

Prof. mr. P.G.F.A. Geerts

Bescherming van de intellectuele eigendom

Dertiende druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

VOORWOORD

Dit boekje maakt deel uit van een reeks bestemd voor die studenten die slechts summier kennismaken van het handelsrecht. Met die omschrijving van de bestemming is ook de pretentie weergegeven: een eerste inleiding.

Het terrein van de intellectuele eigendom is wellicht van oudsher gecompliceerd, de complicaties zijn de afgelopen jaren in ieder geval aanmerkelijk toegenomen. Wetswijzigingen, voorstellen en plannen daartoe duikelen over elkaar heen; de internationale verknoptheid neemt immers toe; nieuwe terreinen worden ontgonnen. Het wordt daardoor steeds moeilijker zich te beperken.

Bij het aanbrengen van beperkingen ben ik van de volgende punten uitgegaan. Er moet worden geselecteerd naar terrein: octrooirecht, auteursrecht, merkenrecht en handelsnaamrecht worden iets uitgebreider besproken, de rest wordt vluchtig afgedaan. Het recht betreffende de ongeoorloofde mededinging wordt zelfs geheel weggelaten (in de wetenschap overigens dat deze materie binnen het vermogensrecht de nodige aandacht pleegt te krijgen). Vervolgens wordt de doelstelling gekozen vooral enige vertrouwdsheid met de regelgeving bij te brengen. De jurisprudentie schiet daarvoor te kort; slechts een tachtigtal uitspraken wordt genoemd. Vooral in het octrooirecht, waar de regelgeving van zichzelf al zeer gecompliceerd is, wordt het betoog bijna vrijgehouden van jurisprudentie; het merkenrecht waar de regelgeving beknopt is, wordt iets ruimer van jurisprudentiële verwijzingen voorzien. Notoire haarden van casuïstiek (wat is een werk, onderscheidend vermogen, overeenstemming van merken enzovoort) heb ik bewust gemeden. Bekorting is verder verkregen door vaak af te zien van parafrases van wetteksten (de regelingen worden onder handbereik van de lezer verondersteld) en door verwijzingen naar de literatuur te vermijden (wel is een beknopte literatuurlijst toegevoegd).

Ik weet dat deze beperkingen te kort doen aan de rijkdom van de intellectuele eigendom. Daarom nogmaals, dit boekje wil slechts een opmaat zijn voor verdere studie.

Zonder de medewerking en het meelevens van velen is dit boekje ondenkbaar. Fokke, Frank, Hans, Ingrid, Jeanette, Paula, heel veel dank aan jullie allen! Een bijzonder woord van dank voor mr. (als hij dit leest) Peter Vertin.

Groningen, juli 1987

Bij de tweede druk

In de vijf jaar die verstreken sinds de eerste druk van dit boek hebben zich vele ontwikkelingen voorgedaan. Regelingen verdwenen van de tafel, nieuwe ontstonden, vele zijn in bespreking; de internationale verknoping nam verder in belang toe.

Een grondige bewerking was dus nodig. Daarbij konden ook verbeteringen en verduidelijkingen worden aangebracht. Ik ben dankbaar dat mr. Paul Geerts zich met deze tweede

druk heeft willen belasten. Aan de werkbesprekingen in diverse wegrestaurants tussen Groningen en Hilversum gevoerd, houd ik goede herinneringen over.

Dankbaar ben ik ook diegene die met het doornemen van de teksten en met kritische kanttekeningen deze bewerking ondersteunden. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar Hans Snik, student-assistent, voor zijn ondersteunende arbeid.

Een derde druk zal minder lang op zich laten wachten!

Hilversum, oktober 1992
mr. G. van Empel

Bij de zevende druk

In 1987 is de eerste druk van dit boek van de hand van Geerten van Empel verschenen. Nu, twintig jaar later en zes drukken verder, verschijnt deze uitgave voor het eerst zonder zijn naam op het omslag. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat het boek nu opeens 'alleen van mij is'. Dat kan niet, en het is niet zo. Het blijft ook het boek van Geerten. Alle eer komt hem toe voor de opzet van dit boek; veel passages van zijn hand zullen ook in komende drukken worden gehandhaafd.

In deze zevende druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn bijzondere dank gaat uit naar de enthousiaste Groningse rechtenstudenten Ronald Mik en Romany Paul. Zij hebben veel voorbereidend werk verricht. Mr. Joost Becker heeft meegelezen en meegedacht. Joost dank daarvoor. Een andere Joost (Hofman) was ook weer onmisbaar. Hij heeft de tekst drukklaar gemaakt.

Annen, maart 2007
P.G.F.A. Geerts

Bij de negende druk

In deze negende druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn dank gaat opnieuw uit naar mr. Joost Becker die meegelezen en meegedacht heeft en Joost Hofman die behulpzaam is geweest bij het drukklaar maken van de tekst.

Annen, maart 2011
P.G.F.A. Geerts

Bij de tiende druk

In deze tiende druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn bijzondere dank gaat uit naar de enthousiaste Groningse rechtenstudenten Pepijn van Eijk, Gertjan van den Hout en Theo Stockmann. Zij hebben niet alleen veel voorbereidend werk verricht, maar ook meegelezen. Joost Hofman was ook weer onmisbaar. Hij heeft de tekst drukklaar gemaakt.

Annen, april 2013
P.G.F.A. Geerts

Bij de elfde druk

In deze elfde druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn bijzondere dank gaat uit naar mr. Gertjan van den Hout. Hij heeft niet alleen veel voorbereidend werk verricht, maar ook meegelezen. Joost Hofman was ook weer onmisbaar. Hij heeft de tekst drukklaar gemaakt.

Annen, april 2015

P.G.F.A. Geerts

Bij de twaalfde druk

In deze twaalfde druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn bijzondere dank gaat uit naar de enthousiaste Groningse rechtenstudenten Jeroen Nissen en Jonathan Santman. Zij hebben niet alleen veel voorbereidend werk verricht, maar ook meegelezen.

Annen, april 2017

P.G.F.A. Geerts

Bij de dertiende druk

In deze dertiende druk zijn nieuwe jurisprudentie en wetgeving verwerkt. Mijn bijzondere dank gaat uit naar de enthousiaste Groningse rechtenstudent Merel van Straten. Zij heeft veel voorbereidend werk verricht.

Annen, februari 2019

P.G.F.A. Geerts

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Afkortingenlijst / XIII

Overzicht van verkort aangehaalde tijdschriften en periodieken / XV

HOOFDSTUK 1

Intellectuele eigendom in het algemeen / 1

- 1 Inleiding / 1
- 2 Intellectuele eigendom en ongeoorloofde mededinging / 2
- 3 Catalogus van vragen / 5
- 4 Object en terrein / 5
- 5 Inhoudelijke eisen, aanspraak, procedure / 7
- 6 Waaruit bestaat het uitsluitend recht? / 9
- 7 Grenzen aan monopolies / 11
- 8 Exploitatie van het uitsluitend recht / 12
- 9 Prestaties en de zorgvuldigheidsnorm / 13

HOOFDSTUK 2

Internationale aspecten / 19

- 10 Internationaal karakter / 19
- 11 Assimilatie en minimale bescherming / 20
- 12 Procedures, recht van voorrang / 22
- 13 Intellectuele eigendom en gemeenschappelijke markt, het probleem / 23
- 14 Art. 36 VWEU en communautaire uitputting / 24
- 15 Restproblemen / 27

HOOFDSTUK 3

Het octrooirecht / 29

- 16 Inleiding, regelgeving / 29
- 17 Octrooiverlening: nationaal en internationaal / 30
- 18 De Europese verleningsprocedure / 31
- 19 De nationale procedure / 34
- 20 De materiële vereisten van octrooieerbaarheid / 34

21	Collisie (botsing) / 37
22	De rechthebbende, materiële bepalingen / 39
23	De rechthebbende, procedurebepalingen / 40
24	Lotgevallen van een verleend octrooi / 41
25	Het monopolie / 43
26	De voorgebruiker / 45
27	De exploitatie van het octrooi / 46
28	De dwanglicenties / 47
29	Uitputting / 48
30	Rechtshandhaving / 49

HOOFDSTUK 4

Het auteursrecht / 51

31	Inleiding / 51
32	Regelgeving, Verdragen / 52
33	Ontstaan en duur van het auteursrecht / 54
34	Het werk / 54
35	Werken waarop geen auteursrecht ontstaat / 58
36	De maker / 59
37	De exploitatierechten / 61
38	Verveelvoudiging / 62
39	Openbaarmaking / 66
40	Uitputting / 70
41	Beperkingen van het auteursrecht / 71
42	De persoonlijkheidsrechten / 76
43	Belangen van derden, het portretrecht / 79
44	De exploitatie van het auteursrecht / 81
45	Rechtshandhaving / 83

HOOFDSTUK 5

Het merkenrecht / 85

46	Inleiding, regelgeving / 85
47	Soorten merken / 86
48	Het merk / 87
49	De verkrijging van het recht / 93
50	Nietigheid van inschrijving / 96
51	Duur en verval van het recht / 98
52	Het uitsluitend recht / 100
53	Rechtshandhaving / 115
54	Exploitatie van het merkrecht / 117
55	Uitputting, gemeenschappelijke markt / 119

HOOFDSTUK 6

De handelsnaam / 123

- 56 Inleiding, regelgeving / 123
- 57 De definitie van art. 1 Hnw / 124
- 58 Misleidende handelsnamen / 125
- 59 Conflicterende handelsnamen (art. 5 Hnw) / 126
- 60 Botsing van handelsnaam en merk / 129
- 61 Rechtshandhaving / 130
- 62 Exploitatie van de handelsnaam / 131

HOOFDSTUK 7

Het kwekersrecht / 133

- 63 Inleiding / 133
- 64 Ontstaan, rechthebbende en duur van het kwekersrecht / 134
- 65 Inhoud en beperkingen van het recht / 136
- 66 Biotechnologie / 137

HOOFDSTUK 8

Het tekeningen- en modellenrecht / 139

- 67 Inleiding / 139
- 68 Tekening of model; materiële vereisten en voortbrengselen die van bescherming zijn uitgesloten / 140
- 69 De verkrijging en duur van het recht; de rechthebbende / 144
- 70 Inhoud en beperkingen van het recht; rechtshandhaving / 145
- 71 Modellen- en auteursrecht / 148

HOOFDSTUK 9

Het chipsrecht / 149

- 72 Inleiding / 149
- 73 Ontstaan en duur van het recht / 149
- 74 De rechthebbende / 150
- 75 Inhoud van het recht / 150
- 76 Rechtshandhaving / 151

HOOFDSTUK 10

De naburige rechten / 153

- 77 Inleiding / 153
- 78 Uitvoerende kunstenaar, fonogrammenproducent, filmproducent en omroeporganisatie / 153
- 79 Ontstaan, duur en rechthebbende / 155
- 80 Inhoud en beperkingen van de naburige rechten / 155

81 Rechtshandhaving / 157

HOOFDSTUK 11

Het databankrecht / 159

82 Inleiding / 159

83 Databank / 160

84 Ontstaan, duur en rechthebbende / 161

85 Inhoud en beperkingen / 162

Register op verdrags- en wetsartikelen / 167

Rechtspraakregister / 177

Trefwoordenregister / 187

HOOFDSTUK 1

Intellectuele eigendom in het algemeen

1 Inleiding

Men hoeft niet de somberaar te zijn die de mens soms als wolf beschouwt voor zijn medemens, om in te zien dat mensen – naast schone zaken – ook in wedijver staan tot elkaar. In het sociale verkeer wedijvert de mens om het aanzien, in het economisch verkeer om profijt. In dit concurrentiemilieu gaat het sinds mensenheugenis om wat je kunt en hoe je heet. Concurrenten onderscheiden zich door de prestaties die zij tot stand brengen en door de (naams)bekendheid die zij zich verwerven bij het publiek. Zij zien niet graag dat hun concurrent met die prestaties aan de haal gaat of op een andere manier ten eigen bate gebruikmaakt van de renommée van de naam. Zij vragen het recht om bescherming.

De bescherming van prestaties en van de naam (preciezer, van onderscheidingstekens: merk en handelsnaam) is het centrale thema van dit boekje. Bij die bescherming zijn fenomenaal grote financiële belangen in het geding.

Met de productie en exploitatie van auteursrechtelijk beschermd werk is in Nederland ongeveer € 36 miljard gemoeid, zo'n 6% van het bruto binnenlands product. Voor octrooien kan bijvoorbeeld worden gewezen op de enorme bedragen die omgaan in het ontwikkelen en exploiteren van geotrooieerde geneesmiddelen. Er zijn berekeningen die zeggen dat vervalsingen en piraterij de wereldeconomie jaarlijks ten minste € 450 miljard kost.

Het rechtsgebied van de intellectuele eigendom (IE) omvat de wettelijke systemen tot bescherming van de prestaties en de onderscheidingstekens, die in het vervolg van dit boekje behandeld worden. Tot het rechtsgebied behoort ook de bescherming tegen ongeoorloofde mededinging; dit deelterrein komt in dit boekje summier aan de orde. Met de term '*industriële eigendom*' wordt aangegeven het rechtsgebied van de intellectuele eigendom minus het auteursrecht en de naburige rechten.

Negen beschermingssystemen komen hierna in aparte hoofdstukken aan de orde. Om een eerste indruk te geven omschrijven wij de betrokken gebieden in telegramstijl.

- Het octrooirecht is het exclusieve recht van de uitvinder van een nieuw en inventief voortbrengsel of industrieel procedé om gedurende een bepaalde termijn de uitvinding te exploiteren (hoofdstuk 3).
- Het auteursrecht geeft de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst (hierna soms kortweg: werk) enkele exclusieve bevoegdheden met betrekking tot gebruik en exploitatie van zijn werk (hoofdstuk 4).

- Het merkenrecht geeft de houder van het recht een naar tijd onbegrensd exclusief recht het betreffende merk voor bepaalde waren of diensten (beide samen te vatten tot: producten) te gebruiken (hoofdstuk 5).
- Het handelsnaamrecht geeft aan degene die een bepaalde handelsnaam voor een bepaalde onderneming gebruikt, een zekere vorm van bescherming met betrekking tot het gebruik van die naam (hoofdstuk 6).
- Het kwekersrecht is het exclusieve recht van de kweker van een nieuw plantenras om gedurende een bepaalde termijn teelt- en geoogst materiaal van het ras te exploiteren (hoofdstuk 7).
- Het tekeningen- en modellenrecht geeft de houder van het recht gedurende een in tijd begrensde periode de bevoegdheid om de tekening of het model als enige te exploiteren (hoofdstuk 8).
- Het chipsrecht geeft de maker van een oorspronkelijke topografie gedurende een bepaalde periode het exclusieve recht de topografie te exploiteren (hoofdstuk 9).
- De naburige rechten geven aan uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties de mogelijkheid om gedurende een bepaalde termijn de door hen verrichte prestaties te exploiteren (hoofdstuk 10).
- Het databankrecht geeft de producent van de databank het recht de databank gedurende een in tijd begrensde periode als enige te exploiteren (hoofdstuk 11).

Het zal duidelijk zijn dat bovenstaande omschrijvingen in hun kortheid onvoldoende precies zijn. Het gaat er slechts om de gedachten te bepalen.

In de afzonderlijke hoofdstukken komt het een en ander nader onder de aandacht. Het octrooi-, auteurs-, merken- en handelsnaamrecht worden uitgebreider besproken dan de overige beschermingssystemen.

In dit inleidende hoofdstuk gaan we op zoek naar wat karakteristieken van het gehele rechtsgebied. Het spreekt vanzelf dat deze algemene karakteristieken pas werkelijk duidelijk worden na gedetailleerde kennisneming van de deelgebieden.

Zonder het internationale kader, waarin alles zich afspeelt, is het recht betreffende de intellectuele eigendom niet te begrijpen. Aan dat kader is hoofdstuk 2 gewijd.

Dan geven wij hier nog enkele aanwijzingen omtrent het gebruik van dit boek. Als in een bepaald hoofdstuk of nummer een regeling centraal staat, verwijzen artikelen in dat hoofdstuk of nummer naar de betreffende regeling, tenzij anders is aangeduid. Letterlijke citaten uit de wetteksten zijn zo veel mogelijk vermeden; de betreffende regelingen worden onder handbereik van de lezer verondersteld. Voor de begrijpelijkheid van vindplaatsen wijzen wij op het afkortingslijstje van tijdschriften en periodieken voorin dit boek.

2 Intellectuele eigendom en ongeoorloofde mededinging

Mededinging is in ons economisch denken een belangrijke motor tot het verwezenlijken van economische doelstellingen. Eigen aan mededinging is dat een marktpositie die een marktdeelnemer heeft opgebouwd (een concurrentiepositie), niet zonder meer door het recht wordt beschermd. Wie aan de gevolgen van concurrentie bezwijkt, is nog niet per se onrecht (in juridische zin) aangedaan.

Niet elke concurrentiepositie wordt civielrechtelijk beschermd. De groenteboer die een supermarkt tegenover zich krijgt, wordt civielrechtelijk niet beschermd, hoe desastreus de gevolgen ook zijn voor zijn concurrentiepositie. Dat hoort nu eenmaal bij de (harde) regels van het spel (bescherming die eventueel aan publiekrechtelijke normering kan worden ontleend, zoals aan een bestemmingsplan, bespreken wij hier niet).

Het beginsel van de 'vrijheid van handel en bedrijf' (het beginsel van de vrije mededinging of de concurrentievrijheid) is het uitgangspunt van ons mededingingsrecht. Het is een belangrijk beginsel. Het recht trekt echter een grens daar waar mededinging als ongeoorloofd moet worden aangemerkt. Voor de vraag wanneer een concurrentiepositie ongeoorloofd wordt aangetast, zijn tal van rechtsnormen van belang.

Dat kunnen zijn publiekrechtelijke normen die beogen de mededinging in bepaalde banen te leiden, zoals de Winkeltijdenwet, de Warenwet, de Mededingingswet, enzovoort. Ook komen vormen van zelfregulering voor. Het minimumprijzensysteem is daarvan in zekere mate een voorbeeld. Men denke verder aan regulering in de vorm van advertentiecodes. Aan deze rechtsinstrumenten wordt verder geen aandacht besteed.

Voor ons zijn van belang de rechtsinstrumenten die het privaatrecht levert voor het reguleren van de mededinging:

- belangrijke delen van de wetten betreffende de intellectuele eigendom; en
- de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW (de ongeoorloofde mededinging).

De wetten betreffende de intellectuele eigendom zijn deels op te vatten als normering van de concurrentie. Deze wetten geven tamelijk precieze opsommingen van handelingen die alleen door of met toestemming van de rechthebbende mogen worden verricht. Verrichten concurrenten deze handelingen, dan is hun handelen te bestempelen als ongeoorloofde mededinging.

Voorbeeld. X vindt geheel op eigen kracht een product uit. Y blijkt op dat product octrooi te hebben. X weet dat niet. Y kan nu op grond van het octrooirecht aan X verbieden het product te fabriceren. Die fabricage door X is ongeoorloofd. 'Oneerlijk' is hier, gelet op de goede trouw van X, een minder passend woord.

De term 'ongeoorloofde mededinging' is te verkiezen boven de term 'oneerlijke mededinging'. De laatste term suggereert een ethisch oordeel dat niet (altijd) in het geding hoeft te zijn.

Niet alles dat in het intellectuele eigendomsrecht is geregeld betreft een concurrentiepositie. Zo heeft bijvoorbeeld het recht van een kunstenaar zich te verzetten tegen vermindering van zijn kunstwerk, niets te maken met concurrentie.

Een buitengewoon belangrijke rechtsbron ten aanzien van ongeoorloofde mededinging is de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. De zeer ruime jurisprudentie op dit terrein is min of meer uitgekristalliseerd in categorieën.

Het scala varieert: notoir onrechtmatig gedrag (zoals bedrijfsspionage en het onderscheppen van andermans product teneinde dat verminkt op de markt te brengen); het nabootsen van andermans producten zodat de consument in de war raakt; het afbreken van andermans product of reputatie; het aanhaken bij andermans (prestigieus) product: 'onze sigaar is de Rolls Royce onder de sigaren'; het op de markt brengen van decoders die het signaal decoderen van een abonneeprogramma, zulks terwijl de exploitant van het programma nu juist uit verhuur van zijn eigen decoders de baten voor zijn inspanning moet halen.

In dit boekje staan centraal de specifieke regelingen van de intellectuele eigendom. De op de zorgvuldigheidsnorm gebaseerde bescherming tegen ongeoorloofde mededinging blijft grotendeels buiten beschouwing. Op één punt moet echter worden gewezen: de normering door middel van de zorgvuldigheidsnorm en de normering door IE-systemen kunnen niet los van elkaar worden gezien. Om te beginnen kunnen we ons afvragen waarom het zin heeft subjectieve IE-rechten te creëren. Immers, als we alle rechten wegdenken en ons dan de vraag stellen hoe het ongeschreven recht (art. 6:162 BW) zich zou hebben ontwikkeld, dan is bepaald niet onvoorstelbaar, dat menig resultaat dat nu binnen het IE-systeem wordt bereikt, congruent zou zijn aan resultaten die met de zorgvuldigheidsnorm zouden zijn bereikt.

Was er bijvoorbeeld geen Auteurswet, dan zou toch het in de handel brengen van een kopie van andermans boek onrechtmatig zijn. Was er geen Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (BVIE) dan zou het lanceren van een merk dat verwarring sticht met een merk van een ander toch wel onrechtmatig zijn.

Hoewel bevredigende resultaten soms ook langs de lijn van de zorgvuldigheidsnorm zouden kunnen worden bereikt, heeft het toch zin subjectieve IE-rechten te creëren. Wij noemen een aantal argumenten.

1. Een formeel argument is dat verdragen waaraan Nederland zich gebonden heeft, ervan uitgaan dat de bescherming van de intellectuele eigendom wordt vormgegeven door middel van subjectieve rechten.

Zulks is in het Unieverdrag (zie hierna nr. 10) bijvoorbeeld het geval ten aanzien van octrooien en warenmerken, maar niet ten aanzien van dienstmerken. Op dit laatste terrein bestonden tot 1986 dan ook geen subjectieve rechten, maar werd de bescherming door middel van de zorgvuldigheidsnorm gewaarborgd.

2. Een subjectief recht geeft soms de rechtsgrond van de bescherming juist weer. Een sprekend voorbeeld daarvan is het auteursrecht.

Dat de mens rechtssubject is, is meer dan een vondst van het recht. Het is een juridisch gegeven waar men niet omheen kan. Zo ligt het ook met het auteursrecht. De zeggenschap (in exploitatie en in morele zin) van de kunstenaar over zijn kunstwerk ligt zo diep in ons rechtsbewustzijn verankerd dat het bijna een belediging van dat rechtsbewustzijn is om niet over een subjectief recht te spreken.

3. Een derde voor ons onderwerp wezenlijke vaststelling is dat een subjectief recht de rechthebbende over het algemeen een sterkere rechtspositie verschafft dan via het leerstuk van de ongeoorloofde mededinging mogelijk is. Bij het laatste leerstuk zal veelal een subjectief slechte gezindheid (*oneerlijke mededinging*) vereist zijn, alsmede de kans dat schade ontstaat, wil er een actie mogelijk zijn. Die elementen kunnen bij een subjectief recht ontbreken. Zulks blijkt vooral als de rechthebbende een verbodsactie instelt. Bij merkinbreuk in de zin van art. 2.20 BVIE is irrelevant of men weet heeft van het merkrecht waarop inbreuk wordt gemaakt. Men mag het litigieuze teken eenvoudigweg niet gebruiken. Wie buiten de familiekring zonder toestemming een beschermd toneelstuk opvoert, pleegt

auteursrechtinbreuk ongeacht de vraag of de auteursrechthebbende door de inbreuk nu schade ondervindt of niet.

Stelt de rechthebbende een schadevergoedingsactie in dan moet het element 'schade' (en daarnaast het toerekenbaarheidsvereiste) uiteraard wel aanwezig zijn.

4. Door middel van een subjectief recht kan men scherpe grenzen trekken tussen 'beschermd' en 'onbeschermd' gebied. Zulks blijkt heel duidelijk uit de begrensde duur van een subjectief recht. Binnen het systeem van de zorgvuldigheidsnorm is moeilijk voorstelbaar dat wat de ene dag nog volstrekt onrechtmatig is, de volgende dag rechtmatig wordt; men denkt eerder aan een soort glijdende schaal waarlangs een bescherming langzaam vervaagt in de tijd. Bij subjectieve IE-rechten ligt het anders: wat de ene dag volstrekt niet mag (andermans boek zonder diens toestemming uitgeven) is de volgende dag (zeventig jaar na de dood van de maker) volkomen rechtmatig.

De vraag of de bescherming die door de zorgvuldigheidsnorm wordt geboden in duur is beperkt, heeft al heel wat stof doen opwaaien (vergelijk nr. 9).

Over de verhouding tussen het ongeschreven recht en de bijzondere door de wetgever gecreëerde subjectieve IE-rechten komen wij met name in nr. 9 te spreken. Eerst gaan we in de volgende nummers op zoek naar een aantal karakteristieken van het IE-rechtsgebied.

3 Catalogus van vragen

Als wij de specifieke systemen van intellectuele eigendom bekijken, dan is daarin over het algemeen een bepaald patroon te ontdekken. Dat patroon laat zich zo verwoorden: men kan voor een bepaald onstoffelijk object een uitsluitend recht verkrijgen, als dit object ligt op een bepaald terrein en aan bepaalde inhoudelijke eisen voldoet. Uit deze omschrijving laat zich een aantal vragen distilleren. Over deze vragen zullen in dit eerste hoofdstuk enige algemene opmerkingen worden gemaakt. Die vragen zijn:

1. Wat is de aard van het object en op welk terrein moet het object liggen? (nr. 4);
2. Aan welke inhoudelijke eisen moet zijn voldaan? (nr. 5);
3. Welke procedure moet worden doorlopen? (nr. 5);
4. Wie heeft aanspraak op het uitsluitend recht? (nr. 5);
5. Waaruit bestaat het uitsluitend recht? (nr. 6 en 7);
6. Hoe kan men munt slaan uit het uitsluitend recht? (nr. 8).

4 Object en terrein

De intellectuele eigendom biedt een caleidoscopische aanblik. Dit komt doordat de specifieke wettelijke regelingen telkens een afgeperkt terrein van menselijke activiteit beslaan: uitvindingen op het terrein van de nijverheid; merken; werken, enzovoort. We hebben te maken met vlekken op het veld van menselijke inspanning. Soms overlappen die vlekken elkaar, soms zijn er zeer waardevolle prestaties die buiten alle vlekken vallen en dus niet door een specifieke wet worden beschermd (zie nr. 9).

Voorbeeld van afbakening: een vorm van de waar kan als merk worden beschermd; dit is echter niet mogelijk als die vorm 'noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen'. Is dat het geval, dan is men aangewezen op het octrooirecht. Octrooirecht en merkenrecht kunnen elkaar dus niet overlappen.

Voorbeeld van overlapping: een originele titel van een tijdschrift kan zowel merk als werk zijn. Een ander voorbeeld is de bescherming van het uiterlijk van een product. Dat uiterlijk kan zowel door een auteurs- als modelrecht worden beschermd (zie nr. 71). Het kan zelfs nog ingewikkelder worden: het uiterlijk van het product kan ook als vormmerk beschermd zijn. Er kan dus sprake zijn van cumulatie of samenloop van IE-rechten.

Voorbeeld van een niet door enige specifieke wet beschermde prestatie: de indertijd zeer innoverende vondst van de zelfbedieningswinkel.

Wat de objecten in de onderscheidende regelingen gemeen hebben is dat zij onstoffelijk van karakter zijn. Hoewel een uitvinding, merk, werk enzovoort zich weliswaar in de stoffelijkheid kan manifesteren (een machine, reclameprent, sculptuur), gaat het niet om deze materiële 'drager', maar om dat wat gedragen wordt, het immateriële object.

Het gaat dus niet primair om het boek als ding, maar om de inhoud van het boek. Dat de exploitatie van de geestelijke prestatie vaak de vorm aanneemt van het in de handel brengen van materiële dragers doet daaraan niet af. Als men spreekt van diefstal op het terrein van intellectuele eigendom, dan doelt men ook niet op het zich wederrechtelijk toe-eigenen van materiële objecten. Men doelt onder meer op kopiëren. Dat is het doen neerslaan van een overgenomen immateriële inhoud in een nieuwe materiële drager. Men getrouwt zich dan wel een inspanning in de materiële sfeer (bijvoorbeeld het nabouwen van een machine waarin een uitvinding is verwerkt), maar drijft in de immateriële sfeer op andermans inspanning. Zie in dit verband ook nr. 34.

Er is een tweedeling te maken met betrekking tot het object dat beschermd wordt. We kunnen onderscheid maken tussen de bescherming van *prestaties* en de bescherming van *onderscheidingstekens*. De bescherming van een prestatie staat voorop in bijvoorbeeld het octrooirecht en het auteursrecht. Doel van de regeling is een monopolie te verschaffen aan degene die de prestaties heeft geleverd, zodat deze de mogelijkheid heeft zich uit de exploitatie een beloning te verwerven voor zijn inspanning.

Het beschermen van prestaties is een zaak van afweging van conflicterende belangen. Die belangen komen tot uitdrukking in twee oeroude zegswijzen, namelijk: 'anderen zijn er om van te leren' en 'in alle moeitevolle arbeid zal voordeel zijn' (Spr. 14:23). Aan elke menselijke prestatie gaat leren vooraf. Wat gemaakt wordt is steeds tot op zekere hoogte nagemaakt; het komt nooit uit de lucht vallen. Als ieder zijn prestaties zorgvuldig voor zich zou houden of als volstrekt verboden werd van andermans prestaties te leren, daardoor geïnspireerd te worden, daarvan in zekere zin te profiteren, dan zou elke menselijke vooruitgang worden gefrustreerd. Aan de andere kant: menige menselijke prestatie drijft op de motivatie dat men ervoor beloond zal worden, er profijt van zal kunnen trekken. Als nu anderen onbegrensd en zonder vergoeding van een prestatie gebruik zouden mogen maken, dan verdween een belangrijke prikkel voor het leveren van volgende prestaties. Ook de lust de samenleving in kennis te brengen van prestaties zou al spoedig vergaan. Daarnaast spreekt dan ook het eergevoel nog een woord mee: wie een prestatie levert, wil die door de samenleving als zijn prestatie erkend zien. Kortom, zonder een zekere vorm van beloning voor geleverde prestaties is menselijke vooruitgang moeilijk denkbaar.

Hoewel het verzinnen van een handelsnaam of een merk vaak een zekere creativiteit vergt, moet toch niet in de bescherming van die geestelijke prestatie het doel van de betreffende regelingen worden gezocht. Een handelsnaam of merk is een onderscheidingsteken:

het dient ertoe een bepaalde onderneming of een bepaald product voor het publiek herkenbaar te maken. Het is de herkenbaarheid die het de ondernemer mogelijk maakt een zekere goodwill bij het publiek op te bouwen. Het doel van het merkenrecht en het handelsnaamrecht is te voorkomen dat de genoemde herkenbaarheid verwatert of wordt aangetast. De regelingen dienen daarbij een dubbel belang: dat van de ondernemer en dat van het publiek; beiden zijn erbij gebaat dat er geen verwarring ontstaat.

Wij wijzen erop dat de betreffende regelingen (de ondernemer en) het publiek niet alleen beschermen tegen verwarring tussen benamingen, maar ook tegen misverstanden die een benaming op zichzelf op kan roepen. Een voorbeeld daarvan is grootspraak: een eenmans-winkeltje in plastic tooit zich met de naam 'Nederlandse Plasticunie BV'.

Het verschil in doel tussen de bescherming van prestaties enerzijds en van onderscheidingstekens anderzijds, heeft gevolgen voor de uitwerking van de beschermingssystemen. Bijvoorbeeld voor de duur van het recht. Bij de bescherming van prestaties vormt het monopolie een belemmering voor derden, die niet mogen wat de monopolist wel mag. Zou het monopolie nooit eindigen, dan zou er een onverdraaglijke blokkade in de voortgang van techniek, wetenschap en kunst kunnen ontstaan. Dit is de reden dat intellectuele eigendomsrechten die berusten op een geestelijke prestatie (bijvoorbeeld octrooi- en auteursrecht) begrensd zijn naar duur. Voor de onderscheidingstekens geldt dit principe niet. Hun beschermingsduur kan onbegrensd zijn.

Het duidelijkst valt het bovenstaande te illustreren aan de hand van de nijverheid (octrooi). In de techniek bouwt men vaak voort op elkaars prestaties. In het algemeen zal een octrooi dit voortbouwen in de weg staan. Deze toestand wil de wetgever niet eeuwig laten voortbestaan. Een octrooi heeft een duur van twintig jaar gerekend vanaf de dag der aanvraag. Daarna kan ieder de in het octrooi opgeslagen knowhow vrij gaan exploiteren.

Wij spraken hierboven over het doel van de regelingen (het 'waartoe'), niet over de (rechts) grond. De rechtsgrond (waarom schept de wetgever een regeling?) is een ingewikkelder verhaal waarover ook geen eenstemmigheid bestaat: over de rechtsgrond wordt van onderdeel tot onderdeel van het rechtsgebied en ook van land tot land weer verschillend gedacht. Beperken wij ons tot regelingen die een intellectuele prestatie betreffen, dan kan als rechtsgrond worden gedacht aan utiliteit (bescherming van uitvindingen stimuleert de productie en de openbaarmaking van vindingen), billijkheid (het is billijk dat men de vruchten plukken kan van geleverde prestaties) en natuurrechtelijke onvervreemdbaarheid (de schrijver moet altijd zeggenschap houden over zijn 'geesteskind'). Ook een mixture, die het goede en het nuttige verenigt, is denkbaar.

5 Inhoudelijke eisen, aanspraak, procedure

De onderscheiden regelingen stellen zulke verschillende inhoudelijke eisen aan het object waarvoor bescherming wordt gevraagd, dat daarover in algemene zin weinig valt te zeggen. Ten aanzien van de vraag wie aanspraak heeft op het recht, geldt hetzelfde: de regelingen lopen te zeer uiteen om algemene opmerkingen te kunnen maken.

Wij wijzen er slechts op dat over het algemeen bij wetgeving die prestaties beschermt, de regel geldt dat de werkgever die iemand in dienst neemt om de betreffende prestatie

tot stand te brengen, aanspraak heeft op de rechtsbescherming en niet de werknemer. De regelingen vertonen op dit punt overigens belangrijke verschillen.

Resteert de procedure. Met betrekking tot de wijze waarop men het uitsluitend recht verkrijgt, zijn drie systemen te onderscheiden:

1. verlening na een inhoudelijk onderzoek;
2. verkrijging door middel van het verrichten van bepaalde formaliteiten (inschrijfstelsel);
3. verkrijging van rechtswege.

In het *eerste* systeem wordt door een administratief orgaan onderzocht of degene die het recht aanvraagt, daarvoor ook in aanmerking komt. Bekeken wordt dan of het object van de aanvraag voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt. Een dergelijk onderzoekssysteem treffen we aan bij het octrooi- en het kwekersrecht.

Zo vindt ter verkrijging van een Europees octrooi (vergelijk nr. 18) eerst een uitvoerig onderzoek plaats, onder meer naar de vraag of het object van de aanvraag wel nieuw is. Een uitvinding is niet nieuw als zij bijvoorbeeld al is beschreven in een handboek. Pas als het inhoudelijke onderzoek goed afloopt, kan het octrooi worden verleend. Voor het verkrijgen van een nationaal octrooi is een nieuwheidsonderzoek weliswaar ook verplicht, maar het octrooi wordt ongeacht de uitkomst van het onderzoek verleend (vergelijk nr. 19).

Men zou denken dat een recht dat na (een positief uitgevallen) onderzoek is verleend, onaantastbaar is. Toch is dat niet zo. Een derde kan in een gerechtelijke procedure de nietigheid van het verleende (octrooi)recht inroepen. In die procedure toetst de rechter of het (octrooi)recht door het administratief orgaan terecht is verleend. De nietigheid zal worden uitgesproken als het verlenend orgaan iets over het hoofd heeft gezien. De kans dat de nietigheidsactie slaagt, is geringer naar gelang het onderzoek van dit orgaan gedegener is.

Het *tweede* systeem komen we tegen in het modellenrecht. In dit systeem kan men het recht reeds verkrijgen door bepaalde formaliteiten te verrichten (het inleveren van een juist ingevuld formulier waarin het object waarvoor bescherming wordt gevraagd wordt omschreven en het betalen van een bepaalde som). Voor het gehele IE-rechtsgebied geldt dat aan *inhoudelijke* vereisten moet zijn voldaan, wil het monopolie worden verkregen. Het bijzondere van dit 'inschrijfsysteem' is nu, dat toetsing aan de inhoudelijke vereisten niet (of nauwelijks) plaats heeft. Dit betekent uiteraard niet dat deze eisen hun betekenis verliezen. Na verkrijging van het recht kan in het kader van een gerechtelijke procedure worden onderzocht of aan de eisen wel is voldaan. Is zulks niet het geval, dan is het verkregen 'recht' nietig en wordt geacht nooit te hebben bestaan. De rechterlijke uitspraak ter zake werkt erga omnes.

Een *voorbeeld* van een inhoudelijke eis bij het modellenrecht is dat een model nieuw moet zijn. Stel nu dat X een model deponeert, terwijl Y precies hetzelfde model reeds heeft laten inschrijven. Door de inschrijving van het depot van X (zie nr. 69) verkrijgt hij een rechtspretentie. Wat die pretentie waard is, blijkt pas als Y zich gaat roeren. Als Y (wegens het gebrek aan nieuwheid) de nietigheid doet vaststellen van X's modelrecht, dan geldt die uitspraak niet alleen tussen X en Y, maar ook jegens derden. X's recht bestaat niet meer, heeft zelfs nooit bestaan.

Ook het merkenrecht kent een inschrijfstelsel. Van een 'zuiver inschrijfstelsel' kunnen we echter niet meer spreken; er wordt aan bepaalde inhoudelijke vereisten getoetst. Zo wordt

bijvoorbeeld een merkdepot niet ingeschreven wanneer het teken ieder onderscheidend vermogen mist (zie nr. 49).

In het merkenrecht wordt bij de inschrijving niet aan alle inhoudelijke eisen getoetst. Zo wordt niet getoetst of het gedeponeerde merk overeenstemt met een eerder gedeponeerd merk. Wanneer X het merk 'Winston' aanvraagt voor sigaretten, terwijl voor die waar reeds eenzelfde merk door Y is ingeschreven, dan is hetgeen hierboven ten aanzien van X's modelrecht is gezegd ook hier van toepassing.

Het *derde* systeem dat we kunnen onderscheiden, is dat waarbij de rechtsbescherming zonder formaliteiten of onderzoek van rechtswege wordt verkregen. Dit systeem geldt bij het auteursrecht, het handelsnaamrecht, het chipsrecht, de naburige rechten en het databankrecht. Bij het auteursrecht (het chipsrecht, de naburige rechten en het databankrecht) ontstaat de rechtsbescherming op het moment waarop de (uiterlijk waarneembare) schepping ontstaat. Bescherming van de handelsnaam ontstaat op het moment waarop men die handelsnaam gaat voeren.

Hierboven zagen we dat over het gehele terrein van de intellectuele eigendom inhoudelijke eisen worden gesteld aan het te beschermen object. Zulks geldt ook hier. Of iemand die *pretendeert* een auteursrecht te hebben, dat ook daadwerkelijk heeft, hangt af van de vraag of aan deze inhoudelijke vereisten is voldaan.

Uiteindelijk zal bij geschil de rechter daarover beslissen. Hij stelt vast of het recht al dan niet bestaat. De uitspraak ter zake heeft geen werking tegen derden, maar geldt alleen tussen partijen.

6 **Waaruit bestaat het uitsluitend recht?**

De verscheidene regelingen kennen aan de gerechtigde een vorm van monopolie toe.

Voor zover een regeling beoogt een geestelijke prestatie te belonen, had de wetgever ook voor een andere opzet kunnen kiezen. Zo is bijvoorbeeld denkbaar dat een bepaalde premie wordt gegeven aan een uitvinder, waarna de uitvinding vrij ter beschikking staat van de gemeenschap of toevalt aan de overheid of aan een andere (rechts)persoon. Op deze leest is het systeem van de ideeënbus geschoeid: wie een idee in de bus stopt, verliest over het algemeen de mogelijkheid dit idee te monopoliseren, maar heeft onder omstandigheden wel recht op een beloning.

Het monopolie is gegoten in de vorm van een absoluut recht. De monopolist heeft een exclusief recht bepaalde handelingen te verrichten. We noemen deze handelingen de 'voorbehouden handelingen'. Voorbehouden handelingen mogen derden zonder toestemming niet verrichten; de gerechtigde kan dit verbieden. Het verbodsrecht kan tegen eenieder geldend worden gemaakt. In die zin is het recht absoluut.

Tot nu toe hebben we omwille van de korthed de voorbehouden handelingen aangeduid met globale termen als 'exploiteren' (van een geestelijke prestatie) en 'gebruiken' (van een merk of handelsnaam). De regelingen geven (uiteraard) een preciezere omschrijving van de voorbehouden handelingen. We gaan op die omschrijvingen nu niet in.

Wij spreken van een recht van intellectuele eigendom. De ingeburgerde term 'intellectuele eigendom' is onjuist. Volgens art. 5:1 BW is eigendom het meest omvattende recht dat

een persoon op een zaak kan hebben. Art. 3:2 BW bepaalt dat zaken de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten zijn. Het object van een recht van intellectuele eigendom is niet een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object.

We kunnen bij intellectuele eigendom dus niet spreken van eigendom in de zin der wet. De term 'intellectuele eigendom' moet dus worden verstaan als een analogie. Die analogie is vooral ingegeven door het absolute karakter van zowel 'gewone' als intellectuele eigendom. In dit verband kan ook gewezen worden op het feit dat intellectuele eigendomsrechten de bescherming genieten van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Zie onder meer EHRM 11 oktober 2005, *IER* 2006/2 (*Anheuser-Busch/Portugal*). Daardoor worden IE-rechten, net als het recht op eigendom, beschermd tegen ongerechtvaardigde ingrepen.

Een recht van intellectuele eigendom is een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW: "Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten." Daarmee is een recht van intellectuele eigendom volgens art. 3:1 BW ook een goed.

Het absolute recht vormt de basis voor de civielrechtelijke rechtsbescherming. Tegen schending van het subjectieve recht kan worden opgekomen. De meest effectieve maatregel is een verbod. Daarnaast kan van belang zijn de strafrechtelijke bescherming. Het (bewust) inbreuk maken op een recht van intellectuele eigendom levert soms een strafbaar feit (soms zelfs een misdrijf) op.

Grootschalige namaak (counterfeit) en piraterij in het bijzonder nemen steeds grotere vormen aan. Gedacht kan worden aan merkenfraude (vooral bij prestigieuze merken), de vervaardiging en distributie van illegale beeld- en geluidsdragers en het illegaal kopiëren van software. De wetgever reageert hierop met steeds weer nieuwe civiel- en strafrechtelijke wetgeving die de rechthebbenden beter moet beschermen. Naast het verbod is het arsenaal aan handhavingsmiddelen in de loop der jaren steeds verder uitgedijd. Bij de bespreking van de afzonderlijke IE-rechten zal dat duidelijk worden. Voor alle IE-rechten geldt echter ook dat de rechter, indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of in het concrete geval de handhaving van een IE-recht afstuit op een ander grondrecht, zoals de vrijheid van meningsuiting of ondernemerschap; EHRM 10 januari 2013, *NJ* 2015/121 (*Ashby Donald/Frankrijk*) en HR 3 april 2015, *NJ* 2015/183 (*GS Media/Sanoma*).

Op één punt willen wij hier nu alvast wijzen: titel 15 uit het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Die titel bevat tien artikelen (art. 1019-1019i Rv) die uitsluitend van toepassing zijn in IE-procedures. Deze titel is op 1 mei 2007 in werking getreden en dient ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn 2004/48/EG (*PbEG* 2004, L 157/45 en *PbEG* 2004, L 195/16). Drie punten vallen met name op: het bewijsbeslag, het ex parte kort geding en de volledige proceskostenveroordeling.

Het bewijsbeslag is geregeld in art. 1019b Rv. Het biedt de rechthebbende de mogelijkheid om nog voor het begin van een procedure bewijs vast te leggen dat in handen is van derden. Het doel van de regel is het beschermen van bewijsmateriaal, waardoor voorkomen kan worden dat het materiaal wordt verduisterd, vernietigd of op andere wijze verdwijnt. Het bewijsbeslag is een nieuwe vorm van conservatoir beslag (zie de nadere uitwerking in art. 1019c en 1019d Rv).

Het ex parte kort geding is geregeld in art. 1019e Rv. Ingevolge dit artikel kan de voorzieningenrechter in spoedeisende gevallen een voorlopig verbod uitspreken, zonder dat de wederpartij wordt gehoord. Dat kan met name indien uitstel van het verbod onherstelbare schade voor de IE-rechthebbende zou veroorzaken. Deze rechtsgang lijkt vooral bruikbaar in die gevallen waarin duidelijk is dat sprake is van een inbreuk. Het ex parte kort geding is een verzoekschriftprocedure. Het gewone kort geding een dagvaardingsprocedure.

Voor de meeste opschudding heeft art. 1019h Rv gezorgd. Op grond van deze bepaling is het in procedures waarin IE-rechten worden gehandhaafd mogelijk een volledige