

Auteursrecht en TRIPs: Kuifje in China

Tim Baes

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. H. Swennen

1. INLEIDING

1.1. DE NOODZAAK VAN AUTEURSRECHT

Creativiteit geeft kleur aan een samenleving. Het is de creativiteit die zorgt voor vernieuwing, voor technologische vooruitgang en uiteraard ook voor culturele rijkdom. Tot dat laatste aspect poogt het auteursrecht nu net bij te dragen. Hoewel het inderdaad niet meer dan logisch is dat een maatschappij artistieke vindingrijkheid koestert, toch wordt vaak de vraag gesteld waarom het auteursrecht bescherming verdient. De World Intellectual Property Organization (WIPO) antwoordt daar als volgt op¹:

'Copyright and its related rights are essential to human creativity, by giving creators incentives in the form of recognition and fair economic rewards. Under this system of rights, creators are assured that their works can be disseminated without fear of unauthorized copying or piracy. This in turn helps increase access to and enhances the enjoyment of culture, knowledge, and entertainment all over the world.'

Niet iedereen aanvaardt deze opvatting zonder meer. J. SMIERS trekt vooral de originaliteit van een auteursrechtelijk beschermd werk in twijfel². Volgens hem bestaat er geen gedicht zonder voorgaand gedicht, hoe mooi en indrukwekkend het ook mag zijn. Het toekennen van een *'monopolistisch exploitatie- en persoonlijkheidsrecht'* tart dan ook elke verbeelding. Bovendien wordt van de verkregen rechten heel vaak misbruik gemaakt en is het vermogensrechtelijke belang ervan buitensporig groot³.

1 Cf. Site WIPO, Frequently Asked Questions:
<http://www.wipo.org/copyright/en/faq/faqs.htm#rights>.

² J. SMIERS, 'Afschaffing van auteursrechten: beter voor kunstenaars, derde wereldlanden en het publieke domein', *Informatierecht* 2000, 53.

³ J. SMIERS, *l.c.*, 54.

1.2. HET ECONOMISCH BELANG VAN AUTEURSRECHT

In verschillende geïndustrialiseerde landen werden al onderzoeken gedaan naar de economische betekenis van auteursrecht. De conclusies waren op twee vlakken telkens dezelfde⁴: enerzijds was het aandeel van auteursrechtsindustrieën in het bruto nationaal product in 1993 al erg groot, anderzijds was en is dat aandeel ook nog heel sterk in stijgende lijn. Deze resultaten kan men bezwaarlijk verrassend noemen, in tegenstelling tot wat H. COHEN JEHORAM erover zegt. Westerse landen oriënteren zich immers steeds meer op de kennisindustrie en baseren hun vooruitgang voornamelijk op ontwikkeling en intellectuele eigendom⁵.

Dit om aan te geven dat auteursrecht niet meer kan gezien worden als enkel een waarborg voor het inkomen van een aantal kleine kunstenaars⁶. De westerse welvaart is voor een groot deel gebaseerd op intellectuele eigendomsrechten en het auteursrecht neemt binnen die rechten een steeds belangrijker wordende plaats in.

1.3. VERANTWOORDING EN INHOUD

Niets spreekt zomaar voor zich, en waar een keuze gemaakt wordt voor het ene, was het andere misschien net zo goed mogelijk geweest. Daarom eerst en vooral een woord uitleg over de inhoud en uitgangspunten van deze verhandeling.

Het TRIPS-verdrag⁷ - of voluit WTO-Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights⁸ – betekende een revolutie in het denken over intellectuele eigendom. Om het belang en de waarde van een omwenteling in te schatten is het onontbeerlijk om de situatie voor die omwenteling te kennen. Welke internationale conventies waren er voor 1994 al? Volstonden die om piraterij efficiënt aan te pakken? Hadden ze een adequaat antwoord op de vraagstukken die nieuwe technologieën opwierpen? Het is in dit verband ook interessant om na te gaan wat de houding was van de economisch belangrijke landen, in de eerste plaats dan de V.S. Deze situatie pre-TRIPS komt aan bod in deel drie.

Om het hoofd te bieden aan de uitdagingen die het einde van de 20^{ste} eeuw stelde, was een radicaal nieuwe aanpak vereist. Binnen de GATT-context zochten de Verenigde Staten een oplossing voor de verlamming van de WIPO en de snel groeiende piraterij. In deel vier komt het essentieel concept van deze

⁴ H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPS', *Informatierecht* 1995, 124.

⁵ U. UCHTENHAGEN, 'The GATT Negotiations Concerning Copyright and Intellectual Property Protection', *IIC* 1990, 770.

⁶ P. KATZENBERGER, 'TRIPS und das Urheberrecht', *GRUR Int.* 1995, 450.

⁷ H. VANHEES, Basiswetteksten inzake het recht van de intellectuele eigendom, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1-44; cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

⁸ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 123.

aanpak naar voren, namelijk de koppeling van intellectuele eigendom aan bredere handelsaspecten. Daarnaast sta ik stil bij de geschiktheid van GATT als forum, de voor- en nadelen van die weg en de tegenstellingen die de totstandkoming van het verdrag kenmerkten.

Deel vijf bevat de inhoud van het TRIPs-verdrag in zoverre die relevant is voor deze verhandeling. Enerzijds worden de grondbeginselen besproken: de nationale behandeling, de meestbegünstiging, het stellen van minimumnormen en het voorkomen van misbruik van intellectuele eigendomsrechten. Anderzijds komen ook enkele concrete bepalingen in verband met auteursrecht aan bod en wordt de verhouding tot de Conventies van Rome en Bern uitgebreid besproken. Tenslotte besteed ik aandacht aan de effectieve afdwingbaarheid van de bepalingen in het TRIPs-verdrag.

De gevolgen voor de andere verdragen op het gebied van het auteursrecht zijn beschreven in deel zes. Hierin ga ik namelijk na hoe de situatie is post-TRIPs. Vooral de verhouding WTO-WIPO roept heel wat vragen op en een coëxistentie van beiden op het gebied van intellectuele eigendom is een moeilijke evenwichtsoefening. De reacties van en de naleving door de Europese Unie en de Verenigde Staten worden behandeld, net zoals de vraag of er rechtstreekse werking kan verleend worden aan het verdrag.

In het besluit volgt een beoordeling van het TRIPs-verdrag en de concrete gevolgen ervan. Zijn de Verenigde Staten in hun opzet geslaagd? Hebben de WIPO-verdragen nu een groter internationaal draagvlak dan voorheen? Is het evenwicht tussen bescherming van auteursrechten en verhindering van het misbruik ervan gevonden?

Delen acht en negen bevatten alle gebruikte bronnen. In deel negen staan de websites volledig uitgeschreven, maar ook de verwijzingen in de voetnoten zijn 'klikbaar'.

2. PRE-TRIPS

2.1. EEN STAND VAN ZAKEN VOOR 1994

2.1.1. De vooraf reeds bestaande verdragen op het gebied van auteursrecht

a. Ontstaan

De negentiende eeuw was de eeuw van de ontdekkingen en uitvindingen in wetenschap en technologie, maar ook van innovatie in kunst en literatuur. Tegelijk was dit de tijd van internationalisering, want het besef groeide dat heel veel menselijke activiteiten niet meer binnen de grenzen pasten en die grenzen onvermijdelijk overstegen. Deze universalistische tendens was heel

sterk en had meteen ook haar uitwerking op het gebied van de intellectuele eigendom. Vanaf 1858 waren er congressen van kunstenaars en schrijvers, waar ze een internationale erkenning van hun auteursrechten eisten⁹. Dit leidde in 1886 tot de Conventie van Bern voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst¹⁰. In onderstaand overzicht worden de bilaterale overeenkomsten die nog geldig waren voor TRIPs niet opgenomen.

b. Conventie van Bern

TRIPs buiten beschouwing gelaten, is de Conventie van Bern nog steeds bepalend voor de internationale bescherming van auteursrechten. Op 1 januari 2004 hadden 151 landen dit verdrag ondertekend¹¹ wat een historisch record is. In haar versie van 1971 biedt de Conventie van Bern het hoogste beschermingsniveau van alle multilaterale internationale overeenkomsten in verband met intellectuele eigendom¹².

In 1886 was er nauwelijks sprake van een dergelijke omvattende internationale overeenkomst over auteursrecht, daarvoor waren de lacunes nog te groot en de algehele bescherming te laag. Toch was de ondertekening diplomatiek en politiek een grote verwezenlijking, vooral omdat men voordien nooit verder gekomen was dan enkele bilaterale overeenkomsten waarin de samenhang vaak zoek was¹³.

c. Universele Auteursrecht Conventie

Een aantal landen sloot zich niet aan bij de Berner Conventie omdat de minimumbescherming die daarin beschreven stond niet te rijmen was met hun nationale recht. Ook de Verenigde Staten verkeerden in die positie, om verschillende redenen. De grootste struikelblokken waren de principiële vormeloosheid van de verkrijging van auteursrecht, het bestaan van persoonlijkheidsrechten en de beschermingsduur van een werk¹⁴.

Om de multilaterale auteursrechtelijke relaties tussen de landen aangesloten bij de Berner Conventie en de andere landen toch enigszins te regelen, was er dus een andere internationale overeenkomst nodig. Vanaf 1947 werden er initiatieven in die richting genomen en deze resulteerden in de Universele Auteursrecht Conventie van 1952, herzien in 1971. Het beschermingsniveau is gevoelig lager dan dat van de Berner Conventie¹⁵.

⁹ S. RICKETSON, 'The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights', *IIC* 1995, 873.

¹⁰ H. VANHEES, o.c., 90-129; cf <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo001en.htm>

¹¹ Cf. <http://www.wipo.int/treaties/en/documents/pdf/e-berne.pdf>

¹² P. KATZENBERGER, *l.c.*, 454.

¹³ S. RICKETSON, *l.c.*, 874.

¹⁴ R. BROUWER, 'De Universele Auteursrecht Conventie kan in de prullenbak!', *Informatierecht* 2003, 76.

¹⁵ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 454.

In deel zes komen we nog uitgebreid op deze Conventie en haar praktisch belang vandaag terug.

d. Conventie van Rome

Bij het Internationaal verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties¹⁶ van 1961 waren altijd al veel minder staten aangesloten dan bij de Berner Conventie. Op 1 januari 2004 waren er namelijk 76 leden¹⁷.

2.1.2. Belangrijkste kenmerken van de Berner Conventie

a. De kiem van een internationale organisatie

Dit verdrag was multilateraal opgevat als een voortdurende ‘unie’ of – met enige verbeelding – als een internationale organisatie¹⁸. Dit alleen al maakte deze conventie vernieuwend omdat voorheen enkel bilaterale verdragen gesloten waren op het vlak van auteursrecht. Het was een eerste poging om tot een ‘universeel’ verdrag te komen.

b. Nationale behandeling

Het belangrijkste basisbeginsel was de nationale behandeling en dat kwam in de plaats van het klassieke reciprociteitsbeginsel¹⁹. Nationale behandeling betekent dat lidstaten bescherming geven aan de werken die vallen onder de conventie, ook al worden die werken in het land van oorsprong niet beschermd. Op die manier worden veel nadelen van het reciprociteitsbeginsel vermeden en wordt de drempel om toe te treden veel lager.

Toch moet het concept nationale behandeling juist begrepen worden, want het kan veeleer snel begrepen worden als een vorm van naastenliefde voor auteurs van andere landen. Dat is het hoegenaamd niet: het is namelijk eerder een structuur ingegeven door eigenbelang. Men koestert de hoop dat door de toepassing van dit beginsel meer staten zullen toetreden en dat die staten uit plichtsgevoel en schaamte hun eigen standaarden zullen verhogen²⁰. Het mag in elk geval duidelijk zijn dat dit vanuit het oogpunt van landen met een hoge beschermingsgraad een groot geloof in de andere landen veronderstelt. Het betekende een heel dappere stap in de richting van een internationale auteursrechtbescherming.

¹⁶ H. VANHEES, o.c., 77-89; cf. <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo024en.htm>

¹⁷ Cf. <http://www.wipo.org/treaties/en/documents/pdf/k-rome.pdf>

¹⁸ S. RICKETSON, *l.c.*, 874.

¹⁹ U. JOOS, R. MAUFANG, ‘Report on the Second Ringberg Symposium’ in F.-K. BEIER, G. SCHRICKER, *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988*, Weinheim, VCH Publishers, 1989, 4.

²⁰ S. RICKETSON, *l.c.*, 874.

c. Regelmatige herzieningen

De Conventie van Bern was opgevat als een dynamisch instrument dat de evolutie in de samenleving zou volgen en dat zou streven naar een uniforme internationale regeling van auteursrecht. Via regelmatige revisies kreeg dat dynamisme vorm, uiteindelijk kwam men tot zes herzieningen²¹.

2.2. DE INTERNE PROBLEMEN

2.2.1. Moeizame herzieningen

Zoals in deel 3.1.2 al aangeduid lag de grote kracht van de Conventie van Bern in de mogelijkheid tot regelmatige herzieningen. De onderhandelingen van 1967 in Stockholm betekenden het einde van die vlotte aanpassingen. Verschillende ontwikkelingslanden eisten toen bepalingen over verplichte licenties om zo aan hun eigen noden te voldoen. Verrassend was dat uiteraard niet, want als het gaat om intellectuele eigendomsrechten, dan is er in ieder geval een belangenconflict tussen de ontwikkelingslanden en de geïndustrialiseerde landen²². De Conventie daverde op haar grondvesten, maar begaf het niet, want in 1971 kwam men alsnog tot een compromis²³. De wonden waren echter heel diep en zouden de verdere evolutie van de conventie kleuren.

Uit de gebeurtenissen van 1967 trokken velen hun conclusies: er moeten geen verdere pogingen ondernomen worden om de tekst van de Conventie nog verder aan te passen, want bij elke herziening zullen de problemen die al opdoken in Stockholm opnieuw op de agenda verschijnen. Men had gewoon geen oplossing voor die vraagstukken en vermits alle beslissingen tot herziening met unanimité moesten gebeuren²⁴, besepte men maar al te goed dat de kans op slagen van een nieuwe revisiepoging heel klein was. Begin jaren tachtig probeerde men nog wel tot een vergelijk te komen, maar men slaagde niet in dat opzet. Het leek op dat ogenblik opportuun te wachten op gunstiger tijden om een oplossing te vinden²⁵.

De Conventie van Bern viel overigens toen al niet meer onder de verantwoordelijkheid van de Zwitserse Confederatie, maar onder die van de WIPO²⁶. Ondanks het uitblijven van succesvolle herzieningen bleef die organisatie heel actief in de jaren zeventig en tachtig. Er werden namelijk geregeld bijeenkomsten van experts gehouden die theorieën vormden over een heel aantal onderwerpen in verband met intellectuele eigendom. Tot nieuwe

²¹ Parijs (1896), Berlijn (1908), Rome (1928), Brussel (1948), Stockholm (1967), Parijs (1971).

²² HILPERT, H., 'TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrechten in ökonomischer Sicht', *GRUR Int.* 1998, 91-99.

²³ S. RICKETSON, *l.c.*, 878.

²⁴ S. RICKETSON, *l.c.*, 892.

²⁵ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 780.

²⁶ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 780.

internationale overeenkomsten hebben die impulsen nooit geleid, maar ze hebben wel in grote mate nationale wetgevingen beïnvloed. WIPO werd steeds meer gezien als een zeer onderlegd, maar tijdrovend forum met weinig potentieel om echte veranderingen teweeg te brengen²⁷.

2.2.2. Gebrek aan afdwingbaarheid

De bestaande Conventies op het gebied van auteursrecht en naburige rechten vertoonden nog een groot zwak punt²⁸: er waren nauwelijks of geen regels voorzien over de afdwingbaarheid van de rechten die ze garandeerden²⁹.

Artikel 16 van de Berner Conventie voorziet wel dat er beslag zal worden gelegd op 'elk afschrift van een werk waardoor inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht' in de landen van de Unie waar het oorspronkelijke werk wettelijke bescherming geniet. Dit geldt eveneens voor exemplaren die afkomstig zijn uit een land waar het werk niet of niet meer wordt beschermd. Het beslag is onderworpen aan de wettelijke regels van elk land. Artikel 13, lid 3 van hetzelfde verdrag voorziet ook een beslag op geluidsopnamen. In de Universele Auteursrecht Conventie staat alleen een algemene verplichting om een voldoende en efficiënte bescherming te geven aan de rechten die ze erkent³⁰. De Conventie van Rome bevat geen enkele bepaling over de tenuitvoerlegging.

De verdragen bepaalden dus niet zelf welke verplichtingen aan de contracterende staten werden opgelegd. Nergens werd concreet gezegd welke procedures ter beschikking gesteld moesten worden aan de rechtszoekende. Deze kwestie werd overgelaten aan nationale wetgeving.

Ook in een ander opzicht schoten de conventies tekort, want ze voorzagen niet in een efficiënt mechanisme waardoor de staten de naleving van de bepalingen door andere lidstaten konden verzekeren³¹. Ik benadruk dat er geen efficiënt mechanisme was, omdat er wel degelijk een mogelijkheid tot afdwinging was³². Artikel 33, 1^{ste} lid van de Berner Conventie in de versie van 1971 bepaalt immers dat een geschil betreffende de uitlegging of toepassing van dit verdrag kan voorgelegd worden aan het Internationale Gerechtshof. In datzelfde artikel, 2^{de} lid, wordt echter aan toetredende staten de mogelijkheid geboden om te verklaren dat men zich niet gebonden acht door het bepaalde in het eerste lid. Bovendien zou een beroep op het Internationaal Gerechtshof sowieso volstrekt illusoir zijn, omdat in normale omstandigheden geen enkel

²⁷ S. RICKETSON, *l.c.*, 893.

²⁸ T. DREIER, 'TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums', *GRUR Int.* 1996, 205.

²⁹ BUYDENS, M., 'L'accord TRIPS et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 88.

³⁰ M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPS): considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 153.

³¹ S. RICKETSON, *l.c.*, 875.

³² U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 776.

land een internationaal conflict zal riskeren met auteursrecht als inzet. Dit wordt bevestigd door het feit dat er nog geen zaken zijn voorgelegd³³.

2.2.3. Gebrek aan universaliteit

De Conventie van Bern had op 1 september 1986 76 lidstaten³⁴. Op zich is dat een aanzienlijk aantal, maar men was nog heel ver verwijderd van de universele gelding die men nastreefde³⁵. Op 1 januari 1995 had de Conventie van Bern 111 lidstaten en de Universele Auteursrecht Conventie 95, maar bleef de Conventie van Rome nog steeds hangen op 47³⁶. De toestand bij de overeenkomsten over naburige rechten was dus nog veel slechter dan bij die over het auteursrecht. Bovendien waren vele van deze lidstaten gebonden door verschillende versies³⁷. Vooral ontwikkelingslanden die uitermate gevoelig zijn voor de productie van namaakgoederen hielden zich afzijdig³⁸.

Verschillende grote landen zoals de Sovjet-Unie en China werden geen lid van de Conventie van Bern³⁹. Europa had het nochtans vooral heel moeilijk met de voortdurende weigering van de Verenigde Staten om toe te treden. Pas op 1 maart 1989 kwam er een doorbraak, maar die kwam er voornamelijk omdat de Verenigde Staten geen andere keuze meer hadden. In de onderhandelingen van de Uruguay Round dwongen ze de ontwikkelingslanden om de beschermingsstandaard van de Berner Conventie te aanvaarden, terwijl de V.S. zelf daarbij niet aangesloten was⁴⁰.

Het probleem was daarmee nog steeds niet van de baan, want de Verenigde Staten bleven halsstarrig weigeren om aan hun verdragsverplichtingen te voldoen. De *Berne Convention Implementation Act 1988* bepaalde immers dat elke directe toepasselijkheid van dat verdrag werd uitgesloten. De morele rechten – beschreven in artikel 6 bis – werden al evenmin weerhouden⁴¹. Bovendien negeerde men het formaliteitenverbod van de Berner Conventie en de auteursrechtelijke wederopstanding in de V.S. van in het publiek domein gevallen buitenlandse werken⁴². Dit alles leidde ertoe dat sommigen eerder van een ‘*non implementation act*’ spraken dan van een ‘*Implementation Act*’⁴³.

³³ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 777; S. RICKETSON, *l.c.*, 883.

³⁴ S. RICKETSON, *l.c.*, 878.

³⁵ M. BUYDENS, ‘L’accord TRIPS et le droit d’auteur’, *J.R.D.I.* 1997, 88.

³⁶ Cf. Site WIPO voor de actuele ledenlijst van de Conventie van Bern; cf Site WIPO voor de actuele ledenlijst van de Conventie van Rome (hierboven reeds vermeld.).

³⁷ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 451.

³⁸ M. BUYDENS, ‘L’accord ADPIC (TRIPS) : considérations générales sous l’angle du droit d’auteur’, *Annales de Droit de Louvain* 1997, 152.

³⁹ S. RICKETSON, *l.c.*, 878.

⁴⁰ A. NORDEMANN, A. SCHEUERMANN, ‘Adherence of the United States to the Berne Convention – Report on a Berlin Copyright Conference’, *IIC* 1992, 70.

⁴¹ A. NORDEMANN, A. SCHEUERMANN, *l.c.*, 77.

⁴² A. NORDEMANN, A. SCHEUERMANN, *l.c.*, 85.

⁴³ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 125.

2.3. EXTERNE PROBLEMEN

2.3.1. *Software en nieuwe technologieën*

Technologische vooruitgang noopt tot een aanpassing van de klassieke intellectuele eigendomsrechten⁴⁴. Midden jaren tachtig kon men nauwelijks inschatten waarheen de informatiemaatschappij zou evolueren. Elektronische databases en nieuwe technologieën stelden enkel kleine, vervelende moeilijkheden⁴⁵. Maar de economische waarde van software en computerchips steeg heel snel⁴⁶ en daarom was het van het grootste belang op korte termijn een voldoende bescherming te bieden.

De centrale vraag die zich stelde, was of die bescherming moest vertaald worden in de creatie van nieuwe intellectuele eigendomsrechten. Kon men met andere woorden de reeds bestaande rechten daarvoor nuttig aanwenden of volstonden die niet?

Voor chips lag de bescherming al vrij gauw vast, het werd een nieuwe regeling die wel gebaseerd was op auteursrecht, maar op verschillende punten vrij sterk verschilde⁴⁷. Onder impuls van de Verenigde Staten werd hun regeling door andere halfgeleiderproducerende landen overgenomen. De ‘*U.S. Semiconductor Chip Protection Act of 1984*’ werd zodoende de pool waarop andere wetgevingen zich oriënteerden.

De WIPO bewandelde oorspronkelijk ook het pad van de *sui generis*-bescherming voor softwarebescherming, in 1983 werd er zelfs een ontwerpverdrag opgemaakt⁴⁸. De nationale wetgevers kozen echter voor een auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s en het door de WIPO gekozen pad werd verlaten. Toch bleven velen bij hun standpunt en steunden zich vooral op het argument dat men niet mag proberen om dezelfde keurslijven toe te passen op nieuwe situaties. Auteursrecht gaat immers uit van een economisch onafhankelijke auteur die werken creëert onder zijn eigen directe verantwoordelijkheid en dat is vaak niet het geval bij software. Bovendien zouden teveel uitzonderingen moeten gemaakt worden op het bestaande auteursrecht om het geschikt te maken voor de bescherming van computerprogramma’s.

De tegenstanders van die *sui generis*-behandeling wezen vooral op het risico van atomisering van intellectuele eigendom⁴⁹. Door de creatie van allerlei aparte rechten ontstaan er namelijk onvermijdelijk lacunes en wordt de hele situatie behoorlijk onoverzichtelijk.

⁴⁴ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 453.

⁴⁵ S. RICKETSON, *l.c.*, 879.

⁴⁶ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 771.

⁴⁷ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 14.

⁴⁸ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 13.

⁴⁹ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 16.

2.3.2. *Illegaal kopiëren en piraterij*

De ontwikkeling van opnametechnologie heeft het produceren van goederen veel makkelijker gemaakt, maar tegelijk is ook illegaal kopiëren heel eenvoudig geworden. Bovendien organiseerde de namaakindustrie zich steeds beter zodat die angstwekkende proporties aannam⁵⁰. In 1990 wees UCHTENHAGEN er al op dat de namaakgoederen instaan voor ongeveer tien procent van de totale wereldhandel⁵¹. Eind jaren tachtig was volgens KATZENBERGER ongeveer 25 procent van de geluidsopnames al illegaal gekopieerd⁵², men kan er enkel naar raden hoe hoog dat percentage vandaag ligt.

Het spreekt voor zich dat deze industrie enorme schade toebrengt aan de wereldhandel, want ze veroorzaakt ernstige verstoringen in de mededinging. Het is inderdaad niet moeilijk in te zien dat de beschermde producten duurder zijn, omdat in die prijs ook promotiekosten en ontwikkelingskosten vervat zitten. Degene die dus illegaal auteursrechtelijke producten kopieert, eigent zich een onwettig concurrentievoordeel toe⁵³.

Begin jaren negentig werd men geconfronteerd met het feit dat sommige landen die namaakindustrie cultiveerden⁵⁴. Ze onttrokken zich dan ook aan alle mogelijke verplichtingen die gericht waren op het tegengaan van die piraterij. Bovendien werd het ook steeds makkelijker om de productie van illegale reproducties snel te verplaatsen. Zodoende kon men heel snel een land waar de wetgeving verstremde, ontvluchten om de productie elders te vestigen. Het gaat hier niet noodzakelijk om de minst ontwikkelde landen, vooral staten als Zuid-Korea, Thailand, Indonesië en Maleisië werden door de V.S. gevisieerd⁵⁵. Nochtans is het probleem ook niet onbekend binnen Europa. Het is zelfs zo dat de meeste gekopieerde werken het land waar de kopie gemaakt is, nooit verlaten⁵⁶.

2.3.3. *Ontevredenheid met Amerikaanse handelspolitiek*

Voor de Verenigde Staten waren de toenemende piraterij en het gebrek aan bescherming van computerchips doornen in het oog. Daarom stemden zij hun handelspolitiek volledig af op het afdwingen van een degelijke bescherming. Voor de bescherming van halfgeleiders greep men terug naar het principe van reciprociteit en bilaterale overeenkomsten. Men drong daarbij de 'U.S. Semiconductor Chip Protection Act of 1984' op aan alle andere

⁵⁰ T. DREIER, *l.c.*, 208.

⁵¹ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 770.

⁵² P. KATZENBERGER, *l.c.*, 451.

⁵³ M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 149.

⁵⁴ H. COHEN JEHOAM, *l.c.*, 124.

⁵⁵ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 451.

⁵⁶ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 771.

chipproducerende landen⁵⁷. De sanctie zou zijn dat de chips van die andere landen geen bescherming zouden genieten binnen de uitzonderlijk belangrijke Amerikaanse markt.

De piraterij pakte men aan op basis van de Amerikaanse ‘*Trade Act*’, de ‘*Tariff Act*’ en Special 301 van de ‘*Omnibus Trade and Competitiveness*’⁵⁸. Landen die onder de druk bezweken en wetten uitvaardigden met auteursrechtbescherming, werden beloond met marktvoordelen en –toegang. Degenen die dat weigerden, moesten eenzijdige maatregelen van de Verenigde Staten ondergaan⁵⁹.

Deze politiek bleek heel efficiënt, maar was vooral vanuit politiek en diplomatiek oogpunt nogal zorgwekkend. Bovendien konden enkel grote landen gebruik maken van deze manier van werken, zodat een universele regeling verder weg leek dan ooit tevoren.

3. TOTSTANDKOMING EN DOEL

3.1. AANLEIDING EN CONCEPT VAN TRIPS

3.1.1. Redenen

De Verenigde Staten lanceerden in 1986 in de Punta del Este-verklaringen het voorstel om vraagstukken over intellectuele eigendom voortaan ook binnen het kader van de GATT-onderhandelingen te behandelen. Zij zagen immers geen heil meer in de pogingen om de Conventies van Bern en Parijs (industriële eigendom) te herzien. Dat gebrek aan vertrouwen is te verklaren door de patstelling waarin men daar verzeild was door de groeiende noord-zuid tegenstelling⁶⁰ (zie 4.3.1). Nochtans waren die revisies hoognodig, want die verdragen konden in 1986 onvoldoende bescherming garanderen aan de uitvinders, aan de auteurs en aan de verschillende economieën⁶¹. Bovendien was het tekort aan afdwingingsmogelijkheden ronduit schrijnend (zie 3.2.2).

De impasse rond de traditionele conventies deed zich net voor op een ogenblik waarop de belangstelling voor problemen rond intellectuele eigendom groter was dan ooit voorheen. Die eigendomsrechten waren immers goed op weg één van de steunpilaren te worden van de toekomstige economische groei voor de V.S. en Europa. De Verenigde Staten probeerden andere staten ervan te overtuigen dat er veel meer op het spel stond dan enkel de strijd tegen de piraterij, maar het spreekt voor zich dat die veldtocht tegen illegaal kopiëren wel de kern was van hun doelstellingen (zie 3.3.2). De verliezen voor de

⁵⁷ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 20.

⁵⁸ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 124.

⁵⁹ J. DREXL, ‘Urheberrecht und Handelspolitik: Zweckehe oder Mesalliance?’, *GRUR Int.* 1999, 4.

⁶⁰ H. HILPERT, *l.c.*, 91; H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 123.

⁶¹ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 21.

Amerikaanse industrie die toegebracht werden door namaakproducten en illegale kopieën namen immers onrustwekkende proporties aan⁶².

Tenslotte zagen de Verenigde Staten ook zelf de noodzaak in van een multilaterale aanpak⁶³. De toenemende ontevredenheid met betrekking tot hun eenzijdig optreden en de intrinsieke tekortkomingen van een bilaterale regeling van auteursrechten, waren hun niet ontgaan.

3.1.2. Doelstellingen

Heel abstract uitgedrukt was het doel om een werkbare en gepaste bescherming van intellectuele eigendom te waarborgen. De onderhandelingen konden daarbij leiden tot nieuwe GATT-voorzieningen en nieuwe interpretaties van bestaande bepalingen. Eigenlijk zochten de Verenigde Staten vooral naar een multilateraal kader om de handel in namaakgoederen tegen te gaan⁶⁴.

Door een codificatie van bepaalde regels van auteursrecht, naburige rechten⁶⁵ en industrieel eigendom wilde men een stimulans geven aan technische innovatie, verspreiding van technologie en maatschappelijke en economische welvaart⁶⁶.

In elk geval wilde men in het denken over de bescherming van intellectuele eigendom een 'new drive' teweeg brengen, zonder daarbij in conflict te komen met de al bestaande conventies op dat gebied⁶⁷. Dit kon veronderstellen dat ook de premissen die tot hertoe gehanteerd werden in vraag moesten gesteld worden. UCHTENHAGEN verwoordde het als volgt⁶⁸:

'It must allow itself to be probed and tested repeatedly and from all sides, just as the autumn storms shake the trees and cause all the overripe fruit to fall.'

3.1.3. Basisconcept

Het is essentieel in te zien waarom velen het GATT-initiatief zoveel slaagkansen toedichtten. Dat project zou slagen omdat het uitging van heel andere onderhandelingsgronden. RICKETSON spreekt zelfs van een 'monumental change' omdat voor het eerst handel en intellectuele eigendom aan elkaar gekoppeld werden⁶⁹, voor het eerst begaf een GATT-akkoord zich op tot dan toe voor dat forum onbekend terrein⁷⁰.

⁶² U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 26.

⁶³ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 25.

⁶⁴ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 769.

⁶⁵ A. KEREVER, 'Le GATT et le droit d'auteur international l'accord sur les "aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce"', *RTD Com* 1994, 630.

⁶⁶ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 449.

⁶⁷ U. JOOS, R. MAUFANG, *l.c.*, 28.

⁶⁸ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 778.

⁶⁹ W. GROSHEIDE, 'Durchsetzung von Urheberrechten im Wege einstweiliger Maßnahmen', *GRUR Int.* 2000, 315.

⁷⁰ A. KEREVER, *l.c.*, 629; U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 22.

Door gebruik te maken van een globaal handelsakkoord konden de ontwikkelingslanden overhaald worden. Hun belang bij een akkoord dat enkel intellectuele eigendom als onderwerp heeft, is namelijk vrij beperkt⁷¹. Het TRIPs verdrag is onlosmakelijk verbonden met het verdrag dat de WTO opricht en dit bracht met zich mee dat er bij de onderhandelingen van beiden een heel breed spectrum was van materies waarover gepraat kon worden⁷². Door TRIPs te aanvaarden, verkregen ontwikkelingslanden maatregelen die erop gericht waren de westerse markten te openen voor voornamelijk landbouwproducten.

TRIPs is er uiteindelijk gekomen door deze radicaal nieuwe visie, maar voor de specialisten in intellectuele eigendom – die in 1986 nog het honderdjarig bestaan van de Berner Conventie vierden – was de stap in het ongewisse wel heel groot⁷³. Zij zagen hun materie immers volledig los van andere handels- en eigendomsaspecten, maar een overtuiging kan heel snel veranderen. Degenen die hun mening niet veranderden en een traditionalistische benadering bleven verdedigen, werden zonder meer opzij geschoven. Het meest merkwaardige is wel hoe snel de hele mentaliteitsverandering heeft plaats gevonden⁷⁴.

3.2. WAS GATT EEN GESCHIKT FORUM?

3.2.1. De bevoegdheid en doelstellingen van GATT

Het concept mocht dan al revolutionair zijn en de perspectieven rooskleurig, de hele constructie zou overeind blijven of vallen bij het antwoord op de vraag: is GATT überhaupt bevoegd om in te grijpen in het gebied van intellectuele eigendom? Het beginsel van de specialiteit van internationale organisaties zegt immers dat de bevoegdheid om in een bepaalde materie regelgeving uit te vaardigen, ligt bij de internationale organisatie die specifiek voor dit doel is opgericht⁷⁵. Concreet zou dat dus betekenen dat enkel de WIPO zeggenschap had.

Toch heeft men dit bezwaar opzij geschoven omdat de lidstaten van een internationale organisatie op elk ogenblik een andere mening kunnen aannemen in de toepassing en interpretatie van een verdrag. De staten zijn met andere woorden vrij om de rol en functies van een internationale organisatie in detail te regelen⁷⁶.

Eens de principiële bevoegdheid van GATT aanvaard, blijft natuurlijk nog de kwestie hoever die bevoegdheid zal reiken. De eerste twee letters van de afkorting TRIPs suggereren een beperking tot *'trade-related'* en velen waren

⁷¹ M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 152.

⁷² U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 26.

⁷³ S. RICKETSON, *l.c.*, 882.

⁷⁴ S. RICKETSON, *l.c.*, 883.

⁷⁵ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 22.

⁷⁶ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 22 en 25.

er dan ook van overtuigd dat dit beperkend geïnterpreteerd hoort te worden. Dit zou op zich een logische houding zijn, temeer omdat enkele jaren voordien UNCTAD zich begaf op het terrein van de intellectuele eigendom en daaromtrent vurige discussies oplaaiden⁷⁷. De westerse landen ontkenden toen de bevoegdheid van die organisatie op grond van het specialiteitsbeginsel en door middel van een enge interpretatie van de UNCTAD-bevoegdheid. Bij de TRIPs-onderhandelingen ondermijnden de ontwikkelingslanden met dezelfde argumentatie de bevoegdheid van GATT, ze pleitten voor een beperking tot 'trade-related'.

De meeste landen zagen een dergelijke beperking *in abstracto* niet zitten, want dat zou de onderhandelingen in een impasse leiden. Eindeloze discussies over wat 'trade-related' is en wat niet waren absoluut uit den boze.

Om deze visie te ondersteunen verwees men naar de doelstellingen van GATT, namelijk het verminderen van vervalsingen van en hinderpalen in de internationale handel⁷⁸. In de preambule van het oprichtingsverdrag van de WTO wordt het als volgt verwoord⁷⁹:

'Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, ...'

Men meent dat om deze doelstelling te verwezenlijken, een vrije en onvervalste handel⁸⁰ strikt vereist is⁸¹. Waar vroeger verstoringen van die handel vooral te wijten waren aan opgelegde invoerbelastingen en subsidies, zijn die nu te wijten aan verschillen in regelgeving. Het gebrek aan en de gebreken van wetten - onder andere op het gebied van intellectuele eigendom - worden beschouwd als het grootste gevaar. Het is vanuit dat perspectief niet meer dan logisch dat binnen GATT het initiatief werd genomen om het TRIPs-verdrag tot stand te brengen.

3.2.2. Voordelen

De voordelen van het GATT-project waren vooral dat de nadelen van het voorgaande systeem van de Berner Conventie ondervangen werden: de frustratie die ontstaan was na de zoveelste gefaalde poging tot herziening, de tekortschietende beschermingsmogelijkheden en het totaal gebrek aan procedurele manieren om af te dwingen (zie 3.2 en 3.3).

De kansen op slagen van het GATT-project waren van meet af aan aanzienlijk groter dan die van een herziening van de traditionele conventies. Dat had alles

⁷⁷ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 30.

⁷⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 448.

⁷⁹ Cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

⁸⁰ T. BRAUN, 'Der Schutz ausübender Künstler durch TRIPs', *GRUR Int.* 1997, 431.

⁸¹ M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 148.

te maken met de mogelijkheid tot het sluiten van 'package deals' omdat de materie waarover onderhandeld kon worden zoveel uitgestrekter was dan enkel intellectuele eigendom⁸².

De onderhandelingen over revisies onttaarden steeds in een blokvorming tussen geïndustrialiseerde landen en ontwikkelingslanden. Bij de GATT-onderhandelingen bleek dat dat fenomeen in dit nieuwe kader voor intellectuele eigendom veel minder prominent aanwezig was. De weg naar een compromis lag zo wijd open⁸³.

Het GATT-forum bood ook interessante mogelijkheden op het vlak van geschillenregeling. Die opties zijn veel aantrekkelijker dan de voortdurende eenzijdige druk waardoor bilaterale akkoorden vaak worden gekenmerkt.

3.2.3. Nadelen

Nu is vastgesteld dat de bevoegdheid van GATT inderdaad geen onoverkomelijke problemen stelde en dat er verschillende voordelen verbonden zijn aan een dergelijk globaal handelsakkoord is het niet onzinnig om ook de nadelen eens te overlopen:

Onvoldoende kennis van intellectuele eigendom

Het is niet ondenkbaar dat er binnen GATT niet de expertise voorhanden zou zijn op het gebied van intellectuele eigendom. WIPO zou als organisatie uiteraard veel beter uitgerust zijn om inhoudelijke normen te onderbouwen. Onder andere de Verenigde Staten waren nochtans van mening dat dit probleem eenvoudig kon opgelost worden doordat de deelnemende staten aan de onderhandelingen intellectuele eigendomsdeskundigen in hun delegaties zouden opnemen⁸⁴. In elk geval moet er wel zo nauw mogelijk met de WIPO worden samengewerkt om zo de verwezenlijkingen van die organisatie te benutten.

Dubbel werk is niet efficiënt

WIPO bleef uiteraard een actieve organisatie tijdens de GATT-onderhandelingen waarin verschillende richtlijnen, aanbevelingen en modelwetgevingen opgesteld werden. WIPO werkte toen immers al aan de verdragen⁸⁵ die pas in 1996 vaste vorm zouden krijgen (zie hoofdstuk 6). Dit leidt onvermijdelijk tot overlappingsen, hoewel veel staten dit met veel nadruk ontkenden. Dat ontkennen was vermoedelijk ingegeven door een aanvoelen dat TRIPs echt onontbeerlijk was om het werk van WIPO eindelijk te verzilveren.

⁸² M. BUYDENS, *l.c.*, 148.

⁸³ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 35.

⁸⁴ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 25.

⁸⁵ E. ARKENHOUT, 'Nieuwe verdragen over auteursrecht en naburige rechten', *Informatierecht* 1997, 67.

Eventuele verzwakking van het traditionele systeem

Velen dachten voor de totstandkoming van TRIPs dat de positie van de WIPO en de al bestaande conventies in het gedrang zou komen door het herleiden van intellectuele eigendomsrechten tot een louter handelsaspect⁸⁶. Deze vrees werd alleen maar versterkt door het GATT-principe van de meestbegünstiging, want dit zou wel eens een onoverkomelijke hindernis kunnen worden voor de verdere ontwikkeling van de bescherming.

Anderen zagen in de alternatieve route die gevolgd werd een versterking van het traditionele systeem.

Bezwaren uit mededingingsperspectief

De vrees bestond dat de Verenigde Staten hun verminderde competitiviteit wilden ondervangen door industriële research en ontwikkeling te subsidiëren. In het kader van GATT werd dit oogluikend toegestaan en men vermoedde dat aan TRIPs ook een dergelijk streven ten grondslag lag.

3.3. TEGENSTELLINGEN

3.3.1. Noord-zuid tegenstelling

Basisconflict

In industrielanden staat men traditioneel uiteraard positief tegenover de bescherming van intellectuele eigendom. Empirische studies bevestigen immers dat er een evenredige verhouding is tussen die bescherming en de technische vooruitgang⁸⁷.

In ontwikkelingslanden liggen de kaarten helemaal anders: zij nemen namelijk een sceptische houding aan⁸⁸. Dat is niet onlogisch, want de belangen van die landen zijn essentieel tegengesteld aan die van de industrielanden. Dit was ook de reden waarom de ontwikkeling van de Conventies van Bern en Parijs abrupt eindigde in de jaren zeventig en tachtig⁸⁹.

Dat belangenconflict vond zijn gronden in de enorme economische gevolgen die een betere bescherming in ontwikkelingslanden met zich zou brengen. Van de schending van o.a. auteursrechten hingen in die landen immers heel veel banen af en correcte naleving van die rechten zou zorgen voor een permanente geldstroom van zuid naar noord, van ontwikkelingsland naar multinational. Bovendien vreesde men dat de verspreiding van technologie erdoor zou kunnen tegengehouden worden. Het liefst zien zij intellectuele eigendom als een 'vrij goed', waarop niemand rechten kan laten gelden⁹⁰. Het comparatief voordeel van derde wereldlanden ligt immers in de lage kostprijs van productie

⁸⁶ U. JOOS, R. MOUFANG, *l.c.*, 34.

⁸⁷ H. HILPERT, *l.c.*, 92.

⁸⁸ S. DÖRMER, 'Dispute Settlement and New Developments Within the Framework of TRIPS, An Interim Review', *IIC* 2000, 32.

⁸⁹ H. COHEN JEHOAM, *l.c.*, 123.

⁹⁰ H. HILPERT, *l.c.*, 92.

en de industriële imitatie. Door een ver uitgebouwd beschermingssysteem verliezen ze die steunpilaar van hun relatieve welvaart.

Uitdieping van het conflict

Door de globaliseringstendens wordt het conflict alleen nog scherper. De namaakproducten blijven immers al lang niet meer binnen de grenzen van het land van oorsprong en daardoor lopen de verliezen van multinationale ondernemingen op. Daarenboven zijn de mogelijkheden tot 'reverse engineering' enorm toegenomen door de ontwikkeling van de communicatietechnologie⁹¹.

De oplossing

Van elk conflict hoopt men dat het tot een compromis kan leiden en in dit geval leek dat lange tijd onhaalbaar⁹². Pas door het betrekken van brede handelsaspecten binnen de onderhandelingsmarge lag een oplossing binnen de mogelijkheden (zie 4.1.3).

3.3.2. Noord-noord tegenstelling

Basisconflict

Om verschillende redenen was er bijzonder veel wrevel tussen de V.S. en Europa als auteursrecht ter sprake kwam. Zo had Europa het niet echt begrepen op de agressieve Amerikaanse handelspolitiek om bilaterale overeenkomsten af te dwingen, hoewel de E.G. wel eens dezelfde tactiek toepaste⁹³.

Toen de Verenigde Staten in 1989 uiteindelijk toetraden tot de Berner Conventie zorgde dat voor tevredenheid in Europa. Die tevredenheid moest nochtans al gauw plaats ruimen voor pure verontwaardiging omdat de verplichtingen die de Conventie oplegt op uiterst minimale wijze werden nageleefd door de V.S. Directe werking werd ontzegd en de morele rechten van artikel 6 bis werden voor onbestaande gehouden. Ook het formaliteitenverbod werd met de voeten getreden.

Die morele rechten zijn meteen ook de kern van het inhoudelijke conflict tussen Europa en de V.S., die enkel een louter economische invulling van het auteursrecht wensten te ondersteunen. Continentaal-Europese landen aanvaarden echter traditioneel dat zelfs al heeft een auteur zijn vermogensrechten afgestaan, hij toch nog de morele rechten behoudt. Die houden bijvoorbeeld in dat de auteur het recht heeft als dusdanig te worden vernoemd en dat hij zich kan verzetten tegen elke mogelijke verminking van zijn werk waardoor hij als auteur in zijn eer en reputatie kan worden gekrenkt⁹⁴. Naast de kwestie van de morele rechten was er ook nog een dispuut

⁹¹ H. HILPERT, *l.c.*, 94.

⁹² H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 124.

⁹³ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 124.

⁹⁴ C. CORREA, *l.c.*, 544.

over de auteursrechtelijke wederopstanding in de V.S. van in het publiek domein gevallen buitenlandse werken⁹⁵.

De oplossing

Binnen de GATT-onderhandelingen boekten de Verenigde Staten hun overwinningen, net als Europa ook op enkele punten de strijd in haar voordeel beslechtte. De morele rechten zouden niet verplichtend worden opgelegd, maar de auteursrechtelijke wederopstanding wel. Dit wordt uiteraard verder uitgewerkt in het volgende hoofdstuk.

3.4. OPTIES BIJ HET OPSTELLEN

De onderhandelaars hoorden duidelijk te maken wat de verhouding was tussen de tekst van het TRIPs-verdrag en de Conventies van Bern en Rome. Eigenlijk waren er twee denkpijsten, maar geen van beide werd gevolgd.

Enerzijds kon men zich baseren op de erkenning van het specifiek karakter van de beschermde werken. In dat geval zitten de normen die van toepassing zijn vervat in verdragen die effectief over intellectuele eigendom gaan en niet in een handelsverdrag. Men kon dan ook volstaan met een eenvoudige verwijzing naar de Conventies van Rome en Bern en met de verplichting voor de GATT-lidstaten om daarbij aan te sluiten en de normen ervan toe te passen⁹⁶. Naast deze verwijzing zou er dan een bepaling moeten opgenomen worden om de effectieve tenuitvoerlegging te garanderen. Dit om tegemoet te komen aan één van de voornaamste bezwaren tegen de traditionele conventies, uiteraard (zie 3.2.2).

Anderzijds was er de mogelijkheid om elke referentie naar die conventies weg te laten en in autonome termen een verdrag op te stellen. Op deze manier zou er een nieuwe conventie ontstaan die de bestaande parafraseerde, maar tegelijk op bepaalde punten kon afwijken, herdefiniëren en concreter maken.

Het grote voordeel van de eerste benadering is dat de bescherming van auteursrechten niet uit haar vertrouwde forum – de WIPO met name – zou genomen worden. Bovendien leidde de tweede denkpijst rechtstreeks naar verscheurende conflicten of toch tenminste een heel moeizame coëxistentie⁹⁷.

Uiteindelijk koos men voor een heel eigenaardige combinatie van beide denkpijsten.

⁹⁵ H. COHEN JEHOAM, *l.c.*, 125.

⁹⁶ A. KEREVER, *l.c.*, 630.

⁹⁷ A. KEREVER, *l.c.*, 631.

4. INHOUD TRIPS

4.1. DE GRONDBEGINSELEN

4.1.1. Nationale behandeling

Het beginsel van nationale behandeling is opgenomen in artikel 3 van het TRIPs-verdrag dat deel uitmaakt van deel I, Algemene bepalingen en grondbeginselen⁹⁸. Dit principe werkt dus door op alle rechten vervat in het akkoord. Eigenlijk houdt de nationale behandeling in de eerste plaats een assimilatie in⁹⁹: op het gebied van auteursrecht en naburige rechten betekent het dat op de buitenlandse houders van auteursrechten dezelfde wetten worden toegepast als op de binnenlandse houders in de landen waar bescherming gevraagd wordt¹⁰⁰. De uitzonderingen zoals opgenomen in de Conventies van Rome en Bern blijven van toepassing.

Artikel 9 van het TRIPs-verdrag incorporeert de eerste 21 artikels van de Berner Conventie. In het vijfde artikel is de nationale behandeling al opgenomen en dus lijkt het alsof de expliciete herhaling in TRIPs enigszins overbodig is. Toch is dat niet het geval, al is die herhaling er zeker ten dele op gericht om te verduidelijken dat de verplichting ook geldt ten aanzien van de zogenaamde Bern-plus elementen¹⁰¹. Artikel 3, 2^e wil eveneens verduidelijken dat de nationale behandeling geen betrekking heeft op het procesrecht.

Wat betreft de naburige rechten heeft artikel 3 een zelfstandige betekenis. TRIPs incorporeert de Conventie van Rome immers niet en dus moet de nationale behandeling enkel toegekend worden voor de rechten die TRIPs expliciet voorziet¹⁰². Lidstaten die dus tegelijk gebonden zijn aan de Conventie van Rome zijn niet gehouden tot het toekennen van nationale behandeling aan onderdanen van TRIPs-leden die geen lid zijn van de Conventie van Rome als het gaat om rechten die enkel in laatstgenoemd verdrag voorzien zijn¹⁰³.

4.1.2. Meestbegunstiging

Een nieuwigheid op het gebied van de internationale, multilaterale bescherming van de auteursrechten is het principe van de meestbegunstiging¹⁰⁴. Dat is eigenlijk afkomstig uit eerdere GATT-

⁹⁸ H. VANHEES, *o.c.*, 1-44; cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

⁹⁹ H. COHEN JEHOAM, *l.c.*, 126.

¹⁰⁰ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 93; A. KEREVER, *l.c.*, 641; T. BRAUN, 'Der Schutz ausübender Künstler durch TRIPs', *GRUR Int.* 1997, 428.

¹⁰¹ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 460.

¹⁰² M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 94.

¹⁰³ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 460.

¹⁰⁴ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 461 R. HILTY, A. PEUKERT, 'Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext', *GRUR Int.* 2002, 656.

overeenkomsten en is er in essentie op gericht om discriminaties te vermijden. In de eerste plaats betekent dit bescherming voor de kleine landen¹⁰⁵, zeker in het licht van de gebilateraliseerde handelspolitiek van de V.S. (maar ook van Europa) eind jaren tachtig. Zij wisten immers door middel van een machtspositie verschillende voordelen te bedingen bij ontwikkelingslanden.

Beslissen dus twee of meerdere landen om in een verdrag een ruimere bescherming vast te leggen voor de onderdanen van die landen dan diegene die voorzien zijn in TRIPs, dan kunnen onderdanen van andere GATT-lidstaten zich op artikel 4 beroepen om een zelfde behandeling af te dwingen¹⁰⁶. Het principe van meestbegünstiging betekent met andere woorden dat de voordelen die toegekend worden in een bijzonder verdrag uitgebreid worden tot andere GATT-leden, hoewel die helemaal geen partij zijn bij dat verdrag en bijgevolg ook geen verplichtingen in dat kader op zich nemen¹⁰⁷. Een zuivere toepassing van dit beginsel zou betekenen dat er nauwelijks nog zulke verdragen gesloten zouden worden, wegens de verplichte derdenwerking ervan. Dit nadeel wordt wel ten dele ondervangen door een reeks uitzonderingen, vrijgesteld van de verplichting¹⁰⁸ die zijn opgenomen in artikel 4 a tot en met d:

- Voordelen ... *'die voortvloeien uit internationale overeenkomsten inzake rechtshulp en rechtshandhaving van algemene aard en niet in het bijzonder zijn beperkt tot de bescherming van de intellectuele eigendom.'*

- Rechten toegekend door de Conventies van Rome en Bern die onderworpen zijn aan de reciprociteit i.p.v. de nationale behandeling. Bijvoorbeeld het volgrecht hoort slechts toegekend te worden als ook het thuisland van de auteur dat recht erkent.

- De naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties die in TRIPs niet voorzien worden. Als twee landen dus in een afzonderlijk verdrag bijkomende naburige rechten erkennen, dan zijn die nieuwe rechten niet meteen van algemene toepassing¹⁰⁹.

- Rechten voortvloeiend uit verdragen op het gebied van intellectuele eigendom die in werking waren voor de inwerkingtreding van TRIPs. Dit veronderstelt wel een kennisgeving aan de Raad voor de handelsaspecten van de intellectuele eigendom. Bovendien mag een dergelijk verdrag geen willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie inhouden van onderdanen van andere leden.

Voor de laatste uitzondering is van bijzonder groot belang in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, het Phil Collins-arrest meerbepaald. Voor de lidstaten van de Europese Economische Ruimte is het immers niet meer mogelijk om de reciprociteitsbepalingen van de Conventies van Bern en Rome

¹⁰⁵ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 126.

¹⁰⁶ A. KEREVER, *l.c.*, 641; R. HILTY, A. PEUKERT, *l.c.*, 656.

¹⁰⁷ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 94.

¹⁰⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 461.

¹⁰⁹ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 94.

op elkaar toe te passen, dit op grond van het discriminatieverbod zoals opgenomen in artikel 6 E.G.-verdrag en in artikel 4 E.E.R.-verdrag¹¹⁰. Lidstaten van de Europese Unie kunnen onderdanen van andere lidstaten niet meer anders behandelen dan hun eigen inwoners, elke discriminatie op basis van nationaliteit is immers verboden¹¹¹. Dit kan ervoor zorgen dat bijvoorbeeld België aan Italiaanse auteurs voordelen toekent die het aan Amerikaanse auteurs ontzegt op basis van de Conventie van Bern¹¹². Moet er op basis van het meestbegunstigingsbeginsel dan niet besloten worden dat ook op Amerikanen de meest voordelige regeling moet worden toegepast? Het antwoord kan uiteraard niet positief zijn en daarom is artikel 4, d) TRIPs van het grootste belang: het E.G.-verdrag moet beschouwd worden als een vooraf in werking getreden verdrag in verband met intellectuele eigendom¹¹³.

4.1.3. Formaliteitenverbod

Artikel 62, 1^e van TRIPs bepaalt: *‘De Leden kunnen, als voorwaarde voor de verwerving of instandhouding van de rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom bedoeld in de titels 2 tot en met 6 van deel II, de naleving van redelijke procedures en formaliteiten vereisen. Deze procedures en formaliteiten dienen in overeenstemming te zijn met de bepalingen van deze Overeenkomst.’*

A contrario kan hieruit worden afgeleid dat voor de verwerving van auteursrechten en naburige rechten geen formaliteiten kunnen opgelegd worden¹¹⁴, omdat die opgenomen zijn in titel 1 van deel II. Opvallend is dat dit beschouwd wordt als een uitzondering op een algemene regel. In normale omstandigheden is dus registratie of neerlegging vereist, maar auteursrecht en naburige rechten ontsnappen hieraan. KEREVER drukt de angst uit dat deze uitzondering op termijn zal verdwijnen en auteursrecht dan herleid wordt tot een zoveelste vermogensrecht¹¹⁵.

Maar nu wordt een gemaakt werk dus beschouwd als beschermd door auteursrecht van zodra dat werk bestaat. Er is ook geen registratiesysteem voorzien in het kader van WIPO, het formaliteitenverbod was immers al opgenomen in de Berner Conventie¹¹⁶.

110 H.v.J. 20 oktober 1993, nr. 92/92 en 326/92, Jur. H.v.J. 1993, I-05145; cf. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61992J0092&lg=NL.

111 M. BUYDENS, ‘L’accord TRIPs et le droit d’auteur’, *I.R.D.I.* 1997, 94.

112 H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 127.

113 P. KATZENBERGER, *l.c.*, 462, X., ‘EU & EEA/TRIPs: Exception to Most-Favored Nation Clause in TRIPs’, *IIC* 1996, 581.

114 T. DREIER, ‘TRIPs und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums’, *GRUR Int.* 1996, 209.

115 A. KEREVER, *l.c.*, 643.

116 Cf. <http://www.wipo.org/copyright/en/faq/faqs.htm#rights>

4.1.4. Het evenwicht: geen misbruik van auteursrecht

TRIPs en het oprichtingsverdrag van de WTO beogen een vrije en onvervalste internationale handel, daarom is enerzijds een bescherming van auteursrechten noodzakelijk, maar anderzijds mogen die toegekende rechten niet zelf de vrije handel beperken¹¹⁷. Daarom werd in artikel 8, 2^o een bepaling opgenomen die erop gericht is misbruik van de intellectuele eigendomsrechten tegen te gaan:

'Passende maatregelen, mits in overeenstemming met de bepalingen van deze Overeenkomst, kunnen nodig zijn ter voorkoming van misbruik van rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom door bezitters van die rechten of van het toevlucht nemen tot gedragingen die het handelsverkeer op onredelijke wijze beperken of de internationale overdracht van technologie nadelig beïnvloeden.'

Deze anti-misbruikbepaling is een nieuwigheid in het TRIPs-verdrag in vergelijking met de traditionele conventies. Dit is bij uitstek een artikel waarin de verschillende basisingesteldheid van TRIPs en de Berner Conventie blijkt. De vrije internationale handel is primordiaal, de bescherming van intellectuele eigendom is slechts een middel daartoe¹¹⁸. In artikel 40 is een soortgelijke bepaling over de bestrijding van misbruik opgenomen.

Die theorie van misbruik van rechten is ontleend aan de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. In 1989 besliste dat hof al dat de auteursrechten voor misbruik vatbaar zijn¹¹⁹:

'De artikelen 30 en 36 hebben aldus tot doel, de vereisten van het vrije verkeer van goederen overeen te brengen met de eerbiediging van de legitieme uitoefening van exclusieve rechten op het gebied van de letterkundige en artistieke eigendom. Dit betekent in het bijzonder, dat geen bescherming wordt verleend ingeval die rechten worden misbruikt om een kunstmatige compartimentering van de gemeenschappelijke markt te handhaven of tot stand te brengen.'

In verband met tekeningen en modellen kwam het Hof tot een gelijkaardige conclusie¹²⁰. Ook de willekeurige discriminatie bij de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten, kan beschouwd worden als een misbruik¹²¹.

De idee om de bescherming van intellectuele eigendom te verbinden aan een verbod van misbruik was dus alles behalve nieuw. In het TRIPs-akkoord werd

¹¹⁷ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 448.

¹¹⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 450.

¹¹⁹ H.v.J. 24 januari 1989, nr. 341/87, Jur. H.v.J. 1989, 79; cf. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61987J0341&lg=NL.

¹²⁰ H.v.J. 14 september 1982, nr. 144/81, Jur. H.v.J. 1982, 2853; cf. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61981J0144&lg=NL.

¹²¹ H.v.J. 22 juni 1976, nr. 119/75, Jur. H.v.J. 1976, 1039; cf. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61975J0119&lg=NL.

dit principe opgenomen omdat het besef gegroeid was dat men geen aanleiding mag geven tot absolute monopolies en misbruik van rechten¹²².

4.1.5. Geen afbreuk aan verplichtingen in kader van traditionele conventies

Artikel 2, 2^e laat aan duidelijkheid nauwelijks te wensen over:

‘Geen enkele bepaling in de Delen I t/m IV van deze Overeenkomst doet afbreuk aan de bestaande verplichtingen die de leden jegens elkaar kunnen hebben ingevolge het Verdrag van Parijs, de Berner Conventie, het Verdrag van Rome en ...’

Deze tekst beoogt TRIPS-leden die tegelijk de Conventie van Bern of Rome hebben onderschreven of het Verdrag van Parijs. De verplichtingen die voortvloeien uit die teksten worden geenszins aangetast of verminderd door de ondertekening van TRIPS.

Dit artikel is nauw verbonden met artikel 9, 1^e, maar dat zal behandeld worden in deel 5.2.

4.2. VERHOUDING TOT EN VERGELIJKING MET DE CONVENTIE VAN BERN

4.2.1. Overname en preciseringen van de Conventie van Bern

a. Vriendelijke overname

Alle TRIPS-landen zijn verplicht om de materieelrechtelijke bepalingen in de artikelen 1 tot 21 en het aanhangsel van de Berner Conventie na te leven¹²³. Zoals gezegd viseert Artikel 2, 2^e lidstaten die tegelijk lidstaat zijn van de Unie van Bern, terwijl artikel 9, 1^e zich nu net richt tot die landen die geen lid zijn. Dit verdient precisering, in die zin dat artikel 9, 1^e bepalingen bevat die relevant zijn voor TRIPS-landen die de Berner Conventie in haar laatste versie van Parijs niet onderschreven hebben¹²⁴. De overname betekent een erkenning van die laatste versie als een volwaardige en geschikte standaard van internationale auteursrechtbescherming¹²⁵.

Dit brengt belangrijke gevolgen met zich mee, de ‘nieuwe’ lidstaten maken zich alle opgaves vervat in de Berner Conventie eigen. Tegelijk lopen ze echter geen enkele verplichting op in verband met de inrichting van een ‘volgrecht’, dat slechts facultatief opgenomen is in de Conventie. Eens te meer betekent de

¹²² M. BUYDENS, ‘L’ accord ADPIC (TRIPS) : considérations générales sous l’angle du droit d’auteur’, *Annales de Droit de Louvain* 1997, 151.

¹²³ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 127.

¹²⁴ A. KEREVER, *l.c.*, 632.

¹²⁵ P. KATZENBERBER, *l.c.*, 456.

vriendelijke overname een bevestiging van het centrale principe van de nationale behandeling (zie 5.1.1 en 3.1.2).

Hoewel artikel 9, 1^e meteen de belangrijkste beperking van het voorgaande in zich draagt – de uitsluiting van morele rechten – is het van even groot belang te beseffen welke beperking er niet in is opgenomen. Artikel 18 van de Berner Conventie wordt immers niet uitgesloten van de overname¹²⁶. Dat artikel schrijft een terugwerkende kracht voor, een herleving van auteursrechten en het vormde één van de belangrijkste twistpunten tussen de V.S. en Europa bij de totstandkoming van TRIPs. Ondanks de nederlaag op het gebied van morele rechten, haalde Europa in dit opzicht wel haar slag thuis.

b. De beschermingsduur

Artikel 12 betekent de oplossing van een probleem dat de toepassing van de Berner Conventie sterk bemoeilijkte in landen waar rechtspersonen volgens het plaatselijke recht beschouwd konden worden als auteurs¹²⁷. Daarom is de bepaling voorzien voor de duur der bescherming *'berekend op een andere grondslag dan het leven van een natuurlijke persoon'*. Ze kan ook soelaas bieden in verband met anonieme werken en werken uitgebracht onder een pseudoniem¹²⁸. Belangrijk is dat fotografische werken en werken van toegepaste kunst uitgesloten worden.

De termijn mag in elk geval niet korter zijn dan vijftig jaar na het kalenderjaar van de toegestane publicatie¹²⁹. Is die publicatie er nooit geweest, dan wordt de beschermingstermijn bepaald op vijftig jaar na het einde van het kalenderjaar van de schepping. In het licht van de overname van de beschermingsduur zoals vervat in de Berner Conventie, is de praktische betekenis van deze bepaling veeleer gering¹³⁰.

c. Bescherming van uitdrukkingvormen

Hoewel COHEN JEHORAM artikel 9, 2^e een Bern-pluselement noemt¹³¹, betreft het hier toch in de eerste plaats een interpretatie en explicitering van het bepaalde in de Berner Conventie¹³². Het is immers algemeen aanvaard dat auteursrecht zich enkel uitstrekt tot *'uitdrukkingvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig'*. De creativiteit die beschermd wordt is met andere woorden de creativiteit zoals die tot uiting komt in de keuze van woorden, noten, kleuren of vormen¹³³.

¹²⁶ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 127.

¹²⁷ C. CORREA, *l.c.*, 548.

¹²⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 467.

¹²⁹ R. BROUWER, *l.c.*, 79.

¹³⁰ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 467.

¹³¹ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 127.

¹³² A. KEREVER, *l.c.*, 634.

¹³³ C. CORREA, *l.c.*, 544.

De Berner Conventie bewaarde het stilzwijgen in verband met deze beperking, omdat een uitsluiting van bescherming van ideeën meer dan evident leek. Niets bleek minder waar, want bepaalde ontwikkelingen maakten de expliciete vaststelling noodzakelijk¹³⁴: er was namelijk een hele reeks betwistingen in de V.S. ontstaan in verband met programmatuur¹³⁵. Het beginsel van scheiding van idee en uitdrukking van die idee had immers verschillende invullingen gekregen naargelang het land.

Opvallend is nog dat Japan erop aandrong om deze bepaling alleen in te voegen bij computerprogramma's om de lijn te trekken tussen programma en algoritme¹³⁶. De uiteindelijke tekst vindt toepassing op alle mogelijke vormen van auteursrecht.

d. Auteursrechten zijn private rechten

In de vierde voorafgaandelijke overweging aan het TRIPs-verdrag¹³⁷ worden auteursrechten uitdrukkelijk bestempeld als private rechten. Ook deze stipulering lijkt eerder overbodig, ware het niet dat er wel een tendens bestaat naar een 'fiscalisering' van het auteursrecht¹³⁸. Daaronder moet verstaan worden dat de overheid een verplichte collectieve bestemming geeft aan de gelden, geïnd door auteursrechtenbureaus. Men wil op die manier vaak de begroting vrijmaken van de kosten van cultuur- en mediabeleid.

4.2.2. Bern-min

a. Uitsluiting van de persoonlijkheidsrechten

Op enkele punten biedt het WTO-initiatief minder garanties dan de vroeger bestaande internationale instrumenten¹³⁹. Artikel 9, 1^e van het TRIPs-verdrag bevat de verplichting om de Berner Conventie na te leven, maar *'De Leden hebben evenwel geen rechten of verplichtingen krachtens deze Overeenkomst ten aanzien van de rechten verleend krachtens artikel 6bis van de Conventie of van de daaraan ontleende rechten.'* Hiermee worden uiteraard de persoonlijkheidsrechten uit de bescherming van het TRIPs-verdrag geweerd¹⁴⁰. Zoals eerder al aangehaald was de opname of schrapping van die morele rechten het belangrijkste strijdpunt tussen Europa en de V.S. bij de totstandkoming. Dit ligt niet voor de hand, want de Verenigde Staten hadden in 1989 de Conventie van Bern ondertekend. De morele rechten van de auteur maken uiteraard deel uit van die Conventie en logischerwijs brengt de

¹³⁴ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 127.

¹³⁵ A. KEREVER, *l.c.*, 634.

¹³⁶ C. CORREA, *l.c.*, 545.

¹³⁷ Cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

¹³⁸ H. COHEN JEHORAM, *l.c.*, 128.

¹³⁹ M. BROUWER, *l.c.*, 79; H. COHEN JEHORAM, 'Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht', *GRUR Int.* 2001, 808.

¹⁴⁰ C. CORREA, *l.c.*, 544.

Amerikaanse ondertekening met zich mee dat ook zij die rechten erkennen. In de *Berne Convention Implementation Act* werd een beroep op artikel 6bis echter uitgesloten omdat Amerikaanse producenten geen inmenging duldden van hun auteurs. De Verenigde Staten hadden geen reden om een veroordeling voor deze verdragsschending te vrezen (zie 3.2.2), maar door de verhoogde afdwingbaarheid die in het TRIPs-verdrag werd vooropgesteld, liepen ze een aanzienlijk groter risico dat er een sanctie zou komen¹⁴¹. Een uitdrukkelijke uitzondering in artikel 9 werd daarom een *conditio sine qua non* voor de V.S. Tijdens de GATT-onderhandelingen kon gewoon geen rekening gehouden worden met persoonlijkheidsrechten als men tot een compromis wilde komen¹⁴².

Het is niet onbelangrijk om de draagwijdte van die uitzondering juist in te schatten. De beperking geldt immers slechts voor verplichtingen en rechten op grond van het TRIPs-verdrag¹⁴³. De TRIPs-landen die dus tevens lid zijn van de Berner Conventie, blijven dus gebonden aan dat artikel 6bis. De uitsluiting betekent wel dat de harmonisatie van de auteursrechten in de praktijk beperkt blijft tot het economische aspect van die rechten¹⁴⁴, wat betekent dat de niet-leden van de Berner Conventie vrij blijven om de persoonlijkheidsrechten al dan niet te erkennen. Diegene die wel lid zijn, blijven gebonden op grond van artikel 2, 2^c TRIPs. Eigenlijk past die beperking tot het patrimoniale aspect van auteursrecht wel binnen de logica van het TRIPs verdrag, men wil tenslotte enkel die aspecten van intellectuele eigendom behandelen die betrekking hebben op de handel¹⁴⁵.

b. De mogelijkheid om uitzonderingen te creëren

CORREA en KEREVER zien artikel 13 van het TRIPs-verdrag als een Bernminelement¹⁴⁶. In deze algemeen geformuleerde bepaling wordt voor lidstaten een opening geboden om beperkingen of uitzonderingen op de uitsluitende rechten van de auteur in te voeren¹⁴⁷. Voorwaarde is dan wel dat het gaat om bijzondere gevallen, niet in strijd met de normale exploitatie van het werk en de beperkingen mogen de legitieme belangen van de bezitter van het recht niet op onredelijke wijze schaden.

Hoewel in de Berner Conventie een gelijkaardig geformuleerde bepaling was opgenomen in artikel 9, 2^c, vertoont artikel 13 TRIPs op het eerste zicht een Bern-minkarakter. De oorzaak ligt in de algemene formulering van artikel 13, want terwijl de uitzondering in de Conventie van Bern beperkt bleef tot het

¹⁴¹ H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPs', *Informatierecht* 1995, 127.

¹⁴² U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 772.

¹⁴³ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 456.

¹⁴⁴ M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs): considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 163.

¹⁴⁵ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 90.

¹⁴⁶ C. CORREA, *l.c.*, 549; A. KEREVER, *l.c.*, 638.

¹⁴⁷ C. CORREA, *l.c.*, 549.

reproductierecht, is de beperking in het TRIPS-verdrag van toepassing op alle auteursrechten¹⁴⁸.

Toch wijzen verschillende auteurs erop dat je artikel 13 niet noodzakelijk als een Bern-minelement moet beschouwen¹⁴⁹. Door de populariteit van het internet is het meer dan gepast om behoorlijk te reageren op die nieuwe realiteit. Surfen op het net betekent in ieder geval dat er nood is aan een tijdelijke plaatsing op de computer en dus het maken van een tijdelijke kopie. Men kan hierop niet hetzelfde strenge kopieerverbod toepassen. Door de mogelijkheid te geven aan de wetgever om uitzonderingen te maken op het auteursrecht, staat het TRIPS-verdrag toe dat lidstaten het hoofd bieden aan de problemen van digitalisering.

Tenslotte kan nog gewezen worden op de tegenspraak binnen het verdrag die artikel 13 in het leven roept. Enerzijds is er een contradictie in de verhouding tot artikel 9, 1^o, waardoor alle vermogensrechten van de Berner Conventie opgenomen worden in het TRIPS-verdrag, met de beperkingen zoals die in die oudere conventie te lezen zijn. Tegelijk doet het TRIPS-verdrag afbreuk aan die algemene opname, de enige oplossing hiervoor kan zijn artikel 9, 1^o te interpreteren onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 13¹⁵⁰. Anderzijds is er ogenschijnlijk een conflict met artikel 2, 2^o waarin bepaald wordt dat het TRIPS-verdrag geen afbreuk kan doen aan de verplichtingen die de leden hebben in het kader van de oudere Conventies. Volgens COHEN JEHORAM zouden de auteurs die hierin een tegenstelling zien gelijk hebben als artikel 13 een veralgemening van de uitzondering van de Berner Conventie beoogde. Hij zegt dat dat niet het geval kan zijn, artikel 13 is geen onafhankelijke mogelijkheid, maar veeleer een bijkomende eis voor alle uitzonderingen. Door de invoering van een 'Drei-Stufen-Test' - drie cumulatieve voorwaarden die vervuld moeten zijn - worden de rechten van een auteur versterkt, in plaats van verzwakt. In die zin kan artikel 13 dus ook begrepen worden als een Bern-plusselement¹⁵¹.

4.2.3. Bern-plus

a. Computerprogramma's

Naast deze Bern-minelementen, worden ook enkele nieuwe rechten onder het auteursrecht gebracht¹⁵². Zo voorziet artikel 10, 1^o dat 'computerprogramma's, in bron- dan wel doelcode,' beschermd worden 'als letterkundige werken

¹⁴⁸ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPS et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 90; H. COHEN JEHORAM, 'Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht', *GRUR Int.* 2001, 808.

¹⁴⁹ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPS et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 90; H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPS', *Informatierecht* 1995, 127.

¹⁵⁰ A. KEREVER, *l.c.*, 638.

¹⁵¹ H. COHEN JEHORAM, 'Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht', *GRUR Int.* 2001, 808; H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPS', *Informatierecht* 1995, 127.

¹⁵² M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPS): considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 163.

krachtens de Berner Conventie (1971)'. Een 'tekst' volledig uitgedrukt in binaire taal verdient dus bescherming als was het een literair werk¹⁵³. Het moet uiteraard wel nog steeds gaan om een expressie (zie 5.2.1.3) en niet om een enkele idee of een embryonaal concept¹⁵⁴.

Deze opname kan niet verrassend genoemd worden in die zin dat de economische betekenis ervan enorm is toegenomen. Bovendien is de software-industrie bijzonder kwetsbaar voor inkomstenverlies door kopiëren¹⁵⁵. De opsomming van rechten in de Conventie van Bern was nochtans nooit limitatief bedoeld en software werd effectief al voor de totstandkoming van TRIPs in vele landen beschermd via het auteursrecht. Een verplichting tot een dergelijke bescherming was er dus voorheen niet, daarom was de opname in TRIPs zonder meer verantwoord.

Opvallend is evenwel dat TRIPs niet enkel een verplichting tot bescherming vooropstelt, maar dat het ook de verplichting bevat software te beschermen als literaire werken in de zin van de Conventie van Bern¹⁵⁶. Daardoor wordt de lidstaten niet de vrijheid ontnomen om computerprogramma's op een andere manier te beschermen, maar andere beschermingsmethoden kunnen enkel nog bestaan naast het auteursrecht als beschermingsvorm¹⁵⁷. Het TRIPs-verdrag bewandelt zo wel dezelfde weg als de meeste nationale regelingen die al op dat gebied bestonden, ook de WIPO verdedigt deze stelling¹⁵⁸. Nochtans is de meest geschikte beschermingsvorm voor software nog steeds stof voor discussie, pleidooien voor een aparte beschermingscategorie zijn nauwelijks verstomd¹⁵⁹.

Even belangrijk als wat in artikel 10 staat, is datgene wat er niet staat: over *'reverse engineering'* of *'Dekompilierung'* wordt niets gezegd. In verschillende nationale stelsels en in het Europese werden wel al bepalingen voorzien, in de toekomst zal men daarop ook terugvallen¹⁶⁰.

b. Verzamelingen van gegevens

Vanwege de snelle stijging in belang van databanken werd de bescherming van deze gegevensverzamelingen mee opgenomen in de GATT-onderhandelingen¹⁶¹. Artikel 2, 5^e van de Conventie van Bern voorzag wel een bescherming voor *'verzamelingen van werken van letterkunde en kunst'*, maar er kan over gediscussieerd worden of daarin ook de moderne elektronische databases vervat zijn. Gaat het enkel om verzamelingen van werken met een cultureel karakter - die zelf beschermbaar zijn - of ook om verzamelingen van

¹⁵³ A. KEREVER, *l.c.*, 634; S. RICKETSON, *l.c.*, 886.

¹⁵⁴ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 91.

¹⁵⁵ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 464.

¹⁵⁶ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 465.

¹⁵⁷ C. CORREA, *l.c.*, 545.

¹⁵⁸ Cf. Site WIPO, Frequently Asked Questions

¹⁵⁹ C. CORREA, *l.c.*, 545.

¹⁶⁰ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 465.

¹⁶¹ U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 773; S. RICKETSON, *l.c.*, 886.

gewone gegevens? Artikel 10, 2^o TRIPs schept hierin duidelijkheid en brengt databanken onder bepaalde voorwaarden onder in de bescherming van het auteursrecht¹⁶². *‘Verzamelingen van gegevens of ander materiaal, in machineleesbare dan wel in andere vorm, die door de keuze of rangschikking van de stof een schepping van de geest vormen, worden als zodanig beschermd.’*

Belangrijk is dat het niet de gegevens zelf zijn die beschermd worden, behalve als die zelf beschermbaar zijn¹⁶³. Meteen staat ook vast dat die gegevens zelf op zich niet beschermbaar moeten zijn. De belangrijkste voorwaarde blijft evenwel dat de verzameling door de keuze of de ordening van de gegevens een schepping van de geest moet vormen, een loutere opeenstapeling van materiaal voldoet dus niet aan dit criterium¹⁶⁴.

c. Rechten inzake verhuur

In de Berner Conventie is er geen sprake van minimumrechten inzake verhuur en het TRIPs-verdrag vult die lacune op met artikel 11¹⁶⁵. Aan de auteurs en hun rechtsopvolgers wordt het recht verleend *‘om de commerciële verhuur aan het publiek van originelen of kopieën van hun onder het auteursrecht vallende werken toe te staan of te verbieden.’* De lidstaten horen die minimumrechten toe te kennen ten minste aan de auteurs van computerprogramma’s en cinematografische werken.

Dit recht geldt zeker niet ongelimiteerd¹⁶⁶: een lidstaat wordt immers *‘vrijgesteld van deze verplichting met betrekking tot cinematografische werken, tenzij deze verhuur heeft geleid tot het op grote schaal kopiëren van zulke werken, hetgeen een wezenlijke aantasting vormt van het uitsluitende reproductierecht dat in dat Lid is verleend aan auteurs en hun rechtsopvolgers.’* Leidt de verhuur van beeld dragers niet tot veel kopieeractiviteiten en ontstaat op die manier geen grote schade voor de auteur, dan hoeft de lidstaat dat exclusieve verhuurrecht niet toe te kennen. Dit verraadt de ware achtergrond van deze bepaling, namelijk het tegengaan van de kopieerindustrie¹⁶⁷.

In verband met software zal deze verplichting niet gelden voor de verhuur, wanneer het eigenlijke voorwerp van de verhuur niet het programma zelf is. Hierbij moeten we bijvoorbeeld denken aan motorvoertuigen met boordcomputer: hierbij is de software niet meer dan bijkomstig¹⁶⁸.

¹⁶² A. KEREVER, *l.c.*, 634; M. BUYDENS, ‘L’accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l’angle du droit d’auteur’, *Annales de Droit de Louvain* 1997, 164.

¹⁶³ M. BUYDENS, ‘L’accord TRIPs et le droit d’auteur’, *I.R.D.I.* 1997, 91.

¹⁶⁴ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 465.

¹⁶⁵ S. RICKETSON, *l.c.*, 886.

¹⁶⁶ M. BUYDENS, ‘L’accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l’angle du droit d’auteur’, *Annales de Droit de Louvain* 1997, 164.

¹⁶⁷ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 466.

¹⁶⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 466.

De inspiratiebron van dit artikel 11 is te vinden in recente wetgeving van de Verenigde Staten, waarin specifiek verhuurrechten werden toegestaan voor computerprogramma's en geluidsopnamen. Ook de Europese Commissie lanceerde al enkele voorstellen tot richtlijn in verband met deze verhuur- en uitleenrechten voor de totstandkoming van het TRIPs-verdrag. In die Amerikaanse en Europese regelgeving werden expliciete uitzonderingen voorzien voor de uitlening zonder winstoogmerk door bibliotheken en andere instellingen. Het TRIPs-verdrag zwijgt over een dergelijke uitzondering, maar daaruit mag vermoedelijk geen afkeuring afgeleid worden¹⁶⁹.

De relatief beperkte draagwijdte van artikel 11 is te verklaren door de verschillen die zowel in 1994 als nu nog de rechtssystemen kenmerken van de verschillende ontwikkelde landen. Desondanks heeft zelfs deze afgeslankte versie de nodige impact op de uiteenlopende regelgevingen¹⁷⁰.

4.3. VERHOUDING TOT EN VERGELIJKING MET DE CONVENTIE VAN ROME

4.3.1. *Partiële overname van de Conventie van Rome*

a. Geen algemene overname

Zoals in 5.1.5 al gezegd, laat het TRIPs-verdrag alle verplichtingen in het kader van de Conventie van Rome onverlet. Een complete overname van de Conventie van Rome is er echter nooit gekomen, er is geen parallel aan artikel 9, 1^c. Staten die dus lid zijn van TRIPs, maar niet van de Conventie, lopen dus geen verplichtingen op in verband met laatstgenoemde¹⁷¹. Voor die landen voorziet het TRIPs-verdrag in een eigen systeem, een eigen minimumregelgeving op het gebied van de naburige rechten. Uiteraard inspireert dat eigen systeem zich in zekere mate op de oudere internationale overeenkomst, maar op sommige punten gaat de bescherming verder (zie 5.3.3) of biedt ze net een lagere standaard (zie 5.3.2).

Waarom verschilde de behandeling van de traditionele conventie op het gebied van de naburige rechten zo sterk van die op het gebied van het auteursrecht? CORREA noemt twee redenen voor deze discrepantie¹⁷²:

- De Amerikaanse rechtstraditie kent geen 'naburige rechten', maar wel aan het auteursrecht verwante rechten. De opsplitsing tussen auteursrecht en naburige rechten is hun onbekend en net dat onderscheid wordt vastgelegd in de Conventie van Rome¹⁷³. Dit is veel meer dan een louter terminologische

¹⁶⁹ C. CORREA, *l.c.*, 548.

¹⁷⁰ C. CORREA, *l.c.*, 548.

¹⁷¹ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 92; M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 165.

¹⁷² C. CORREA, *l.c.*, 550.

¹⁷³ A. KEREVER, *l.c.*, 636.

discussie, de indeling als naburige rechten of verwante rechten zal mede de inhoud en afwijking van het auteursrecht ervan bepalen.

- Hoewel het internationale draagvlak van de Conventie van Bern niet eens zo ontzettend groot was, was dat nog steeds groter dan dat van de Conventie van Rome. De bedoeling van TRIPs is een haast universele draagwijdte, daarom leek die oude conventie niet de meest geschikte weg. CORREA wees ook het gebrek aan afdwingbaarheid als reden aan, maar dat argument is nauwelijks overtuigend, vermits ook de Conventie van Bern ten prooi viel aan datzelfde probleem.

- Volgens KEREVER wijst alles erop dat de opstellers van het TRIPs-akkoord de Conventie van Rome wilden marginaliseren¹⁷⁴. TRIPs werd immers zelf een autonome bron van aan het auteursrecht verwante rechten.

b. Overgenomen bepalingen

Artikel 14, 1^e TRIPs is in grote mate een reproductie van artikel 7, 1^e a tot c van de Conventie van Rome¹⁷⁵. Uitvoerende kunstenaars hebben het recht om bepaalde handelingen te verhinderen voor zover die zonder hun toestemming worden verricht: het gaat met name over de vastlegging van een niet vastgelegde uitvoering, de reproductie van die vastlegging, de uitzending langs draadloze weg en overbrenging aan het publiek van de rechtstreekse uitzending van de uitvoering.

'Producten van fonogrammen genieten het recht de directe of indirecte reproductie van hun fonogrammen toe te staan of te verbieden.' Het TRIPs-verdrag herneemt in zijn artikel 14, 2^e bijna woordelijk artikel 10 van de Conventie van Rome¹⁷⁶.

Ook artikel 14, 3^e beantwoordt in grote mate aan een artikel van de Conventie van Rome, het dertiende met name. Toch is een bespreking hiervan in het kader van Rome-min meer gepast (zie 5.3.2).

4.3.2. Rome-min

a. Beperking tot geluidsopnamen en omroeporganisaties

Uit artikel 19 van de Conventie van Rome valt af te leiden dat de uitvoerende kunstenaar zich volgens die conventie kan verzetten tegen een visuele of audiovisuele vastlegging en opname van zijn uitvoering. Het TRIPs-verdrag beperkt zich in zijn artikel 14 tot producenten van fonogrammen en omroeporganisaties¹⁷⁷.

¹⁷⁴ A. KEREVER, *l.c.*, 636.

¹⁷⁵ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 468.

¹⁷⁶ C. CORREA, *l.c.*, 551.

¹⁷⁷ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 468.

b. Geen recht op een vergoeding

Artikel 12 van de Conventie van Rome voorziet dat de uitvoerende kunstenaars of producenten van fonogrammen een recht hebben op een redelijke vergoeding wanneer een geluidsdrager of reproductie daarvan rechtstreeks gebruikt wordt voor een uitzending of één of andere mededeling aan het publiek. In TRIPs wordt nergens een dergelijk recht toegekend, artikel 14 behoudt daarover het volstrekte stilzwijgen¹⁷⁸. Men kan dus als rechthebbende reproductie een uitzending verbieden, maar het vergoedingsrecht van uitvoerende kunstenaar en fonogrammenproducent werd niet weerhouden¹⁷⁹.

c. Afwijking van de rechten toegekend in artikel 14, 3e

In artikel 14, 3^e herneemt het TRIPs-verdrag artikel 13 van de Conventie van Rome, zij het dan in minder nauwkeurige bewoordingen. Het geeft omroeporganisaties het recht om bepaalde handelingen waarvoor geen toestemming gegeven werd, te verbieden. Men bedoelt hier meerbepaald: *'de vastlegging, de reproductie van vastleggingen en de heruitzending langs draadloze weg alsmede de overbrenging aan het publiek van televisie-uitzendingen van vastleggingen.'* Het Rome-minelement bestaat in de mogelijkheid om dergelijke rechten niet aan omroeporganisaties te verlenen¹⁸⁰. Is dat het geval, dan moeten de lidstaten *'de bezitters van het auteursrecht wat uitzendingen betreft de mogelijkheid'* bieden *'de bovengenoemde handelingen te beletten, onverminderd de bepalingen van de Berner Conventie (1971).'* Is men dus in overeenstemming met artikel 11bis van de Berner Conventie, dan is men eveneens in overeenstemming met het TRIPs-verdrag. Artikel 11bis beschermt auteurs van werken van letterkunde en kunst tegen uitzending en andere vormen van communicatie zonder toestemming¹⁸¹.

4.3.3. Rome-plus

a. Rechten inzake verhuur

Artikel 14, 4^e TRIPs maakt de bepaling van artikel 11 van toepassing op *'producenten van fonogrammen en andere bezitters van rechten met betrekking tot fonogrammen zoals bepaald in de nationale wetgeving.'* De rechten op het gebied van verhuur op geluidsopnamen worden dus slechts op indirecte wijze toegekend¹⁸². KEREVER stelt dat deze formulering eerder

¹⁷⁸ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 92; M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPs) : considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 166.

¹⁷⁹ H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPs', *Informatierecht* 1995, 127.

¹⁸⁰ C. CORREA, *l.c.*, 551.

¹⁸¹ C. CORREA, *l.c.*, 551.

¹⁸² A. KEREVER, *l.c.*, 634.

eigenaardig is, zeker als je de principes van het auteursrecht voor ogen houdt. Meestal staat immers de kunstenaar, de artiest die het muziekstuk heeft gemaakt centraal, maar naar de formulering van artikel 14, 4^e is hij slechts één van de *'andere bezitters van rechten met betrekking tot fonogrammen'*. De geluidsopnameproducent wordt beschouwd als de primaire rechthebbende en de lidstaten moeten hem ook als dusdanig erkennen. Uiteraard belet niets die lidstaten om ook de maker van het muziekstuk dezelfde bescherming te verlenen en in de praktijk zijn de meesten het volgens KEREVER erover eens dat die maker bij de andere rechthebbenden behoort¹⁸³. Nochtans is dat niet evident: de componisten en makers kunnen niet zozeer beschouwd worden als rechthebbenden op de toondragers, dan wel als rechthebbenden op de werken die opgenomen zijn op die toondragers¹⁸⁴. De uitvoerende artiesten moeten ook als rechthebbenden op de toondragers beschouwd worden, hun prestatie bestaat enkel in de vastlegging die ze krijgt op een geluidsdrager¹⁸⁵. De formulering maakt in elk geval wel duidelijk dat de opstellers van TRIPs geen duidelijke scheiding voor ogen hadden van de rechten van de makers (auteursrecht) en de rechten van de verdelers en producenten (naburige rechten).

Een uitzondering zoals in artikel 11 voor cinematografische werken gemaakt wordt, is niet opgenomen in artikel 14, 4^e. De verklaring hiervoor is vermoedelijk dat toondragers - net als software - nu eenmaal veel kwetsbaarder zijn voor kopiëren dan beeldragers¹⁸⁶.

Als een lidstaat op 15 april 1994 een stelsel had voor *'een billijke vergoeding aan bezitters van rechten met betrekking tot de verhuur van fonogrammen, kan het een zodanig stelsel handhaven.'* Dit kan uiteraard slechts op voorwaarde dat de commerciële verhuur dan niet leidt tot een *'wezenlijke aantasting van de uitsluitende rechten van reproductie van de bezitters van rechten.'*

b. Beschermingsduur

De beschermingsduur voor uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen bedraagt vijftig jaar, te rekenen vanaf het einde van het kalenderjaar waarin de vastlegging werd vervaardigd of de uitvoering plaatsvond (artikel 14, 5^e). Dit is een hele vooruitgang ten opzichte van wat de Conventie van Rome bood: een minimale beschermingsduur van nauwelijks twintig jaar vanaf het einde van het jaar van de vastlegging of de uitvoering¹⁸⁷ (artikel 14 Conventie van Rome).

Wordt de bescherming toegekend op basis van artikel 14, 3^e, dan is de beschermingsduur twintig jaar, te rekenen vanaf het einde van het jaar van de uitzending. Dit betekende een status *quo* ten opzichte van de duur die voorzien werd in de Conventie van Rome.

¹⁸³ A. KEREVER, *l.c.*, 634.

¹⁸⁴ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 466.

¹⁸⁵ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 92.

¹⁸⁶ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 466.

¹⁸⁷ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPs et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 92.

c. Herleving van rechten

In vergelijking met artikel 20, 2^e van de Conventie van Rome is het bepaalde in artikel 14, 6^e van TRIPs een hele verbetering¹⁸⁸. Een lidstaat van de Conventie van Rome was immers niet gebonden om de bepalingen van die conventie toe te passen op uitvoeringen, uitzendingen en opnamen vastgelegd voor de inwerkingtreding van het verdrag voor die lidstaat. Daarin brengt TRIPs radicaal verandering, want net zoals bij het auteursrecht (zie 5.2.1.1), is artikel 18 van de Conventie van Bern van toepassing. Door deze bepaling herleven bepaalde rechten en verkrijgen die in zekere zin terugwerkende kracht¹⁸⁹. De Amerikanen - die principieel en ook praktisch grote tegenstanders waren van een dergelijke herleving - hebben hun bezwaren tegen een herleving van buitenlandse auteursrechten ingetrokken¹⁹⁰. Deze toegeving moet men vooral opvatten als de pasmunt voor de wering van de persoonlijkheidsrechten.

4.4. AFDWINGING EN TENUITVOERLEGGING

4.4.1. Belang en ontstaansredenen van deel III TRIPs

Deel III van TRIPs draagt als titel: '*Handhaving van de rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom*'. Dit gedeelte van het verdrag kan op zichzelf al het onderwerp zijn van een grondige uitdieping in een aparte bespreking, maar ook in het kader van deze verhandeling moet er even bij stilgestaan worden. Ten opzichte van de traditionele conventies vormt dit deel immers één van de allergrootste vernieuwingen¹⁹¹.

Het probleem was eigenlijk tweevoudig: enerzijds bestond er tot voor het TRIPs-verdrag enkel de louter theoretische mogelijkheid van een procedure bij het Internationaal Gerechtshof, uiteraard werd daar nooit gebruik van gemaakt¹⁹². Anderzijds bevatten de traditionele conventies geen procedures die de lidstaten moesten organiseren om een afdwinging van auteursrechten en naburige rechten mogelijk te maken. TRIPs en de WTO bieden het hoofd aan beide problemen: het eerste wordt aangepakt in de tweede bijlage bij het oprichtingsverdrag van de WTO, het tweede in deel III van het TRIPs-verdrag¹⁹³.

In elk geval valt op dat het TRIPs-verdrag wel streeft naar een harmonisatie van het niveau van auteursrechtsbescherming in de verschillende lidstaten, maar dat dat voor de procedures die de afdwinging van die rechten moeten garanderen veel minder het geval is. Dat zal ook na het TRIPs-verdrag op

¹⁸⁸ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 467.

¹⁸⁹ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 467.

¹⁹⁰ H. COHEN JEHORAM, 'Auteursrecht in TRIPs', *Informatierecht* 1995, 127.

¹⁹¹ P. KATZENBERGER, *l.c.*, 463.

¹⁹² U. UCHTENHAGEN, *l.c.*, 777.

¹⁹³ W. GROSHEIDE, 'Durchsetzung von Urheberrechten im Wege einstweiliger Maßnahmen', *GRUR Int.* 2000, 315; cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf.

territoriale wijze verlopen, de reden ligt voor de hand: TRIPS is een compromis tussen *civil law* en *common law*, tussen industrielanden en ontwikkelingslanden, tussen bestrijding van piraterij en het vrijmaken van een wereldmarkt¹⁹⁴.

4.4.2. Welke procedures moeten voorzien worden?

Artikel 41 TRIPS schetst algemene beginselen waaraan de nationale procedures moeten voldoen¹⁹⁵: ze moeten efficiënt zijn met snelle middelen om inbreuken te voorkomen of tegen te gaan en tegelijk moeten belemmeringen in het handelsverkeer vermeden worden. Onnodig ingewikkelde of dure procedures met onredelijke termijnen en vertragingen zijn uit den boze. Uiteraard moeten beslissingen terdege gemotiveerd zijn en horen de partijen daar binnen redelijke termijn kennis van te krijgen. Het recht op tegenspraak dient in alle gevallen te worden gerespecteerd. Artikel 41, 4^e brengt enige relativering aan in de vermelde vereisten¹⁹⁶. Meteen wordt echter gesteld dat de gemeenrechtelijke procedures volstaan als die tenminste voldoen aan de gestelde standaarden. Voortbouwend op die algemene bepalingen concretiseren de artikelen 42 tot 49 welke civiele en administratieve procedures zoal ter beschikking zullen staan. Ook de corrigerende maatregelen komen daarin aan bod¹⁹⁷. Voorlopige maatregelen worden beschreven in artikel 50, vereisten in verband met maatregelen aan de grens in de artikelen 51-60 en strafrechtelijke procedures tenslotte in artikel 61¹⁹⁸.

4.4.3. Tussenstatelijke afdwinging

Het TRIPS- en WTO-verdrag doen echter veel meer dan enkel de noodzakelijke procedures aanreiken. Om het risico van niet-naleving door de staten tot een minimum te beperken, voorziet bijlage 2 bij het WTO-oprichtingsverdrag in een systeem van tussenstatelijke sancties¹⁹⁹. Als een staat een bepaling van het TRIPS-verdrag niet naleeft, dan stelt hij zich bloot aan vergeldingsmaatregelen, die niet noodzakelijk enkel betrekking hebben op het gebied van de intellectuele eigendomsrechten. Door het ruime kader van TRIPS hoeft men zich daartoe niet te beperken en kan men ook bijvoorbeeld een verlaagde import van landbouwproducten als sanctie opleggen²⁰⁰.

¹⁹⁴ W. GROSHEIDE, *l.c.*, 316.

¹⁹⁵ M. BUYDENS, 'L'accord TRIPS et le droit d'auteur', *I.R.D.I.* 1997, 92; M. BUYDENS, 'L'accord ADPIC (TRIPS): considérations générales sous l'angle du droit d'auteur', *Annales de Droit de Louvain* 1997, 154; T. DREIER, 'TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums', *GRUR Int.* 1996, 210.

¹⁹⁶ W. GROSHEIDE, *l.c.*, 315.

¹⁹⁷ T. DREIER, *l.c.*, 211; M. BUYDENS, *l.c.*, 154.

¹⁹⁸ T. DREIER, *l.c.*, 212-214; M. BUYDENS, *l.c.*, 156-160.

¹⁹⁹ M. BUYDENS, *l.c.*, 160.

²⁰⁰ M. BUYDENS, *l.c.*, 161.

5. POST-TRIPS

5.1. TRIPS EN DE NATIONALE RECHTSSTELSELS

5.1.1. Heeft TRIPs rechtstreekse werking?

Net zoals bij elke verdragstekst is het heel interessant te weten of private personen voor de nationale rechter bepalingen van het TRIPs-verdrag kunnen inroepen en of die bepalingen hen kunnen worden tegengeworpen, zonder enige voorafgaande implementatie in de nationale wetgeving. Eigenlijk stel je dan de vraag naar de mogelijke directe werking van de bepalingen in een verdrag. Het antwoord is – zoals bekend – afhankelijk van twee parameters: wordt de directe werking door de nationale wetgeving van de lidstaat aanvaard? Lenen de bepalingen van het verdrag zich wel tot rechtstreekse werking. De eerste is afhankelijk van nationaal constitutioneel recht en de aanvaarding zal dus verschillen van staat tot staat. De tweede zou in principe wel op een eenduidige manier kunnen worden bepaald, maar de meningen lopen nogal sterk uiteen. Zo aanvaardden bijvoorbeeld COHEN JEHORAM en KATZENBERGER de rechtstreekse werking van sommige bepalingen in het TRIPs-verdrag in respectievelijk de Nederlandse en Duitse rechtsorde²⁰¹. Het Belgische Hof van Cassatie lijkt eerder weigerachtig te staan tegenover een dergelijke conclusie²⁰². In zijn arrest van 11 mei 2001 klonk het immers als volgt: *‘Dat uit art. 1.1 TRIPs blijkt dat het niet de wil geweest is van de contractsluitende partijen de toekenning van de subjectieve rechten en het opleggen van verplichtingen aan personen tot voorwerp van het verdrag te maken;*

Dat aan art. 10.2 TRIPs geen rechtstreekse werking kan worden toegekend.’

In elk geval is de toekenning of weigering van rechtstreekse werking één van de meest besproken gevolgen van het TRIPs-verdrag. Die discussie is verre van beëindigd²⁰³, temeer omdat het Hof van Justitie weigerde een uitspraak te doen daarover in de zaak-Hermes International²⁰⁴. Nochtans zou net dat het juiste forum zijn om duidelijkheid te scheppen²⁰⁵.

²⁰¹ T. COHEN JEHORAM, W. DIEKMAN, ‘De directe werking van TRIPs’, *Informatierecht* 1996, 136; P. KATZENBERGER, *l.c.*, 459.

²⁰² Cass. 11 mei 2001, *R.W.* 2002-03, 658.

²⁰³ S. DÖRMER, ‘Dispute Settlement and new Developments Within the Framework of TRIPs – An Interim Review’, *IIC* 2000, 30.

²⁰⁴ H.v.J. 16 juni 1998, nr. 53/96, IIC 1999, 292; cf. http://www.europa.eu.int/servlet/portail/CuriaServlet?curiaLink=%26lang%3DNL%26ident%3D80019383C19960053%26model%3Ddoc_curia.

²⁰⁵ H. COHEN JEHORAM, ‘Auteursrecht in TRIPs’, *Informatierecht* 1995, 126.

5.1.2. Is er nog ruimte voor een nationaal auteursrecht?

Het hoeft geen betoog dat de verdringing van de nationale wetgeving op het vlak van het auteursrecht een feit is²⁰⁶. Nationale wetgeving kan vaak niet veel meer zijn dan een omzetting en implementatie van de verschillende verdragen waarmee men in overeenstemming hoort te zijn. GINSBURG vergelijkt dat geheel aan internationale normen met een reusachtige inktvis die met zijn tentakels de overgebleven ruimte voor de nationale wetgever verkleint en strikt afbakent²⁰⁷.

Nochtans blijven nationale normen noodzakelijk, niet alleen in afwachting van de verdere ontwikkeling van de internationale verdragen, maar ook en vooral omdat het niet steeds mogelijk is en zal zijn om op elk gebied van het auteursrecht overeenstemming te vinden op het internationale niveau. De politieke wil tot harmonisering is daarvoor nog lang niet sterk genoeg.

5.2. KRITIEK OP TRIPS

5.2.1. Tekortkomingen

RICKETSON stelde in 1995 al de vraag of het TRIPs-verdrag het hoofd zou kunnen bieden aan de uitdagingen die de toekomst eraan zou stellen²⁰⁸. Hij drukte uitgebreid zijn twijfels uit en die twijfels werden gevoed door de steeds sneller gaande evolutie van de informatietechnologie. Volgens hem zou TRIPs heel snel gedateerd blijken en irrelevant worden wanneer digitale toepassingen en communicatie ter sprake zou komen. Zou de bescherming van die nieuwe fenomenen nog wel passen binnen het instrumentarium dat aangereikt wordt door TRIPs? Deze ongerustheid van RICKETSON was even terecht als onterecht: de bescherming van bijvoorbeeld databanken door middel van auteursrecht volstond inderdaad niet, maar zoals ik verder nog bespreek, werd dit verholpen door de creatie van een *sui generis*-recht voor databanken, naast het bestaande auteursrecht. Waar TRIPs gedateerd bleek, vulden de WIPO en op Europees vlak de E.G. de ontstane leemten in. Tot een herziening zoals RICKETSON in 1995 voorstelde²⁰⁹, is het vooralsnog niet gekomen.

Naast deze tekortkomingen die men vreesde voor de toekomst, werd in 1994 ook al gewezen op enkele fundamentele vragen die bewust niet beantwoord werden in TRIPs. Zo was er geen harmonisering op het gebied van morele rechten en geen duidelijkheid over de verdeling van de opbrengst van heffingen op beeld- en geluidsdragers²¹⁰. Vooral dat stilzwijgen was niet vreemd aan het ongenoegen dat ontstond in verschillende sectoren. TRIPs

²⁰⁶ J. GINSBURG, 'Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen', *GRUR Int.* 2000, 98.

²⁰⁷ J. GINSBURG, *l.c.*, 110.

²⁰⁸ S. RICKETSON, *l.c.*, 897.

²⁰⁹ S. RICKETSON, *l.c.*, 898.

²¹⁰ C. CORREA, *l.c.*, 552.

werd ook een gemiste kans genoemd om eindelijk een eerste brug te bouwen tussen verschillende rechtssystemen en concepten²¹¹.

5.2.2. Unilaterale druk van de V.S.

TRIPs groeide uit een angst van de V.S. om miljarden dollars en daarmee ook een leidende positie in de markt te verliezen²¹². TRIPs is de exponent van de wil om dat verlies tegen te gaan door een bescherming van de intellectuele eigendom buiten de V.S. Tegelijk had dit verdrag nochtans tot doel om de unilaterale afdwinging van bescherming door de V.S. tegen te gaan. In dat opzicht is TRIPs een gigantische mislukking geworden. De Verenigde Staten verbonden immers het geven van steun aan de absolute voorwaarde dat de TRIPs-bepalingen in alle wetgevingen zouden geïmplementeerd worden. Bovendien worden bepaalde landen nog steeds op een *watch list* en een *priority watch list* gezet om zo de druk nog te verhogen²¹³. Ondanks alle inspanningen om te komen tot efficiënte geschillenbeslechtingsprocedures in TRIPs hanteren individuele landen dus nog steeds eenzijdige handelsmaatregelen als manier om snel tot oplossingen te komen. Zulke maatregelen zijn niet meer noodzakelijk en al evenmin toegelaten.

5.2.3. Mogelijke nefaste gevolgen

Voor sommige landen had een (te) snelle implementatie van de bepalingen van het TRIPs-verdrag desastreuze gevolgen. DÖRMER haalt een heel interessant voorbeeld aan²¹⁴: de aanpassing van de Bulgaarse wetgeving. Bulgarije was daartoe immers genoodzaakt nadat het land was toegetreden tot de WTO en prompt op de *priority watch list* geplaatst werd door de Verenigde Staten. De ingevoerde wetgeving behelsde een verplicht hologram op alle beeld- en geluidsdragers en bijzonder hoge boetes voor al diegenen die inbreuk op de nieuwe piraterijwetgeving pleegden. Bovendien werd er een systeem opgezet van erkende en geregistreerde producenten en werden die rigoreus gecontroleerd. Hoe graag de Verenigde Staten en vermoedelijk ook Europa deze ontwikkelingen ook zagen, de gevolgen waren catastrofaal voor de Bulgaarse CD-productie. Die CD's werden immers veel te duur voor Bulgaarse klanten en zowel de legale als de illegale industrie zochten andere oorden op²¹⁵.

5.2.4. Versnippering

Het TRIPs-verdrag was het resultaat van een heel pragmatische ingesteldheid: de oude conventies konden niet meer zonder slag of stoot aangepast worden

²¹¹ C. CORREA, *l.c.*, 551.

²¹² S. RICKETSON, *l.c.*, 898.

²¹³ S. DÖRMER, *l.c.*, 34.

²¹⁴ S. DÖRMER, *l.c.*, 34.

²¹⁵ S. DÖRMER, *l.c.*, 35.

aan de vereisten die een nieuwe tijd aan hen stelde. Dat was – zoals herhaaldelijk aangegeven – de belangrijkste reden waarom de WTO voortaan ook een forum werd om intellectuele eigendoms kwesties te behandelen. KEREVER wees wel op het gevaar van een dergelijke aanpak²¹⁶; de WTO-akkoorden hebben immers een eigen dynamiek. De eenheid van de bescherming van auteursrecht in internationale verdragen dreigt verloren te gaan in de verdeeldheid tussen twee verschillende systemen: het ene heeft betrekking op de handel, het andere enkel op de auteursrechten.

5.3. POSITIEVE GEVOLGEN

5.3.1. Een stap naar harmonisering en universaliteit

Ondanks alle mogelijke kritiek op TRIPS kan je moeilijk om de vaststelling heen dat het verdrag wel een heel degelijke standaard bevat van auteursrechtbescherming, alleen al daardoor was het harmoniseringseffect van het verdrag erg groot. Door de overname van het beschermingsniveau van de Berner Conventie werd bovendien het lidmaatschap van die Conventie zeer sterk gepromoot. Eén van de voornaamste tekortkomingen van het oude systeem was het gebrek aan internationale draagwijdte en de steevaste weigering van ontwikkelingslanden om daarvan deel uit te maken. Na TRIPS is het ledenaantal van die conventie heel sterk gestegen naar 151 landen op 1 januari 2004²¹⁷.

Bovendien waren voor de effectieve afdwinging van auteursrechten verschillende procedures en maatregelen nodig. Dit geldt zowel op nationaal als op internationaal niveau en door de toenemende handel en de verhoogde waarde van intellectuele eigendomsrechten. Een harmonisering is dan een noodzakelijke stap naar een efficiënt en betrouwbaar systeem, want steeds vaker worden rechtbanken immers geconfronteerd met rechtsvragen die ontstaan zijn onder andere rechtsstelsels. TRIPS kan beschouwd worden als een eerste stap in de richting van een dergelijke harmonisering²¹⁸, al is het effect wel veel bescheidener dan bij de vastlegging van het beschermingsniveau. Veel verschillen tussen nationale wetgevingen zullen op het gebied van de afdwinging blijven bestaan omdat de staten zelf hun eigen wetgeving kunnen toetsen aan de vereisten van het TRIPS-verdrag en omdat diezelfde staten op hun eigen manier die wetgeving in overeenstemming mogen brengen met de gestelde minimeisen.

²¹⁶ A. KEREVER, 'Le GATT et le droit d'auteur international l'accord sur les "aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce"', *RTD Com* 1994, 631.

²¹⁷ Cf. <http://www.wipo.int/treaties/en/documents/pdf/e-berne.pdf>

²¹⁸ W. GROSHEIDE, *l.c.*, 324.

5.3.2. Een verlossend effect

Het oude systeem werd ook gekenmerkt door de moeizame en vaak onmogelijke herzienings-procedures. Jarenlang werd nauwelijks vooruitgang geboekt omdat de belangen nu eenmaal fundamenteel tegengesteld waren. Door de brede onderhandelingsruimte van de WTO werden mogelijkheden geopend die ondenkbaar waren tot in de jaren tachtig²¹⁹. RICKETSON drukt het als volgt uit: *'IP rights have now been introduced to the cold hard world of trade and commerce'*. Intellectuele eigendom was voor 1986 specialistenwerk en andere invloeden of een plaatsing in een groter kader werden steeds uitgesloten. Nochtans was het zakenmensen en politici niet onbekend dat dat de enige valabele weg was om nog vooruitgang te boeken, de enige manier om auteursrecht te bevrijden uit een strakke en logge context.

5.3.3. Het perspectief van de ontwikkelingslanden

Bij de totstandkoming van TRIPs was het verzet van de ontwikkelingslanden bijzonder groot, zij hadden immers geen belang bij een hogere standaard van bescherming en een betere tenuitvoerlegging. Zo werden die landen de grote verliezers in de WTO-onderhandelingen, al kregen ze uiteraard wel de nodige compensaties op andere handelsgebieden. Voor het overige hadden ze voortaan dezelfde plichten als alle andere staten en was een snelle implementatie van de TRIPs-bepalingen een absolute noodzaak. Ontwikkelingslanden wierpen hiertegen op dat ze geen enkele traditie hadden van auteursrechtbescherming en dat de loutere invoering van nieuwe wetgeving nauwelijks soelaas zou bieden²²⁰. Daarom wordt nu door verschillende geïndustrialiseerde landen de nodige financiële steun en know-how geleverd om een dergelijke traditie te vestigen.

Toch zijn verschillende ontwikkelingslanden al tot een degelijke implementatie gekomen met verrassende resultaten. Niet overal liep het zo slecht als in Bulgarije, bijvoorbeeld Peru creëerde een origineel systeem met een nieuwe administratie - *'Indecopi'* genoemd – die een groot deel van de verantwoordelijkheid op het vlak van intellectuele eigendom draagt. Hoe moeilijk de oefening in 1994 voor vele landen ook leek, blijktbaar was de oplossing niet onmogelijk. Op termijn zou het TRIPs-verdrag in zijn geheel beschouwd een positieve zaak kunnen blijken, zeker in het licht van artikel 24 van het verdrag²²¹.

²¹⁹ S. RICKETSON, *l.c.*, 899.

²²⁰ S. DÖRMER, *l.c.*, 33.

²²¹ S. DÖRMER, *l.c.*, 34.

5.4. NALEVING VAN TRIPS

5.4.1. Bescherming van auteursrecht in China

Om een duidelijk beeld te krijgen van de impact van het TRIPS-verdrag op de nationale politiek en wetgeving is het nuttig om twee concrete voorbeelden aan te halen. Enerzijds bespreek ik in 6.4 een geïndustrialiseerd land, namelijk de Verenigde Staten, en anderzijds een land dat in volle ontwikkeling is, de Volksrepubliek China. In hoeverre moesten deze landen zich aanpassen aan het verdrag? In hoeverre leven ze de bepalingen van dat verdrag na?

In 1978 werd de eerste wettelijke bescherming van intellectuele eigendom in de Volksrepubliek China van kracht en die stap kaderde uiteraard in de hervorming van de economische structuur van het land²²². Langzaam maar zeker opende het zich immers voor de buitenwereld en dat betekent uiteraard dat het zich moet conformeren met internationale principes, gewoontes en algemeen aanvaarde praktijken. In dat opzicht is het dan ook niet meer dan logisch dat China veel aandacht besteedt aan de bescherming van intellectuele eigendom en de overeenstemming met de relevante internationale overeenkomsten in dat verband.

Bij de opstelling van de '*Chinese Copyright Act*' werd terdege rekening gehouden met de Conventie van Bern en de belangrijkste principes opgenomen in die conventie. Elf jaar werd aan die wetgeving gewerkt en op 7 september 1990 werd ze van kracht. Nochtans trad China pas toe tot de Conventie van Bern op 15 oktober 1992²²³ en werd de implementatiewetgeving daarvan gepubliceerd op 25 september 1992. Dit alles om slechts aan te tonen dat China in 1994 al ergens stond wat de bescherming van intellectuele eigendom betreft. De wetgeving van 1992 was overigens al in grote mate gebaseerd op de ontwerpen van het TRIPS-verdrag.

Na de goedkeuring van het TRIPS-verdrag maakte China vrij snel werk van nieuwe bepalingen in die wetgeving. Software werd immers al wel beschermd onder een speciale vorm van auteursrecht, maar werd niet beschouwd als een literair werk. De exclusieve verhuurrechten kregen ook een plaats binnen het Chinese rechtsbestel.

TRIPS vereist ook strafrechtelijke procedures voor inbreuken op het auteursrecht, maar dit was lange tijd een probleem voor China, dat land kende voor dergelijke inbreuken immers enkel burgerlijke schadevergoedingen en administratieve sancties. Uiteraard zijn die niet efficiënt genoeg om de sterke piraterij het hoofd te bieden²²⁴. Momenteel lijken die problemen opgelost en spaart het land zich geen enkele moeite om te komen tot een efficiënte

²²² G. SHOUKANG, 'TRIPS and Intellectual Property Protection in the Peoples Republic of China', *GRUR Int.* 1996, 292.

²²³ Cf. <http://www.wipo.int/treaties/en/documents/pdf/e-berne.pdf>.

²²⁴ G. SHOUKANG, *l.c.*, 295.

afdwinging van auteursrechten. In 2003 werd er nog een spraakmakende procedure ingeleid door Cisco tegen Huawei wegens inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. De Chinese overheid beloofde geen politieke hulp te bieden aan Huawei en het resultaat van het onderzoek te respecteren²²⁵.

Het is niet overdreven te stellen dat het met de auteursrechtbescherming in China de goede richting uitgaat. China blijft uiteraard wel een land in volle ontwikkeling met alle gevolgen vandien, maar men begrijpt in elk geval de noodzaak van de bescherming van intellectuele eigendom.

5.4.2. De houding van de Verenigde Staten

Op 11 december 1998 sprak de Europese Commissie zich heel scherp uit tegen sectie 110, lid 5 van de US Copyright Act²²⁶. Een dergelijk besluit was noodzakelijk geworden na meldingen dat die bepaling een schending inhoudt van de verplichtingen onder het TRIPs-verdrag. Van de Commissie werd gevraagd alle mogelijke maatregelen te nemen om de V.S. te overtuigen die bepaling op te heffen.

Wat is concreet het probleem met die bepaling? Artikel 11bis, 1^c van de Conventie van Bern zegt: *'Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot: 1^o de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel dienend tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden.'* Door de bepaling in de US Copyright Act worden bepaalde vormen van openbare mededeling uitgesloten van de auteursrechtelijke bescherming²²⁷. *'Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: ... except as provided in subparagraph (B), communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes ...'*

Deze uitzondering dekt dus ook het gebruik van een radio of televisie - die voor privé-gebruik bedoeld is - in een winkel, een restaurant of nog verschillende andere voor het publiek toegankelijke plaatsen. Uiteraard is dit een flagrante schending van artikel 11bis van de Berner Conventie, een schending die de rechthebbenden vele miljoenen dollars doet verliezen. Bovendien wordt die uitzondering niet beperkend uitgelegd en werd het toepassingsgebied ervan in 1998 nog verruimd door de *'Fairness in Music Licensing Act'*²²⁸.

²²⁵ Cf. artikel van PETER BURROWS, 'Cisco: In Hot Pursuit of a Chinese Rival' op de site www.businessweek.com (registratie vereist)

²²⁶ Commissiebesluit van 11 december 1998, *GRUR Int.* 1999, 469.

²²⁷ Cf. <http://www4.law.cornell.edu/uscode/17/110.html>

²²⁸ B. GOLDMANN, 'Der "Fairness in Music Licensing Act" in den USA – Sperrstunde für das "Kneipenrecht"? Zum WTO-Konflikt zwischen Europa und den USA über die Ausweitung der "homestyle exemption" im US-Copyright Act', *GRUR Int.* 1999, 510.

Het conflict met Europa werd daardoor alleen nog scherper gesteld en de Commissie startte een procedure bij de WTO. Zoals hoger al gezegd verklaart art. 9, 1^e TRIPs de artikelen 1 tot en met 21 van de Conventie van Bern immers toepasselijk op alle TRIPs-lidstaten. Men kon dus een beroep doen op artikel 64 van TRIPs. In een regeling van 27 juli 2000 stelde het geschillenbeslechtsorgaan van de WTO de Europese Commissie in het gelijk, maar voorlopig heeft dat nog niets opgeleverd. Nog steeds is de wetgeving van de Verenigde Staten niet aangepast, al geven ze te kennen daar volop mee bezig te zijn. Ondanks het herhaaldelijk aandringen van de Commissie blijft dus elk resultaat uit²²⁹.

5.5. DE TOEKOMST VAN DE TRADITIONELE VERDRAGEN EN WIPO

5.5.1. De gevolgen voor de traditionele verdragen

In 1994 kon men er enkel naar gissen wat de concrete gevolgen zouden zijn van het TRIPs-verdrag voor de traditionele conventies²³⁰. Wel stond toen al vast dat het nieuwe verdrag alle voorafgaande had overtroffen en tot op zekere hoogte overbodig had gemaakt. In elk geval valt op dat het TRIPs-verdrag enkel zijn relatie regelt met de UAC en de Conventies van Rome en Bern, het zal namelijk geen afbreuk doen aan de verplichtingen die lidstaten onder één van die drie verdragen op zich hebben genomen. Over de verhouding met andere verdragen rept TRIPs met geen woord.

Moet daaruit afgeleid worden dat die andere verdragen – meestal over specifieke onderwerpen – impliciet zijn opgeheven, toepassing makend van het principe *lex posterior*? Volgens BUYDENS kan dat niet de conclusie zijn, want het voorwerp van en de partijen aan beide verdragen zijn niet identiek²³¹. Bovendien kan volgens artikel 1 TRIPs wetgeving gestemd worden die gunstiger is voor de auteur dan de bepalingen in het verdrag. Uiteraard kan dit dan ook via verdragen die dan in zekere zin bestaan ‘naast’ het TRIPs-verdrag en tegelijk laatstgenoemd verdrag aanvullen in specifieke domeinen.

Nochtans lijkt voor één verdrag het laatste uur geslagen te hebben: de Universele Auteursrecht Conventie verloor al veel van haar belang na de toetreding van de V.S. tot de Berner Conventie en het einde van de Sovjet-Unie. Vooral nu TRIPs de hogere standaard van de Conventie van Bern overnam in plaats van die van de Universele Auteursrecht Conventie, is het einde nabij. Enkel voor die enkele staten die nog geen lid zijn van TRIPs en wel van de UAC, is laatstgenoemde nog van belang²³².

²²⁹ Cf. <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/2002/ce160/ce16020020704nl00080008.pdf>

²³⁰ S. RICKETSON, *l.c.*, 885.

²³¹ BUYDENS, M., ‘L’ accord TRIPs et le droit d’auteur’, *I.R.D.I.* 1997, 93.

²³² BROUWER, R., ‘De Universele Auteursrecht Conventie kan in de prullenbak!’, *Informatierecht* 2003, 81.

5.5.2. De verhouding met WIPO

Het TRIPs-verdrag zelf spreekt zich uit over de richting waarin de verhouding met de WIPO zou moeten gaan²³³: *'Desiring to establish a mutually supportive relationship between the WTO and the World Intellectual Property Organization (referred to in this Agreement as "WIPO") as well as other relevant international organizations; ...'*

Deze bepaling is natuurlijk erg weinig om een toch wel moeilijk probleem het hoofd te bieden, nergens wordt immers gezegd welke concrete vorm die samenwerking zou moeten krijgen. In 1994 vreesden velen dat de ondertekening van TRIPs niet meer of minder zou betekenen dan een doodvonnis voor de WIPO-comités²³⁴. KEREVER vreesde een voortdurende conflictsituatie tussen de twee internationale organisaties die uiteindelijk zou leiden tot een verzwakking van de beoogde bescherming²³⁵.

Geen van beide doembeelden werd bewaarheid, integendeel zelfs. TRIPs bleek een nieuwe dynamiek te brengen in de WIPO die lange tijd verlamd was en nauwelijks nog enig initiatief kon nemen. De initiatieven zijn in 1994 door de WTO genomen, voortaan zou de WIPO eerder een volgende internationale organisatie worden dan een initiërende²³⁶. In dat begrip 'volgende' moet wel elke negatieve connotatie weggedacht worden, want de WIPO beschikt nog steeds over alle kennis en ervaring op het gebied van intellectuele eigendom. Eigenlijk bestaat de hoop - en wordt die hoop ten dele al ingelost - dat WIPO en WTO tot een symbiose komen en door hun band van wederzijds respect het landschap van de intellectuele eigendom bemeesteren en verder reguleren op internationaal niveau. De rol van de WIPO is dus helemaal niet uitgespeeld, al zal de geformuleerde regelgeving zich nu eerder op het micro- dan op het macroniveau situeren²³⁷. Het grote kader werd immers vastgelegd in TRIPs en dat biedt alvast een solide basis. Ook in een ander opzicht kan de WIPO de noodzakelijke aanvulling van TRIPs verzorgen: het is namelijk niet ondenkbaar dat de bepalingen van laatstgenoemd verdrag onvoldoende scherp blijken of verouderd raken.

In elk geval valt op dat WIPO misschien wel levendiger is dan ooit tevoren. In 1996 werden nog twee verdragen tot stand gebracht in het kader van een WIPO-conferentie²³⁸ en vanaf 1997 werd gewerkt aan de creatie van een *sui generis*-recht voor de rechthebbenden op databanken, omdat enkel het auteursrecht onvoldoende bleek om databanken efficiënt te beschermen²³⁹.

²³³ cf. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

²³⁴ COHEN JEHOAM, H., 'Auteursrecht in TRIPs', *Informatierecht* 1995, 128.

²³⁵ A. KEREVER, *l.c.*, 644.

²³⁶ S. RICKETSON, *l.c.*, 897.

²³⁷ S. RICKETSON, *l.c.*, 899.

²³⁸ S. VON LEWINSKI, 'Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten', *GRUR Int.* 1997, 667.

²³⁹ E. ARKENBOUT, 'Recente WIPO-ontwikkelingen', *Informatierecht* 1997, 201.

6. BESLUIT

Wat zijn nu de conclusies na tien jaar TRIPs? Betekende de ondertekening een frisse wind door de bescherming van het auteursrecht of een versplintering van dat recht? Een eenduidig antwoord op deze vragen is onmogelijk te geven. Het zou inderdaad te gemakkelijk zijn het verdrag enkel te beoordelen op de negatieve gevolgen en de tekortkomingen, zonder het grotere geheel te zien.

In 1994 was de bescherming van het auteursrecht al 23 jaar een statisch gegeven, hoewel de WIPO zich geen moeite spaarde om nieuwe initiatieven te nemen. Universaliteit leek een verre en vooral onbereikbare droom. De nationale belangen waren nu eenmaal tegengesteld. Daarom werd er ook nauwelijks werk gemaakt van enige vorm van afdwingbaarheid van de internationale conventies op het gebied van het auteursrecht.

TRIPs betekende niets minder dan een revolutie: voor het eerst werd de bescherming van de intellectuele eigendom uit haar isolement gehaald en werd ze betrokken bij bredere handelsaspecten. Door die koppeling, door de behandeling van intellectuele eigendom binnen een ruimer kader werd de starheid van het oude systeem definitief doorbroken. Plots werd de bescherming weer een dynamisch gegeven, wat onder andere blijkt uit de nieuwe verdragen die op initiatief van de WIPO tot stand komen. De ledenaantallen van de conventies van Bern en Rome zijn sterk gestegen zodat het ideaalbeeld van universaliteit dichterbij lijkt dan ooit. Bovendien werd de veelgestelde vraag om afdwingbaarheid en tenuitvoerlegging beantwoord, zodat de ondertekening van het verdrag veel meer betekent dan het maken van enkele ijdele beloftes. Er werd een hoog niveau van bescherming in het verdrag gewaarborgd, maar tegelijk werd ook een evenwicht gevonden zodat een misbruik van die rechten nu bestreden kan worden.

Toch mogen we uiteraard niet blind zijn voor de tekortkomingen, want zoals elke revolutie heeft ook het TRIPs-verdrag negatieve gevolgen en intrinsieke gebreken. Voor verschillende landen (zoals Bulgarije) waren - en zijn nog steeds - de vooropgestelde standaarden immers te hoog gegrepen: deze landen gaan vaak gebukt onder de nefaste gevolgen van een te snelle omzetting van het verdrag in nationaal recht. Helaas werd ook één van de centrale doelstellingen niet gehaald. De Verenigde Staten maken immers nog steeds vaak gebruik van eenzijdige handelsmaatregelen. Daarenboven blijkt het voor de V.S. bijzonder moeilijk om zich te houden aan de aangegane verplichtingen. Daarom moet men zich nu al de nodige vragen stellen bij de effectieve afdwingbaarheid van de toegekende rechten en de verdragsverplichtingen. Aandringen op een 'ethische' houding van de V.S. is uiteraard ook onzinnig, al was het maar omdat internationale politiek draait om economische belangen en niet om moreel verantwoord handelen. Van een machtspositie maakt men nu eenmaal gebruik, zonder dat dat daarom noodzakelijk misbruik moet betekenen.

Desondanks is mijn totaalbeeld over het TRIPs-verdrag eerder positief: het verdrag wist niet alleen het hoofd te bieden aan verschillende problemen van voor 1994, ook werden slechts weinige angsten om nadelige gevolgen bewaarheid. Verscheidene ontwikkelingslanden of zich ontwikkelende landen hebben de verdragsbepalingen op hun manier geïmplementeerd en plukken daar nu al de vruchten van (onder andere China). De bevoegdheid van de WIPO werd niet totaal uitgehold. Integendeel, die organisatie heeft nu meer slagkracht dan ooit tevoren. De zo gevreesde versplintering van auteursrechtsbescherming over WIPO en WTO is er trouwens nooit gekomen. Beiden leven in symbiose naast elkaar en zijn ook werkzaam op hun eigen gebied. Net die coëxistentie, net dat evenwicht dat tussen beiden werd bereikt, kan de nodige garanties bieden voor een duurzame en efficiënte internationale bescherming van de intellectuele eigendom.