



Trekwei 7, 8711 GR Workum,
The Netherlands
bank account: Postbank 4241287
iban nl63 pstb 0004 2412 87
bic pstbnl21
E: office@vrijschrift.org
T: (+31) 515 54 34 34
W: <http://vrijschrift.org>

25 juni 2006

Aan: Voorzitter Vaste Kamercommissie voor Justitie
Betreft: fout in advies aan subsidiariteitscommissie over richtlijn
handhaving IE rechten

Zeer geachte mevr. De Pater-van der Meer,

Een onjuistheid in het advies aan de Gemengde tijdelijke commissie subsidiariteitstoets over de *richtlijn inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen* dreigt een misvatting te creëren en de mogelijkheden voor inhoudelijke discussie te beperken. De speelruimte van Nederland wordt kleiner en onbedoeld loopt de Gemengde tijdelijke commissie subsidiariteitstoets hierdoor de commissie EZ voor de voeten. De Voorzitter van de Kamer heeft voorgesteld komende week met het gewijzigd advies (stuk nr. 5) van de tijdelijke commissie subsidiariteitstoets in te stemmen. Ter voorkoming van problemen dient dan wel de zin te worden verwijderd: “Het ware beter geweest wanneer de Europese Commissie zou hebben volstaan met de bepaling dat het handhavingsinstrument ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ zou moeten zijn, waarbij de keuze voor het instrument aan de lidstaten zou worden overgelaten.”

Binnenkort zal de Kamercommissie voor Justitie zich buigen over de subsidiariteitstoets *richtlijn inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen*. Het advies uitgebracht aan de subsidiariteitscommissie bevat echter een fout.¹ In tegenstelling tot

¹In het advies aan subsidiariteitscommissie staat: “Het hierboven reeds aangehaalde TRIPS-Verdrag voorziet in een verplichting om geigende strafrechtelijke maatregelen te

wat het advies vermeldt, verplicht TRIPS *niet* om inbreuken op alle “intellectuele eigendomsrechten” (“IE-rechten”) strafbaar te stellen, doch slechts op *merkvervalsingen* en *auteursrechtpiraterij*.² Door dit misverstand dreigt Nederland in te stemmen met afschrikwekkende straffen op inbreuken op alle “IE-rechten”, terwijl het juist de vraag is of inbreuken op alle “IE-rechten” het beste door middel van het strafrecht bestreden kunnen worden. Hier is ook discussie over. Zo zijn er bijvoorbeeld 10 regeringen die vinden dat octrooien buiten de richtlijn gehouden dienen te worden.³ Tevens maskeert de fout een essentieel probleem van de richtlijn, de onbekende reikwijdte.

Het belang van een discussie over reikwijdte tonen wij met *octrooien* als voorbeeld. Het feit dat inbreuk in slechts 10 van de 25 EU landen strafbaar is, heeft nooit aanleiding gegeven tot een vermoeden van marktverstoring. Het is tevens duidelijk dat privaatrechtelijke handhaving afdoende is.⁴ *Een strafrechtelijke handhaving is zelfs contraproductief*. Welbewust schenden bedrijven dubieuze octrooien, er op vertrouwend dat in privaatrechtelijke zaken het octrooi nietig verklaard zal worden. Afschrikwekkende straffen verbinden aan schending van dubieuze octrooien werkt verlamdend op concurrentiekracht en innovatievermogen. De Nederlandse regering heeft eerder al voorgesteld de strafbaarstelling op te heffen. Vrijschrift steunt deze stellingname van de regering, er valt geen software te schrijven zonder octrooien te schenden. Het moge zo zijn dat de Nederlandse justitie vooralsnog terughoudend optreedt tegen octrooischending, hoe het ondernemers, softwareprogrammeurs en professionele softwaregebruikers — ook indien de auteursrechtelijke licenties in orde zijn — zal vergaan op zakenreis en vakantie is ongewis.

nemen ten aanzien van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. De Europese Commissie zou dan ook kunnen volstaan door zich aan te sluiten bij deze bepaling en enkel een verplichting tot strafbaarstelling op te nemen. Eventueel zou zelfs kunnen worden voorgeschreven dat deze ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ zouden moeten zijn.”
http://europapoort.eerstekamer.nl/9310000/1/j9tvhajcovz8izf_j9vvgbwaimqf9iv/vg7slw5im1tl?key=vhb3j4tww7x4

²TRIPS Article 61: Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. (...) http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm4_e.htm#5

³<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st08/st08319.en06.pdf>

⁴http://files.vrijschrift.org/Members/awessels/vrijschrift.nl_commissieEZ051108.pdf
<http://wiki.ffii.org/IpredEp051122En>
<http://www.ffii.se/erik/misc/JURIfhearing050131/vinje.pdf>

Nederland kent een mild regime als het gaat om inbreuken op *handelsnamen*, hetgeen in de praktijk volstaat.⁵ Ook hier hebben afschrikwekkende straffen niets te zoeken. Bevoegdheid, subsidiariteit en proportionaliteit dienen voor alle betrokken “IE-rechten” vastgesteld te worden.

Een essentieel probleem van de richtlijn is dat het *onbekend is hoeveel “IE-rechten” de richtlijn betreft*. De richtlijn somt de betrokken rechten niet op, de toelichting bij art 1 verwijst naar een verklaring van de Commissie, waarin we lezen dat de richtlijn *alle* “IE-rechten” betreft, “*tenminste*”, en dan volgt een lijst van 11 rechten.⁶ Het aantal kan groter zijn dan 11. Het aantal kan per land verschillen. Afschrikwekkende straffen moeten verbinden aan inbreuk op een recht dat in een ander land ontbreekt *zou de markt juist kunnen verstoren*. Het betekent ook dat elk recht dat in de toekomst als een “IE-recht” beschouwd zal worden, automatisch onder de richtlijn zal vallen. Door het ontbreken van duidelijkheid over de reikwijdte van de richtlijn zijn de vragen over bevoegdheid, subsidiariteit en proportionaliteit niet volledig te beantwoorden.⁷

⁵http://files.vrijschrift.org/Members/awessels/vrijschrift.nl_commissieEZ051108.pdf

⁶“Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (1) states in Article 2(1) that the Directive applies to any infringement of intellectual property rights as provided for by Community law and/or by the national law of the Member State concerned. The Commission considers that at least the following intellectual property rights are covered by the scope of the Directive:” <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2005/L094/L09420050413en00370037.pdf>

⁷Strafrecht dient een gesloten systeem te zijn, dit geldt evenzeer voor richtlijnen het strafrecht betreffende. Eerder merkte Reto M. Hilty, Managing Director, Max Planck Institute for IP, Professor of Law, op dat alle betrokken rechten in de richtlijn zelf genoemd dienen te worden, niet in een losse verklaring. Hoorzitting Committee on Legal Affairs, Europees Parlement, 31 januari 2006

De adviserende commissies concluderen dat de Europese Commissie haar bevoegdheden te buiten gaat, dat iedere feitelijke onderbouwing ontbreekt, dat aan de eisen van subsidiariteit niet wordt voldaan. Door de fout in het advies dreigt Nederland zich echter blindelings te committeren aan strafrechtelijke maatregelen ten aanzien van inbreuken op alle “IE-rechten” en blijft het probleem van de onbekende reikwijdte onbelicht. De ruimte voor inhoudelijke discussie wordt beperkt.

Namens Vrijschrift / FFII,
Hoogachtend,

Ante Wessels