beperking al meteen in zijn omschrijving. Is het werk eenmaal door de rechthebbende of met zijn toestemming in de handel gebracht, dan is een beroep op dat recht niet meer mogelijk.

15. Het gemeenlijk als „uitputtingstheorie" aangeduide beginsel is door het Hof immers aldus geformuleerd, dat de rechthebbende op een door de wetgeving van een Lid-Staat beschermd recht van intellectuele eigendom zich niet met een beroep op die wetgeving kan verzetten tegen de invoer van een goed dat door de rechthebbende zelf dan wel met zijn toestemming rechtmatig in een andere Lid-Staat op de markt is gebracht. [17]

16. In het licht van 's Hofs rechtspraak lijkt het toestemmingscriterium een wezenlijke rol te spelen bij de vraag of de rechten waarop de rechthebbende zich beroept, al dan niet zijn uitgeput. Deze „voluntaristische" opvatting is door een reeks in dat opzicht uitermate duidelijke uitspraken bevestigd.

17. In de zaak Merck, waarin de octrooihouder zelf in Italië geneesmiddelen in de handel had gebracht die in die staat niet octrooieerbaar waren, en zich vervolgens verzette tegen de invoer ervan in Nederland, overwoog het Hof:

„Het staat... aan de houder van het octrooi om met volledige kennis van zaken te beslissen over de voorwaarden waaronder hij zijn produkt in het verkeer brengt, met inbegrip van de mogelijkheid het af te zetten in een Lid-Staat waar geen wettelijke octrooibescherming voor het produkt bestaat. Indien hij daartoe besluit, moet hij de consequenties van zijn keuze aanvaarden voor wat betreft het vrije verkeer van het produkt binnen de gemeenschappelijke markt." [18]

18. In het arrest Pharmon ging het om het geval dat een octrooihouder zich op grond van zijn recht verzet tegen de invoer van produkten die in een andere Lid-Staat krachtens een dwanglicentie zijn vervaardigd. In dat arrest heet het:

„Wanneer... de bevoegde autoriteiten van een Lid-Staat een derde een dwanglicentie verlenen en hem toestaan daden van fabricage en in het verkeer brengen te verrichten die de octrooihouder normaliter zou hebben kunnen verbieden, kan deze laatste niet worden geacht te hebben toegestemd in de door die derde verrichte daden. Door een dergelijke maatregel wordt de *octrooihouder* immers *de bevoegdheid ontnomen om vrijelijk te beslissen* over de voorwaarden waaronder hij zijn produkt in het verkeer brengt." [19]

19. Daarbij zij erop gewezen, dat de vraag of de octrooihouder al dan niet royalty's had ontvangen ter zake van de dwanglicentie, door het Hof irrelevant werd geacht voor het bestaan van het recht om de invoer te verbieden; dienaangaande overwoog het, dat

„de... grenzen die door het gemeenschapsrecht worden gesteld aan de toepassing van de wetgeving van de Lid-Staat van invoer, geenszins afhankelijk zijn van de voorwaarden waaronder de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staat van uitvoer de dwanglicentie hebben verleend." [20]

17 — Zie met name zaak 78/70, Deutsche Grammophon, reeds aangehaald, r.o. 13; arrest van 22 juni 1976, zaak 119/75, Terrapin, Jurispr. 1976, blz. 1039, r.o. 6; gevoegde zaken 55 en 57/80, Musik-Vertrieb, reeds aangehaald, r.o. 15; arrest van 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck, Jurispr. 1981, blz. 2063, r.o. 12; zaak 1984, Pharmon, reeds aangehaald, r. o. 22.

18 — Zaak 187/80, reeds aangehaald, r. o. 11.

19 — Zaak 19/84, reeds aangehaald, r.o. 25, cursivering van mij.

20 — Ibid., r. o. 29.

20. Uit de rechtspraak blijkt dus duidelijk, dat

„de toestemming van de rechthebbende de sleutel [is] die de deur van de gemeenschappelijke markt voor de geoctrooieerde produkten opent." [21]

21. Ik kan het verder niet eens zijn met de wijze waarop de verwijzende rechter het arrest Musik-Vertrieb lijkt te willen uitleggen. In die zaak besliste het Hof, dat GEMA, de Duitse beheersmaatschappij voor auteursrechten, geen aanvullende royalty's mocht eisen bij de invoer van uit Engeland afkomstige grammofoonplaten in de Bondsrepubliek Duitsland. Maar anders dan de verwijzende rechter lijkt te suggereren, was het niet het in die staat toegepaste stelsel van dwanglicenties, of, juister gezegd, van maximumroyalty's, dat de doorslag gaf voor 's Hofs beslissing, dat de rechthebbende zijn recht niet kon doen gelden. Na te hebben herinnerd aan het uitputtingsbeginsel, overwoog het immers, dat

„noch de auteursrechthebbende of zijn licentiehouder, noch een namens de rechthebbende of de licentiehouder optredende maatschappij voor het beheer van auteursrechten, met een beroep op het door het auteursrecht verleende exclusieve exploitatierecht de invoer van geluidsdragers die in een andere Lid-Staat *door de rechthebbende zelf of met diens toestemming* rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, kan verhinderen of beperken." [22]

En het Hof preciseerde dat

„een nationale wettelijke bepaling een met het beheer van auteursrechten belaste onderneming... niet mag toestaan een heffing toe te passen op produkten die zijn ingevoerd uit een andere Lid-Staat, waar zij door de auteursrechthebbende of met diens toestemming in het verkeer zijn gebracht." [23]

Het is juist deze overweging die mij van wezenlijk belang lijkt en die volstrekt verhindert dat men in casu ervan zou uitgaan, dat er sprake is van uitputting van rechten.

22. Ik merk verder op, dat de omstandigheid dat de geluidsdragers naar Deens recht in Denemarken rechtmatig op de markt konden worden gebracht, als zodanig niet afdoet aan de bevoegdheid van de rechthebbende om zich op zijn recht te beroepen. In het arrest Centrafarm oordeelde het Hof, dat

„een dergelijke belemmering van het vrije verkeer... kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van bescherming van de industriële eigendom, wanneer die bescherming wordt ingeroepen tegen een produkt, afkomstig uit een Lid-Staat *waar het niet octrooieerbaar is* en is vervaardigd door derden zonder toestemming van de octrooihouder." [24]

23. Er is geen enkele reden om verschil te maken tussen de situatie waarin het produkt *niet kan* worden beschermd, en die waarin het *niet meer* beschermd is. Het zou zelfs paradoxaal zijn, dat de door het verstrijken van de beschermingstermijn in de Lid-Staat van uitvoer ontstane vrijheid „ernstiger" consequenties heeft voor de rechthebbende in de Lid-Staat van invoer dan de permanente vrijheid die zou bestaan wanneer iedere bescherming van het recht ontbrak. Het probleem is in beide gevallen hetzelfde. In het verkeer brengen zonder toestemming

21 — Conclusie van advocaat-generaal Mancini in zaak 19/84, reeds aangehaald, blz. 2288.

22 — Gevoegde zaken 55 en 57/80, reeds aangehaald, r. o. 15, cursivering van mij.

23 — Ibid., r. o. 18, cursivering van mij.

24 — Zaak 15/74, reeds aangehaald, r. o. 11, cursivering van mij.

van de rechthebbende is geoorloofd volgens het recht van de staat van uitvoer. In beide gevallen moet de oplossing dezelfde zijn in die zin, dat het recht van de rechthebbende in de staat van invoer niet kan worden uitgeput wanneer hijzelf geen exploitatiedaden met betrekking tot de litigieuze goederen verricht.

24. Zeker, verweerster in het hoofdgeding kan zich voor haar opvatting beroepen op de vereisten van de gemeenschappelijke markt en stellen, dat een produkt dat in een Lid-Staat rechtmatig in het verkeer is gebracht, uit dien hoofde moet worden geacht onder het regiem van het vrije verkeer te vallen. Maar dit betoog negeert volledig het bestaan van industriële- en commerciële-eigendomsrechten, die door artikel 36 worden beschermd.

25. Die oplossing moet mijns inziens worden afgewezen, omdat zij *de facto* een harmonisatie van de beschermingstermijn zou provoceren op basis van de kortste termijn die in de Gemeenschap bestaat. Een dergelijke oplossing lijkt mij in beginsel al betwistbaar, doordat zij de bevoegdheden van de Lid-Staten op dat gebied zou miskennen en de door artikel 36 geboden rechtsbescherming zou opgeven, maar daarenboven zou zij grote risico's inhouden voor de artistieke creativiteit in de Gemeenschap, die een wezenlijk aspect is van het door allen gewenste Europa van de cultuur.

26. Nog een laatste opmerking, en wel voor het geval men zou menen dat de door de nationale wetgeving bepaalde beschermingstermijn discriminerend is of tot een verkapte beperking van het handelsverkeer leidt. Ik stel vast, dat de huidige beschermingstermijn van 25 jaar overeenkomstig het Urheberrechtsgesetz van 9 september 1965 korter is dan die welke voordien gold (50 jaar na het overlijden van de auteur[25]), ook wanneer die termijn ingaat op de dag van inwerkingtreding van de wet. Met de Commissie ben ik dus van mening, dat er geen enkele grond is voor de opvatting, dat de betrokken nationale bepalingen een verkapte beperking vormen.

27. Mitsdien geef ik in overweging te verklaren voor recht, dat de artikelen 30 tot en met 36 EEG-Verdrag zich er niet tegen verzetten, dat de houder van het verveelvoudigings- en verspreidingsrecht voor een muziekwerk zich beroept op de rechten die hij aan de nationale wetgeving ontleent ten opzichte van geluidsdragers die noch door hemzelf noch met zijn toestemming in het verkeer zijn gebracht in een Lid-Staat waar dat in het verkeer brengen geoorloofd was wegens het verstrijken van de beschermingstermijn.

25 — Paragraaf 29 LUG van 19 juni 1901, RGBl. 1227, zoals nadien gewijzigd (RGBl. 13.12.1934, II, blz. 1359). Ingevolge artikel 14 van het Internationaal verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, van producenten van fonogrammen en van omroepsorganisaties van 26 oktober 1961 mag de beschermingsduur niet korter zijn dan 20 jaar.